

# 58 Regap

## Revista Galega de Administración Pública

Núm. 58 (xullo – decembro 2019)

**\_ESTUDIOS [01]** FUENTETAJA PASTOR, Jesús. «*En cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición*»: La convergencia de régimen jurídico entre funcionarios de carrera y funcionarios interinos **[02]** BOIX PALOP, Andrés. Reforma jurídico-administrativa, procedimiento electrónico y Administración local: análisis de la incidencia de las recientes transformaciones en las bases del procedimiento administrativo español sobre el régimen local **[03]** RIVERA FRADE, María Dolores. Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas cuando actúan a través de sujetos privados. Especial referencia a los contratistas y a los concesionarios **[04]** NÚÑEZ FIAÑO, Carmen. Estructura orgánica de la Mutualidad General Judicial **[05]** FALCÓN PÉREZ, Carmen Esther. La Administración pública como garante del sistema de compensación urbanística: una cuestión a resolver **[06]** PÉREZ DE ARÉVALO TRILLO-FIGUEROA, Casto. La evolución de la legislación del sector eléctrico en España: de la publicación a la liberalización del servicio. Efectos y consecuencias para las empresas, el Gobierno y los usuarios **\_COMENTARIOS Y CRÓNICAS [07]** FERNANDES DE FARIA, Roberta. Los retos de las nuevas formas de tratamiento de residuos en territorios inteligentes desde una perspectiva europea **[08]** POLO ROCA, Andoni. Protección de datos y elaboración de perfiles: el nuevo artículo bis de la Ley orgánica 5/1985, do 19 de junio, del régimen electoral general **[09]** DE COMINGES CÁCERES, Francisco. Jurisprudencia contencioso-administrativa **\_RECENSIONES [10]** ÁLVAREZ BUJÁN, María Victoria. Responsabilidad patrimonial de la Administración y privatización de servicios públicos **[11]** LORENZO GARCÍA, Alba. La dogmática del principio de subsidiariedad horizontal. Liberalización de sectores y el surgimiento de la Administración Pública Regulatoria en Perú **[12]** GARCÍA MORALES, Julia María. La docencia universitaria en el ámbito de las ciencias sociales y jurídicas. Entre la innovación y la tradición

**\_ESTUDOS [01]** FUENTETAJA PASTOR, Jesús. «*En canto sexa adecuado á natureza da súa condición*»: A converxencia de réxime xurídico entre funcionarios de carreira e funcionarios interinos **[02]** BOIX PALOP, Andrés. Reforma xurídico-administrativa, procedemento electrónico e Administración local: análise da incidencia das recentes transformacións nas bases do procedemento administrativo español sobre o réxime local **[03]** RIVERA FRADE, María Dolores. Responsabilidade patrimonial das administracións públicas cando actúan a través de suxeitos privados. Especial referencia aos contratistas e aos concesionarios **[04]** NÚÑEZ FIAÑO, Carmen. Estrutura orgánica da Mutualidade Xeral Xudicial **[05]** FALCÓN PÉREZ, Carmen Esther. A Administración pública como garante do sistema de compensación urbanística: unha cuestión a resolver **[06]** PÉREZ DE ARÉVALO TRILLO-FIGUEROA, Casto. A evolución da lexislación do sector eléctrico en España: da publicación á liberalización do servizo. Efectos e consecuencias para as empresas, o Goberno e os usuarios **\_COMENTARIOS E CRÓNICAS [07]** FERNANDES DE FARIA, Roberta. Os desafíos das novas formas de lidar com os residuos nos territorios inteligentes sob una perspectiva europea **[08]** POLO ROCA, Andoni. Protección de datos e elaboración de perfís: o novo artigo bis da Lei orgánica 5/1985, do 19 de xuño, do réxime electoral xeral **[09]** DE COMINGES CÁCERES, Francisco. Xurisprudencia contencioso-administrativa **\_RECENSIONES [10]** ÁLVAREZ BUJÁN, María Victoria. Responsabilidad patrimonial de la Administración y privatización de servicios públicos **[11]** LORENZO GARCÍA, Alba. La dogmática del principio de subsidiariedad horizontal. Liberalización de sectores y el surgimiento de la Administración Pública Regulatoria en Perú **[12]** GARCÍA MORALES, Julia María. La docencia universitaria en el ámbito de las ciencias sociales y jurídicas. Entre la innovación y la tradición

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

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

#### CONSELLO DE REDACCIÓN:

Directora: **Sonia Rodríguez-Campos González**, directora da Escola Galega de Administración Pública (Galicia, España); codirector: **Juan J. Raposo Arceo**, UDC (Galicia, España); secretaria: **Diana Santiago Iglesias**, USC (Galicia, España). Vogais: **Beatriz Allegue Requeijo**, xefa do Gabinete de Asesoramento e Apoio á Actualización Normativa da Asesoría Xurídica da Xunta de Galicia (España); **Marcos Almeida Cerredá**, USC (Galicia, España); **Raquel Belén Bahillo Varela**, subdirectora xeral de Xestión e Cooperación Económica coas Entidades Locais da Xunta de Galicia (España); **José Manuel Blanco González**, subdirector xeral de Análise e Programación da DX RREE e UE da Xunta de Galicia (España); **José Julio Fernández Rodríguez**, USC (Galicia, España); **Juan José Gallego Fouz**, letrado do Consello Consultivo de Galicia (España); **Pablo González Mariñas**, UDC (Galicia, España); **Jacinto Lareo Jiménez**, UVigo (Galicia, España); **Ana M.ª López Guizán**, letrada do Consello Consultivo de Galicia (España); **António Cândido Macedo de Oliveira**, Universidade do Minho (Braga, Portugal); **Jesús Martínez Girón**, UDC (Galicia, España); **Luis Míguez Macho**, USC (Galicia, España); **Montserrat M.ª Otero Oitavén**, UVigo (Galicia, España); **Carlos Pérez González**, técnico xurista de Urbanismo do Concello de Sada (Galicia, España); **Manuel Pillado Quintáns**, director xeral da Asesoría Xurídica da Xunta de Galicia (España); **José Antonio Redondo López**, USC e conselleiro maior do Consello de Contas (Galicia, España); e **Xosé Antón Sarmiento Méndez**, USC (Galicia, España).

#### COMITÉ CIENTÍFICO:

**Jean-Bernard Auby**, SciencesPo (París, Francia); **Luis J. Béjar Rivero**, Universidad Panamericana (México); **Roberto Blanco Valdés**, USC (Galicia, España); **M.ª José Bravo Bosch**, UVigo (Galicia, España); **M.ª Pilar Canedo Arrillaga**, Deustuko Unibertsitatea (País Vasco, España); **Pedro Costa Gonçalves**, UC (Coimbra, Portugal); **Iñigo del Guayo Castiella**, Universidad de Almería (Andalucía, España); **Antonio Fernández de Buján y Fernández**, UAM (Madrid, España); **Juan Ramón Fernández Torres**, UCM (Madrid, España); **Giuseppe Franco Ferrari**, Università Luigi Bocconi (Milán, Italia); **Jesús A. Fuentetaja Pastor**, UNED (Madrid, España); **José L. García-Pita y Lastres**, UDC (Galicia, España); **Julio González García**, UCM (Madrid, España); **Vicente González Radio**, UDC (Galicia, España); **Carlos Lema Devesa**, UCM (Madrid, España); **M.ª Belén Noguera de la Muela**, UB (Barcelona, España); **Fernanda Paula Oliveira**, UC (Coimbra, Portugal); **Miguel A. Pérez Álvarez**, UDC (Galicia, España); **Thomas Perroud**, Université Panthéon-Sorbonne (París, Francia); **Johann-Christian Pielow**, RUB (Alemaña); **Giuseppe Piperata**, IUAV (Veneza, Italia); **Ricardo Rivero Ortega**, USAL (Castilla y León, España); **Jaime Rodríguez-Arana Muñoz**, UDC (Galicia, España); **Joan Manuel Trayter Jiménez**, UdG (Girona, España); e **Claudia Tubertini**, UNIBO (Bolonía, Italia).

#### Entidade editora:

ESCOLA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Rúa de Madrid 2-4 – As Fontiñas

15707 Santiago de Compostela (Galicia, España)

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

Web: <http://egap.xunta.es/publicacions> | correo-e: [regap@xunta.gal](mailto:regap@xunta.gal)

**Periodicidade:** semestral (xuño e decembro)

**Formato:** en liña | papel

**ISSN:** 1132-8371

**DOI:** <https://doi.org/10.36402/regap.v1i58>

**Depósito legal:** C-1.596-91

**Tradución e supervisión lingüística:** Ramiro Combo García (castelán-galego) e Francisco Sierra Mora (portugués-castelán)

**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: 1132-8371

Núm. 58, xullo-decembro 2019 \ Number 58, July December 2019

## Sumario/Summary

### 1 ESTUDOS / STUDIES

**Jesús Fuentetaja Pastor**

«*En canto sexa adecuado á natureza da súa condición*»: A converxencia de réxime xurídico entre funcionarios de carreira e funcionarios interinos . . . . . 5  
*«When appropriate for the nature of its condition»: The convergence of the legal system between career civil servants and temporary civil servants*

**Andrés Boix Palop**

Reforma xurídico-administrativa, procedemento electrónico e Administración local: análise da incidencia das recentes transformacións nas bases do procedemento administrativo español sobre o réxime local . . . . . 29  
*Legal and administrative reform, electronic procedures and local administration: analysis of the incidence of recent transformations of the bases of Spanish administrative procedures concerning local government*

**María Dolores Rivera Frade**

Responsabilidade patrimonial das administracións públicas cando actúan a través de suxeitos privados. Especial referencia aos contratistas e aos concesionarios. . . . . 75  
*Liability of public administration when it acts through private subjects. Special reference to contractors and concessionaires*

**Carmen Núñez Fiaño**

Estrutura orgánica da Mutualidade Xeral Xudicial . . . . . 123  
*structure of the General Mutual Insurance Scheme for the Judiciary*

<b>Carmen Esther Falcón Pérez</b>	
A Administración pública como garante do sistema de compensación urbanística: unha cuestión a resolver .....	153
<i>The public Administration as the guardian of compensation management system: a key issue to be resolved</i>	

<b>Casto Pérez de Arévalo Trillo-Figueroa</b>	
A evolución da lexislación do sector eléctrico en España: da publicación á liberalización do servizo. Efectos e consecuencias para as empresas, o Goberno e os usuarios .....	175
<i>Evolution of the legislation of the electricity sector in Spain: from publication to service liberalization. Effects and consequences for the companies, the Government and users</i>	

## 2 COMENTARIOS E CRÓNICAS / COMMENTS AND CHRONICLES

<b>Roberta Fernandes de Faria</b>	
Os desafíos das novas formas de lidar com os residuos nos territorios intelixentes sob uma perspectiva europea .....	201
<i>The challenges of new forms of treating waste in smart territories from a European perspective</i>	

<b>Andoni Polo Roca</b>	
Protección de datos e elaboración de perfís: o novo artigo 58 bis da Lei orgánica 5/1985, do 19 de xuño, do réxime electoral xeral .....	217
<i>Data protection and profiling: the new article 58 bis of the Organic Law 5/1985 of 19 June, on the General Electoral System</i>	

<b>Francisco de Cominges Cáceres</b>	
Xurisprudencia contencioso-administrativa .....	239
<i>Contentious-administrative jurisprudence</i>	

## 3 RECENSIÓNS / REVIEWS

<b>María Victoria Álvarez Buján</b>	
Responsabilidade patrimonial de la Administración y privatización de servicios públicos .....	271

<b>Alba Lorenzo García</b>	
La dogmática del principio de subsidiariedad horizontal. Liberalización de sectores y el surgimiento de la Administración Pública Regulatoria en Perú .....	275

<b>Julia María García Morales</b>	
La docencia universitaria en el ámbito de las ciencias sociales y jurídicas. Entre la innovación y la tradición .....	279

# Regap

## Estudios

# 1



## «*En canto sexa adecuado á natureza da súa condición*»: A converxencia de réxime xurídico entre funcionarios de carreira e funcionarios interinos

«*En cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición*»: La convergencia de régimen jurídico entre funcionarios de carrera y funcionarios interinos

«*When appropriate for the nature of its condition*»: The convergence of the legal system between career civil servants and temporary civil servants

58 Regap

Regap



ESTUDIOS

JESÚS FUENTETAJA PASTOR

Catedrático de Dereito Administrativo  
Universidade Nacional de Educación a Distancia  
jfuentetaja@der.uned.es

Recibido: 28/10/2019 | Aceptado: 19/12/2019

DOI: <https://doi.org/10.36402/10.36402/regap.v1i58.49>

**Resumo:** O réxime xurídico dos funcionarios interinos viuse decisivamente afectado polo dereito europeo, en particular pola Directiva 1999/70 de traballo de duración determinada. Ao prohibir a discriminación nas condicións de traballo de traballadores temporais respecto aos traballadores indefinidos, os funcionarios interinos viron recoñecidos dereitos económicos e de carreira profesional que tradicionalmente lles eran negados. O Estatuto básico do empregado público define o réxime xurídico dos funcionarios interinos por remisión ao dos funcionarios de carreira “en canto sexa adecuado á natureza da súa condición”, expresión cuxo alcance cobra un novo sentido, tanto respecto ao seu contido como á súa interpretación.

**Palabras clave:** Funcionario interino, funcionario de carreira, dereitos, carreira, Directiva 1999/70, estatuto básico, empregado público.

**Resumen:** El régimen jurídico de los funcionarios interinos se ha visto decisivamente afectado por el derecho europeo, en particular por la Directiva 1999/70 de trabajo de duración determinada. Al prohibir la discriminación en las condiciones de trabajo de trabajadores temporales respecto a los trabajadores indefinidos, los funcionarios interinos han visto reconocidos derechos económicos y de carrera profesional que tradicionalmente les eran negados. El Estatuto básico del empleado público define el régimen jurídico de los funcionarios interinos por remisión al de los funcionarios de carrera “en cuanto sea adecuado a la

naturaleza de su condición”, expresión cuyo alcance cobra un nuevo sentido, tanto respecto a su contenido como a su interpretación.

**Palabras clave:** Funcionario interino, funcionario de carrera, derechos, carrera, Directiva 1999/70, estatuto básico, empleado público.

**Abstract:** The legal regime of interim officials has been decisively affected by European law, in particular by the 1999/70 Directive on fixed-term work. By prohibiting discrimination in the working conditions of temporary workers with respect to indefinite workers, interim officials have seen recognized economic and career rights that were traditionally denied. The Basic Statute of the Public Employee defines the legal regime of interim officials by referral to that of career officials “as appropriate to the nature of their condition”, an expression whose scope takes on a new meaning, both in terms of content and its interpretation.

**Key words:** Interim official, permanent official, rights, career, Directive 1999/70, basic statute, public official.

**SUMARIO:** 1 O réxime xurídico dos funcionarios interinos e a incidencia do dereito europeo nel. 2 O canon europeo de non discriminación por razón da temporalidade da relación. 2.1 Os termos subxectivos de comparación: traballadores temporais e indefinidos. 2.2 Termo obxecto de comparación: «condicións de traballo». 2.3 Xustificación obxectiva do tratamento diferenciado nas administracións públicas. 3 Consecuencias sobre o réxime xurídico dos funcionarios interinos. 3.1 Recoñecemento europeo de dereitos aos funcionarios interinos. 3.2 Os dereitos retributivos dos funcionarios interinos á luz do dereito europeo. 3.3 O dereito á carreira dos funcionarios públicos temporais. 3.3.1 Carreira horizontal e funcionarios interinos. 3.3.2 Consolidación de grao persoal por funcionarios interinos. 3.3.3 Participación de funcionarios interinos en concursos de provisión de postos de traballo. 3.4 O «dereito á indemnización por despedimento» dos funcionarios interinos. 4 A converxencia substantiva de réximes xurídicos entre funcionarios de carreira e funcionarios interinos.

## 1 O réxime xurídico dos funcionarios interinos e a incidencia do dereito europeo nel

Un dos arcanos máis inescrutables que recolle a normativa de función pública española é o relativo ao establecemento do réxime xurídico dos funcionarios interinos<sup>1</sup>, ao dicir que a estes se lles aplicará o réxime xeral dos funcionarios de carreira “*en canto sexa adecuado á natureza da súa condición*” (art. 10.5 TREBEP). Esta técnica presupón unha falta de reflexión previa que permita unha abstracción en sede lexislativa, deferindo á Administración, en sede de aplicación, a determinación xeral (vía regulamento) ou singular (vía actos) dese réxime e, en sede xudicial, a configuración última do réxime xurídico aplicable aos funcionarios interinos.

Con independencia desta complexa técnica de remisión aplicativa para dotar de contido o réxime xurídico dos funcionarios interinos e prescindindo da necesidade ou oportunidade de que este viñese previsto nunha lei (por entender en sentido amplo a exixencia de tal reserva no artigo 103.3 da Constitución) ou, polo menos, nunha norma regulamentaria, o certo é que a locución normativa permitiu estender ou non

<sup>1</sup> A locución tamén define o dereito aplicable ao persoal eventual (art. 12.5 TREBEP), aínda que pola súa menor transcendencia obviaremos esta clase de persoal neste estudo.



o réxime xurídico dos funcionarios de carreira aos funcionarios en atención a criterios máis ou menos xustificadas.

Así, por exemplo e con certa proximidade no tempo, a recente crise económica padecida polo noso país a partir do ano 2010 foi a causa remota para recortes económicos que se artellaron a través de decisións que afectaron exclusivamente aos funcionarios interinos, desde a redución do seu horario e consecuentemente das súas retribucións á amortización das prazas que ocupaban, pasando polos cesamentos sen tal amortización. Con máis raizame histórica, a argumentación da diferenciación de réximes invocaba aspectos como o singular e diverso procedemento de selección dos funcionarios interinos, con menos exixencias desde os principios de igualdade e de mérito e capacidade. Ou mesmo se alegaba, cun razoamento un tanto tautolóxico, que determinado elemento do réxime dos funcionarios de carreira non se lles podía recoñecer aos funcionarios interinos pola natureza temporal destes, criterios todos eles que era frecuente atopar na vida administrativa diaria, pero tamén na xurisprudencia, sexa constitucional ou ordinaria.

E non é que o principio de igualdade non se tivese en conta na operación hermenéutica encamiñada a dilucidar o que era “*adecuado á natureza da súa condición*” de funcionario interino, pero o certo é que os tribunais eran máis proclives a atopar xustificada a razón da diferenciación de trato.

Esta inercia administrativa e xudicial viuse abruptamente interrompida por un factor imprevisible: o dereito europeo<sup>2</sup>. Aínda que a Unión Europea carece de competencia sobre a función pública dos Estados membros, a súa incidencia produciuse pola extensión que a normativa e a xurisprudencia europeas fixeron do concepto traballador para os efectos tanto da libre circulación no mercado interior como da titularidade de dereitos sociais encamiñados á súa protección. Concretamente, neste último ámbito hai que situar a decisiva Directiva 1999/70 de traballo de duración determinada, cuxos obxectivos, en realidade, son dous: o primeiro, a prohibición de diferenzas de trato desfavorables das que poidan ser obxecto os traballadores cunha relación de duración determinada respecto aos traballadores fixos comparables polo mero feito de ter un traballo de duración determinada, a menos que se xustifique un trato diferente por razóns obxectivas; e, o segundo, evitar o abuso no recurso á utilización de relacións temporais tanto con carácter absoluto (duracións excesivas que encubran necesidades permanentes) ou con carácter relativo (encadeamento de relacións temporais).

Prescindiremos deste segundo obxectivo, aínda que presenta unha problemática propia polos endémicos abusos que as nosas administracións fan das duracións das relacións interinas, a cal está a propiciar reivindicacións sociais, pronunciamentos xudiciais e opinións doutrinais de grande interese<sup>3</sup>. Centraremos, pois, en como o dereito europeo afectou decisivamente a comprensión do réxime xurídico material dos funcionarios interinos ao prohibir discriminacións respecto aos funcionarios de carreira que pretendesen xustificarse exclusivamente na temporalidade da relación.

<sup>2</sup> Vid. FUENTETAJA, J., *Función Pública y Derecho Europeo*, Civitas, Madrid, 2019.

<sup>3</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M., “La consagración del funcionario interino indefinido”, *Revista de Administración Pública*, n. 208, pp. 223-238.

## 2 O canon europeo de non discriminación por razón da temporalidade da relación

Aínda que o dereito europeo establece a prohibición de discriminación por diferentes motivos (sexo, idade, etc.), a Directiva 1999/70 ten por obxecto exclusivamente a prohibición por razón da temporalidade da relación entre traballadores cuxa relación é de duración determinada e traballadores cuxa relación é de duración indeterminada.

A cláusula 4 da directiva é máis que elocuente do alcance e dos elementos da prohibición que pretende o dereito europeo: “*Polo que respecta ás condicións de traballo, non se poderán tratar os traballadores cun contrato de duración determinada dun xeito menos favorable que aos traballadores fixos comparables polo mero feito de teren un contrato de duración determinada, a menos que se xustifique un trato diferente por razóns obxectivas*”. Analicemos, pois, os distintos termos que compoñen a prohibición que, como vemos, exige un xuízo relacional de categorías de traballadores.

### 2.1 Os termos subxectivos de comparación: traballadores temporais e indefinidos

O Tribunal de Xustiza foi claro á hora de afirmar que “o principio de non discriminación se aplicou e concretou mediante o acordo marco unicamente no que respecta ás diferenzas de trato entre traballadores con contrato de duración determinada e traballadores con contratos por tempo indefinido que se atopen nunha situación comparable”<sup>4</sup>. Isto implica, polo tanto, que unha posible diferenza de trato entre determinadas categorías de persoal con contratos de duración determinada que non se basea na duración determinada ou indefinida da relación de servizo, senón no seu carácter funcional ou laboral, non está incluída no ámbito de aplicación do principio de non discriminación consagrado polo Acordo marco de traballo de duración determinada<sup>5</sup>.

En consecuencia, a igualdade que impoñen a Directiva e o Acordo marco de traballo de duración determinada non inclúe a discriminación de persoal de duración indeterminada (funcionarios de carreira) respecto a persoal de duración determinada, de forma que, se estes teñen recoñecidas unhas condicións de emprego determinadas (por exemplo, dereito a indemnización ao finalizar a relación de traballo), aqueles non poden pretender o seu recoñecemento.

E tampouco a discriminación entre persoal con duración indeterminada, isto é, entre funcionarios de carreira e persoal laboral fixo, o que en principio lle evita ao Tribunal de Xustiza ter que inmiscirse nun asunto máis complexo, como o da coexistencia de relacións xurídicas de natureza diferente no seo dunha mesma Administración coas inherentes diferenzas entre elas.

<sup>4</sup> *Vino*, 11 de novembro de 2010 (C-20/10), n. 56; *Vino*, 22 de xuño de 2011 (C-161/11), n. 28; *Rivas Montes*, 7 de marzo de 2013 (C-178/12), n. 43.

<sup>5</sup> *Vino*, 11 de novembro de 2010 (C-20/10), n. 57; *Rivas Montes*, 7 de marzo de 2013 (C-178/12), n. 44-45.

Non obstante, a combinación de termos de referencia non acaba cos antes expostos. E é que cabería suscitar unha cuestión que formalmente se formulase entre persoal de natureza administrativa temporal (funcionarios interinos e eventuais sanitarios) e persoal laboral fixo na medida en que realicen un traballo comparable. Pero entón estaríanse a desbordar os estritos límites do xuízo de comparabilidade que debuxa a Directiva 1999/70 por moito que se pretenda establecer tal xuízo entre termos máis abstractos que prescinden de trazos xenuínos de clases de persoal («empregado público» ou «traballador») ou que se avogue por un “concepto amplo de “traballador indefinido comparable”<sup>6</sup>, salvo que ese desbordamento do marco europeo estrito se produza polo establecemento dun canon interno europeo diferente que prescinda da natureza xurídica do vínculo como premisa esencial do xuízo de comparabilidade.

Non obstante, o Tribunal de Xustiza parece esvaecer ultimamente os contornos estritos dos termos subxectivos do xuízo de comparación. Así o fixo no asunto *Aragón Carrasco*, en sentenza de xuño de 2019<sup>7</sup>, que, aínda que versaba facticamente sobre persoal eventual, o razoamento é perfectamente aplicable ao persoal funcional interino, como así acaba de facer o avogado xeral SPUZNAR no asunto *Baldonado Martín*, nas súas Conclusións do 17 de outubro de 2019. Na dita sentenza, o tribunal non ten en conta o diferente réxime xurídico das figuras de traballadores en liza de comparación e admite que se considere o diferente trato entre os traballadores temporais sometidos a dereito público (persoal eventual) e traballadores fixos sometidos a dereito privado (persoal laboral fixo) respecto ao dereito de indemnización por cesamento da relación de servizo, tal como veremos ao final deste traballo.

Se se trouxo agora a colocación esta cuestión é porque afecta non só á condición concreta de traballo obxecto de xuízo de comparación –dereito de indemnización por cesamento–, senón tamén ás consecuencias potencialmente impredecibles que tería admitir ese tipo de xuízos de comparación que implican un cruzamento de réximes xurídicos. E é que iso suporía, en definitiva, construír o réxime xurídico dos funcionarios temporais non só desde a perspectiva do réxime xurídico dos funcionarios de carreira, senón tamén desde a dos traballadores laborais fixos ao servizo da Administración, escollendo aqueles elementos dun ou outro réxime en función da conveniencia do funcionario temporal, caso do dereito de indemnización. Dalgún xeito, a converxencia de réximes non se verificaría entre funcionarios temporais e funcionarios interinos, senón que máis ben se operaría unha síntese dialéctica de todos os existentes na Administración –funcionarios de carreira e contratados laborais fixos– conformando un réxime xurídico singular e alleo á propia lexislación, máis parecido á premisa teórica que subxace no termo «empregado público» utilizado polo propio Estatuto básico.

Reforzo último da conformación dese réxime xurídico sincrético, que escollería de cada ordenamento o elemento oportuno para conformar un novo e diferente, sería unha consecuencia colateral do cruzamento de réximes xurídicos nos termos

<sup>6</sup> ALDOMA BUIXADE, J., *Aplicación del principio de no discriminación al personal temporal al servicio de la Administración Pública*, Deputación de Barcelona, Barcelona, 2015, p. 54.

<sup>7</sup> *Aragón Carrasco*, 12 de xuño de 2019 (C-367/18).

subxectivos do xuízo de comparabilidade: a paradoxal discriminación inversa á que se verían abocados os funcionarios de carreira. E é que, se se admitise que o réxime xurídico dos funcionarios temporais se puidese nutrir do réxime xurídico dos contratados laborais fixos, aqueles verían recoñecidos dereitos diferentes aos dos funcionarios de carreira. Pensemos simplemente na integridade das pagas extraordinarias, de importe máis reducido para os funcionarios respecto aos contratados laborais na Administración.

Ben é certo que mesmo esta comparabilidade de relacións de traballo cruzando figuras con réximes xurídicos dispares resultaría teoricamente inviable se realmente houbera, no seo de cada Administración, unha nidia e neta separación entre as funcións que funcionarios e laborais exercen, o que impediría sequera a formulación da cuestión. Lembremos que a directiva define o “traballador con contrato de duración indefinida comparable” como aquel “traballador cun contrato ou relación laboral de duración indefinid[a], no mesmo centro de traballo, que realice un traballo ou ocupación idéntico ou similar, tendo en conta a súa cualificación e as tarefas que desempeña”. A expresión «centro de traballo», tipicamente pensada por e para o ámbito privado, debe entenderse no ámbito da función pública como referida á Administración pública concreta, pois é o dito ámbito o que determina o réxime xurídico homoxéneo de dereitos e obrigas para o seu persoal e a organización das súas tarefas e funcións.

En efecto, a premisa para comparar as situacións dos traballadores –de duración determinada e de duración indefinida– é se ambas as dúas categorías desempeñan, no centro de traballo correspondente, unhas tarefas idénticas ou similares, tendo en conta un conxunto de factores variado: natureza do traballo, condicións de formación, condicións laborais<sup>8</sup>, que se poden manifestar en aspectos como as actividades realizadas, a identidade de postos.

Así, por exemplo, no sector público, o ámbito de referencia sería a Administración en cuestión, de maneira que a relación de comparabilidade se debe facer entre os empregados públicos cunha relación de servizo por tempo determinado e os empregados públicos cunha relación de servizo por tempo indefinido “nomeados pola mesma autoridade durante o mesmo período de tempo”<sup>9</sup>. Así mesmo, cómpre ter en conta a situación fáctica e xurídica en que procede reclamarlle as correspondentes prestacións ao empregador”<sup>10</sup>.

Certamente, a Directiva 1999/70 exige que a comparación sobre as condicións de traballo entre traballadores se faga de forma contextualizada tendo como referencia “o centro de traballo”. Unha vez máis, observamos que a terminoloxía e a finalidade da previsión responden máis á realidade do mercado de traballo privado que á do público, onde o principio de igualdade que rexe a función pública impón unha uniformidade xurídica baseada máis no nivel da Administración en cuestión que no do concreto e singular centro de traballo, sen prexuízo de que en virtude da potestade

<sup>8</sup> *Rosado Santana*, 8 de setembro de 2011 (C-177/10), n. 66; 9 de febreiro de 2017, *Rodrigo Sanz*, 9 de febreiro de 2017 (C-443/16), n. 38.

<sup>9</sup> *Vega González*, 20 de decembro de 2017 (C-158/16), n. 46.

<sup>10</sup> Conclusións da avogada xeral KOKOTT no asunto *Montero Mateos* (C-677/16).

de autoorganización deste puidesen derivar consecuencias sobre as condicións de traballo (por exemplo, en relación coa ordenación do tempo do traballo).

O razoamento do avogado xeral SPUZNAR no citado asunto *Baldonado Martín*, de outubro de 2019, é sumamente ilustrativo. Relativo ao dereito de indemnización por cesamento dun funcionario interino, xardineiro do Concello de Madrid, a formulación da cuestión prexudicial facíase, en realidade, non tanto desde a comparación co funcionario de carreira (que é evidente que non goza daquel dereito), senón desde a consideración da indemnización no momento do cesamento como sanción ao abuso na sucesión de relacións temporais en calidade de funcionario interino. O avogado xeral reformula este enfoque e abórdao non desde a cláusula 5 da directiva (medidas para previr e sancionar abusos), senón desde a 5 (prohibición de discriminación), pero para iso debe atopar un traballador fixo, xardineiro, no Concello de Madrid que goce de dereito de indemnización no momento do seu cesamento. E, despois de inquirir a este, resulta que atopa un único traballador fixo contratado como xardineiro desde os anos noventa do pasado século. E a partir de aí poderá desenvolver a súa argumentación. Como pode verse, se o Concello contase cunha axeitada e correcta organización, non tería sido posible, en teoría, que as funcións de xardinaría as desempeñen indistintamente funcionarios e laborais, aínda que só fose un desta última categoría.

En última instancia, o xuízo de comparabilidade exige homoxeneidade dos termos esenciais de referencia (empregador, marco xurídico, contexto temporal e tarefas desempeñadas) no sentido de coincidir en todas as súas propiedades relevantes e non diverxer en ningunha propiedade que tamén se considere relevante, pois pola contra non estaríamos ante un xuízo de igualdade, senón simplemente de semellanza.

Regap



ESTUDIOS

## 2.2 Termo obxecto de comparación: «condicións de traballo»

A xurisprudencia europea foi moi flexible<sup>11</sup> á hora de interpretar o concepto de «condicións de traballo» sobre as cales non debe producirse discriminación entre traballadores cun contrato de duración determinada e traballadores fixos comparables. No dito concepto incluíríanse todas as normas aplicables a un traballador ou as prestacións que este reclame pola súa vinculación coa súa relación laboral<sup>12</sup>. En palabras do Tribunal de Xustiza, “a expresión condicións de traballo designa os dereitos e obrigas que definen unha relación laboral concreta, incluíndo tanto as condicións en que unha persoa exerce un emprego como as relativas á finalización desta relación laboral”<sup>13</sup>.

Así, nese concepto –e sempre dentro do ámbito público que é propio deste estudo– o Tribunal de Xustiza incluíu cuestións relativas a prestacións económicas, á carreira e promoción profesional dos empregados, condicións de despedimento ou dereitos de que gozan aqueles no seo da relación laboral.

<sup>11</sup> Rexeitando así aproximacións restritivas que, por exemplo, avogaban pola exclusión das retribucións do ámbito de aplicación da Directiva 1999/70, tal como facían as conclusións do avogado xeral POIARES MADURO no asunto *Del Cerro Alonso*, Rec. p. I-7120, n. 25.

<sup>12</sup> *Carratú*, 12 de decembro de 2013 (C-361/12).

<sup>13</sup> *Vega González*, 20 de decembro de 2017 (C-158/16).

## 2.3 Xustificación obxectiva do tratamento diferenciado nas administracións públicas

A constatación dunha diferenza de trato entre traballadores con contrato de duración determinada e traballadores fixos non implica necesariamente que sexa contraria ao dereito europeo, pois este admite ese trato diferenciado sempre que se atope fundamentado en razóns obxectivas, precisas e concretas, atendendo á especial natureza das tarefas para a realización das cales se asinan os contratos de duración determinada e ás circunstancias inherentes a estas<sup>14</sup>.

Este posible amparo nesas razóns obxectivas presenta peculiaridades no caso das administracións públicas que cómpre analizar.

Por unha banda, para o Tribunal de Xustiza nin o desenvolvemento de funcións de confianza e asesoramento especial nin o feito de que o seu nomeamento e cesamento sexan libres diferencian o traballador do resto de empregados públicos en función da natureza das tarefas que poden desempeñar<sup>15</sup>.

No caso dos funcionarios interinos, España argüíu infrutuosamente ante o Tribunal de Xustiza varias diferenzas estruturais cos funcionarios de carreira que xustificaría un tratamento distinto de ambas as dúas clases de empregados públicos: menores exixencias na incorporación e a acreditación do mérito e capacidade; falta de mobilidade dos funcionarios interinos, ao estaren vinculados ao posto que son chamados a ocupar temporalmente, o que fai que a súa actividade sexa distinta e de diferente valor á do funcionario de carreira; determinadas funcións resérvanse para os funcionarios de carreira, o que implica que existe unha diferenza cualitativa en canto a experiencia e formación; ou, por último, o feito de que o cesamento dos funcionarios interinos ten lugar cando finaliza a causa que deu lugar ao seu nomeamento<sup>16</sup>. Non obstante, o Tribunal de Xustiza rexeita que eses aspectos amparen de xeito abstracto e xeral unha diferenza de trato entre funcionarios de carreira e funcionarios interinos, aínda que poden xustificar previsións específicas e concretas que impliquen tal diferenciación (*v. gr.*, requisitos obxectivos derivados das características da praza a cubrir nun proceso selectivo ou de provisión de postos, en función da natureza particular das tarefas que se han de realizar ou as características inherentes a elas, pero non un requisito xenérico e abstracto segundo o cal o período de servizo exixido se debe ter cumprido integramente en calidade de funcionario de carreira<sup>17</sup>).

---

<sup>14</sup> *Rosado Santana*, 8 de setembro de 2011 (C-177/10).

<sup>15</sup> *Regojo Dans*, 9 de xullo de 2015 (C-177/14), n. 34.

<sup>16</sup> *Rosado Santana*, 8 de setembro de 2011 (C-177/10), n. 75.

<sup>17</sup> *Rosado Santana*, 8 de setembro de 2011 (C-177/10), n. 79-80.

### 3 Consecuencias sobre o réxime xurídico dos funcionarios interinos

Tradicionalmente, os tribunais admitían a xustificación xeral da posibilidade de tratamento diferenciado entre funcionarios de carreira e funcionarios interinos, pois tratábase de estruturas creadas polo dereito, entre as que, en principio, non pode exixirse *ex* artigo 14 CE un absoluto tratamento igualitario, resultando así admisible, desde a perspectiva deste precepto constitucional, que o lexislador lle recoñeza o desfrute de determinados dereitos ao persoal vinculado á Administración de forma estable, e, en cambio, llelo negue ás persoas que por motivos de urxencia e necesidade o desempeñen de forma provisional mentres non se provexan as prazas así cubertas por funcionarios de carreira (STC 7/1984).

Non obstante, progresivamente foise consolidando unha tendencia a garantir unha maior igualdade de réximes, ben pola presenza de elementos obxectivos que impedían a diferenciación (por exemplo, as retribucións, que hoxe en día se vinculan directamente ao posto e non á categoría subxectiva), ben como mecanismo sancionador aos abusos na duración da temporalidade das interinidades e para protexer outros bens constitucionais, tal como fixo o Tribunal Constitucional na STC 240/1999, do 20 de decembro, relativizando a xustificación da diferenza de trato entre funcionarios interinos e de carreira e cifrando en cinco anos o tempo a partir do cal a desigualdade entre as dúas clases de persoal podía quedar privada de fundamento<sup>18</sup>.

Tal era a situación cando a xurisprudencia europea tivo a oportunidade de contrastar en diferentes ocasións a normativa e a práctica administrativa respecto á prohibición de discriminación entre empregados públicos de dereito administrativo por razón da temporalidade da relación, obrigando aos tribunais españois a extraer as consecuencias que derivarían da Directiva 1999/70 a diferentes aspectos do réxime xurídico dos funcionarios interinos e doutras clases temporais cuxo vínculo é de dereito público. Analizaremos dous ámbitos que consideramos claves para entender o alcance e contido do impacto do dereito europeo sobre o réxime xurídico dos funcionarios interinos (dereitos retributivos e carreira), non sen antes recordar os aspectos explícitos que o Tribunal de Xustiza da Unión Europea recoñeceu que se lles deben recoñecer aos funcionarios interinos en España.

<sup>18</sup> “Esta posible xustificación do trato diferenciado perde fundamento, desde a perspectiva constitucional que aquí nos ocupa, cando se aplica a unha persoa como a recorrente cuxa vinculación de servizo coa Administración supera os cinco anos. Neste suposto, a denegación da solicitude da excedencia voluntaria sobre a única base do carácter temporal e provisional da relación funcional e da necesidade e urxencia da prestación do servizo, propia da configuración legal da vinculación dos funcionarios interinos, resulta en extremo formalista e a restrición do dereito á excedencia resulta claramente desproporcionada. Neste caso non concorre a causa que podía xustificar a negación da titularidade dun dereito relacionado cun ben dotado de relevo constitucional, nin a diferenza de trato entre os dous tipos de persoal ao servizo da Administración. Esta posible xustificación do trato diferenciado perde fundamento, desde a perspectiva constitucional que aquí nos ocupa, cando se aplica a unha persoa como a recorrente cuxa vinculación de servizo coa Administración supera os cinco anos. Neste suposto, a denegación da solicitude da excedencia voluntaria sobre a única base do carácter temporal e provisional da relación funcional e da necesidade e urxencia da prestación do servizo, propia da configuración legal da vinculación dos funcionarios interinos, resulta en extremo formalista e a restrición do dereito á excedencia resulta claramente desproporcionada. Neste caso non concorre a causa que podía xustificar a negación da titularidade dun dereito relacionado cun ben dotado de relevo constitucional, nin a diferenza de trato entre os dous tipos de persoal ao servizo da Administración”.



### 3.1 Recoñecemento europeo de dereitos aos funcionarios interinos

En relación con dereitos económicos, o Tribunal de Xustiza da Unión Europea recoñeceulle ao persoal temporal ao servizo das administracións públicas a obtención e percepción de trienios<sup>19</sup>, na medida en que constitúen un complemento salarial por antigüidade<sup>20</sup>. Pero tamén todo complemento salarial que se poida percibir no seo da relación laboral. Así, no caso dos docentes non universitarios, constitúen condicións de traballo para os efectos da directiva tanto os complementos retributivos que se conceden pola formación docente recibida<sup>21</sup> (os coñecidos como «sexenios» da docencia non universitaria) ou pola avaliación da actividade docente<sup>22</sup>. Significativo é o asunto *Rodrigo Sanz*, onde por motivos organizativos e orzamentarios se reduciu a xornada laboral dos funcionarios interinos, coa conseguinte redución salarial; pois ben, o Tribunal considerou que ambas as dúas reducións –xornada e retribucións– supuña unha discriminación na medida en que a diferenciación non estaba obxectivamente xustificada<sup>23</sup>.

Para os efectos de carreira, os servizos prestados como funcionario interino tamén deben ser tidos en conta. Como dixera o Tribunal de Xustiza no asunto *Rosado Santana*, sería contrario á Directiva 1999/70 que os períodos de servizo cumpridos por un funcionario interino dunha Administración pública non sexan tidos en conta para o acceso deste, que entre tanto tomou posesión como funcionario de carreira, a unha promoción interna na que só poden participar os funcionarios de carreira. Tendo en conta, en todo caso, que o mero feito de que o funcionario interino cumprira os ditos períodos de servizo sobre a base dun contrato ou dunha relación de servizo de duración determinada non constitúe unha razón obxectiva que xustifique esa diferenza de trato<sup>24</sup>. Tamén, en relación coa carreira, o Tribunal de Xustiza declarou que os funcionarios interinos teñen dereito a acceder á modalidade de carreira horizontal<sup>25</sup>.

Finalmente, o Tribunal de Xustiza recoñeceulle a un funcionario interino o dereito a que se lle apliquen situacións administrativas que formalmente restrinxen o seu ámbito subxectivo aos funcionarios de carreira, como os servizos especiais<sup>26</sup>.

<sup>19</sup> *Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres*, 22 de decembro de 2010 (C-444/09 e C-456/09); *Regojo Dans*, 9 de xullo de 2015 (C-177/14), n. 43.

<sup>20</sup> *Del Cerro Alonso*, 13 de setembro de 2007 (C-307/05), Rec. p. I-7109.

<sup>21</sup> *Lorenzo Martínez*, 9 de febreiro de 2012 (C-556/11).

<sup>22</sup> *Álvarez Santirso v. Consellería de Educación, Cultura e Deporte do Principado de Asturias*, 21 de setembro de 2016 (C-631/15).

<sup>23</sup> *Rodrigo Sanz*, 9 de febreiro de 2017 (C-443/16), n. 33.

<sup>24</sup> *Rosado Santana*, 8 de setembro de 2011 (C-177/10).

<sup>25</sup> *Centeno*, 22 de marzo de 2018 (C-315/17).

<sup>26</sup> *Vega González*, 20 de decembro de 2017 (C-158/16).



### 3.2 Os dereitos retributivos dos funcionarios interinos á luz do dereito europeo

Foi no ámbito retributivo onde por vez primeira se formularon as reivindicacións pola discriminación por razón da temporalidade que padecían os funcionarios interinos respecto aos funcionarios de carreira e onde o Tribunal de Xustiza europeo e os tribunais nacionais acabaron por consolidar unha doutrina que hoxe pacificamente admite a igualdade retributiva das dúas clases de persoal. A transcendencia desta xurisprudencia non radica só na súa precisión para aplicarse directamente a numerosos supostos, senón tamén e sobre todo pola potencialidade expansiva da dimensión retributiva das condicións de emprego, de tal forma que todo concepto ou elemento retributivo se identifica como obxecto do xuízo de comparabilidade de situacións, sorteando mesmo os fundamentos que o caracterizaban. Así aconteceu paradigmaticamente en relación co complemento retributivo da carreira horizontal ou, excepcionalmente, co complemento de destino vinculado ao grao persoal da carreira vertical, como veremos máis adiante.

Non obstante, cómpre partir da propia configuración do réxime retributivo dos empregados públicos<sup>27</sup> para non confundir –como dicíamos– o xuízo de comparabilidade. Así, este xuízo é lexítimo cando se trata de retribucións vinculadas ao posto de traballo en si<sup>28</sup> ou ao desempeño efectivamente realizado nel, pero é máis complexo cando se pretende retribuír en función de categorías subxectivas que articulan a relación funcional con carácter permanente<sup>29</sup> ou a progresión na organización, podendo mesmo chegar a ser contraditorio cando se retribúe a permanencia na función pública, pois *a priori* trátase de persoal cuxa vinculación coa Administración é conxuntural.

En calquera caso, os tribunais deduciron todas as consecuencias da xurisprudencia europea, identificando os conceptos retributivos que era preciso recoñecerlles aos empregados públicos temporais de dereito administrativo.

En primeiro lugar, a tradicional negación da percepción dos trienios ao persoal temporal foi directamente refutada polo propio Tribunal de Xustiza da Unión Europea, que xa en 2007 (*Del Cerro Alonso*<sup>30</sup>.) incluíu as eventuais primas de antigüidade nas condicións de traballo respecto ás cales non se podía tratar de forma diferenciada os empregados públicos temporais e fixos. Ese pronunciamento versou sobre persoal estatutario temporal dos servizos de saúde, polo que non quedaba claro se aquela doutrina era trasladable aos funcionarios interinos<sup>31</sup>, o cal foi precisado afirmativa-

<sup>27</sup> Vid. PARADA, R., e FUENTETAJA, J., *Derecho de la Función Pública*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 2019, pp. 438 e ss.

<sup>28</sup> O Tribunal Supremo chegou a afirmar que “a percepción de conceptos retributivos ligados ao desempeño dun posto de traballo for en condición de funcionario de carreira ou de interino de longa duración resulta pacífica no momento presente”: STS do 8 de marzo de 2017 (rec. n. 93/2016).

<sup>29</sup> Caso dos letrados da Administración de xustiza.

<sup>30</sup> *Del Cerro Alonso*, 13 de setembro de 2007 (C-307/05).

<sup>31</sup> Auto *Sáenz Morales*, 20 de xaneiro de 2010 (C-389/09), que foi rexeitado por inadecuada contextualización fáctica e xurídica do caso, concernente a unha funcionaria interina da Junta de Andalucía

mente polo propio Tribunal de Xustiza en 2010 (*Gavieiro Gavieiro*<sup>32</sup>), que o estendeu posteriormente ao persoal eventual en 2015 (*Regojo Dans*<sup>33</sup>).

En realidade, e para entón, o artigo 25 da Lei 7/2007, do 12 de abril, do Estatuto básico do empregado público, xa establecera que se lles recoñecerían aos funcionarios interinos os trienios correspondentes aos servizos prestados antes da súa entrada en vigor, ben que os efectos retributivos unicamente o serían a partir da entrada en vigor do propio Estatuto básico, isto é, o 13 de maio de 2007. Limitación temporal esta última que tamén foi considerada contraria ao dereito europeo, porque o Tribunal de Xustiza considerou que se debían satisfacer, para cumprir a Directiva, desde o momento en que esta debía ter sido trasposta ao ordenamento español (10 de xullo de 2001)<sup>34</sup>, o que pola súa vez abría outra porta de conflitividade para reclamar os trienios non aboados retroactivamente pero que non foran reclamados e que, en consecuencia, podían ser considerados firmes e consentidos polos funcionarios interinos<sup>35</sup>.

No ámbito dos complementos retributivos, estes fóranlles recoñecidos sen dificultade aos funcionarios interinos na medida en que a retribución complementaria estivese vinculada ao posto de traballo, caso emblemático do complemento específico e do complemento de destino, aínda que neste último a dimensión de carreira que presenta<sup>36</sup> puidese esvaeecer un tanto ese carácter obxectivo.

Os problemas radicaron, en cambio, nos complementos ligados á concorrencia de actividades adicionais por parte dos funcionarios públicos, configuradas segundo premisas que implicaban unha continuidade no servizo que determinaban que, en principio, se descartase os funcionarios interinos ou temporais. Non obstante, ao prolongarse a duración da relación funcional temporal, a concorrencia dos requisitos que daban lugar á percepción deses complementos levou a que os funcionarios temporais reclamasen o seu recoñecemento. A inercia interna, como sabemos, só puido ser alterada pola intervención directa do Tribunal de Xustiza da Unión Europea, que, no ámbito da docencia non universitaria, lles recoñeceu aos funcionarios interinos o dereito a percibir os sexenios por formación permanente<sup>37</sup> ou os incentivos pola avaliación da súa actividade docente<sup>38</sup>. Ademais, esta intervención do Tribunal de Xustiza viuse precisamente avalada polo Tribunal Constitucional na súa Sentenza 231/2015, do 5 de novembro, que incidentalmente recordaba a xurisprudencia europea consolidada sobre a prohibición de discriminación por razón da temporalidade da relación

<sup>32</sup> *Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres*, 22 de decembro de 2010 (C-444/09 e C-456/09).

<sup>33</sup> *Regojo Dans*, 9 de xullo de 2015 (C-177/14).

<sup>34</sup> *Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres*, 22 de decembro de 2010 (C-444/09 e C-456/09), n. 98.

<sup>35</sup> A esta conflitividade tamén o dereito europeo proporciona solución co obxectivo de garantir a súa eficacia, sorteando, se é necesario, institucións xurídicas internas que son manifestación do principio de seguridade xurídica (como a firmeza dos actos). Paradigmáticas resultan as sentenzas do Tribunal Superior de Xustiza da Comunidade Valenciana, do 11 de marzo de 2013 e do 14 de marzo de 2014, que se apoian na xurisprudencia europea para exixir a revisión das resolucións administrativas denegatorias do aboamento de trienios aos funcionarios interinos.

<sup>36</sup> CASTILLO BLANCO, F., *El sistema retributivo en la Función Pública española*, Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 184.

<sup>37</sup> *Lorenzo Martínez*, 9 de febreiro de 2012 (C-556/11).

<sup>38</sup> *Álvarez Santirso*, 21 de setembro de 2016 (C-631/15).

e directamente reconducía o respecto ás sentenzas do Tribunal de Xustiza ao dereito á tutela xudicial efectiva do artigo 24.1 da Constitución<sup>39</sup>.

O razoamento estendeuse aos funcionarios interinos do ensino universitario, ao recoñecerlles o dereito á avaliación da súa actividade investigadora e o complemento retributivo consecuente (o denominado «sexenio de investigación»)<sup>40</sup>.

### 3.3 O dereito á carreira dos funcionarios públicos temporais

O mero feito de poder disertar sobre o dereito á carreira dos funcionarios públicos temporais manifesta a transformación que experimentou o dereito da función pública en España en virtude da incidencia do dereito europeo. Sendo a carreira un elemento consubstancial do funcionario estable –non en van lévao na súa propia denominación: funcionario «*de carreira*»–, entendíase que a progresión na función pública exixía unha vinculación permanente que, en última instancia, derivaba dun status subxectivo (a propia condición de funcionario, pero tamén categorías subxectivas que organizan e estruturan a función pública), status subxectivo que se caracteriza por estar desvinculado do propio posto de traballo, a diferenza precisamente dos empregados temporais, cuxa situación xurídica está ligada a un posto.

Ademais dese status subxectivo, a carreira inclúe unha dimensión dinámica que presupón unha organización na cal o funcionario evoluciona e progresa. Esa organización pode referirse a postos de traballo, pero tamén a categorías organizativas subxectivas (clases, categorías, graos, etc.) que se incorporan ao patrimonio subxectivo do funcionario. Unha vez máis, e aparentemente, o empregado temporal, que debe a súa existencia a un determinado posto ou mesmo a unha tarefa, é alleo a esta dimensión dinámica da carreira.

Imos analizar tres aspectos concretos da carreira administrativa pola súa gran transcendencia: primeiro, a carreira horizontal e o seu recoñecemento aos funcionarios interinos; segundo, a consolidación do grao persoal por estes; e, terceiro, a posibilidade de participación dos funcionarios interinos nos concursos internos de provisión de postos de traballo, na medida en que articulan a carreira vertical.

#### 3.3.1 Carreira horizontal e funcionarios interinos

A posibilidade de que os funcionarios interinos accedesen á modalidade de carreira horizontal, ideada polo Estatuto básico pero implantada só nalgúnhas administracións, foi formulada ao Tribunal de Xustiza da Unión Europea sobre a base de considerar se era aplicable a aqueles o complemento de carreira que incluíu ou se, en cambio, debía entenderse como un concepto retributivo que atende á condición subxectiva do perceptor (funcionario de carreira, segundo a literalidade do propio Estatuto básico), obtida por medio dun traballo desenvolvido ao longo de varios anos conforme criterios

<sup>39</sup> Vid., ao respecto, ARROYO JIMÉNEZ, L., *Empatía constitucional. Derecho de la Unión Europea y Constitución española*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

<sup>40</sup> Sentenza do Xulgado Central do Contencioso-Administrativo n. 8, do 26 de decembro de 2017.

de progresividade en complexidade e responsabilidade, estabilidade, especialización e profesionalidade<sup>41</sup>.

O Tribunal de Xustiza<sup>42</sup> considerou que a carreira horizontal forma parte das «condicións de traballo» do persoal que traballa para a Administración, pois esta inclúe elementos como a progresión profesional, a calidade do traballo, a experiencia profesional ou os méritos contraídos polo desempeño profesional. Máis aínda, segundo o auto do Tribunal de Xustiza que resolve a cuestión, o feito de que “o complemento retributivo ao que dá lugar a participación no sistema de carreira profesional controvertido no litixio principal teña por obxecto retribuír determinadas calidades subxectivas desenvolvidas polo traballador no desempeño das súas funcións ao longo dos anos confirma que este complemento está vinculado ao posto do traballador. Ademais, aínda supondo que, como afirma o xulgado remitente, o sistema de carreira profesional controvertido no litixio principal e o complemento retributivo a que o dito sistema dá lugar estivesen ineludiblemente vinculados á condición de funcionario de carreira ou de persoal laboral fixo, esta circunstancia non pode enervar a conclusión de que o sistema e o complemento mencionados presentan unha vinculación coa relación de servizos entre un traballador e o seu empregador. O mesmo cabe apreciar en canto ao carácter voluntario dese sistema, ao grao de dificultade que presenta a obtención do complemento derivado del e á natureza estatutaria da relación de servizo entre a Administración e os seus axentes” (n. 52-54).

Pero, ademais de concluír que a carreira horizontal é unha condición de traballo para os efectos da Directiva 1999/70, o Tribunal descarta que a diferenza de trato estea xustificada en razóns obxectivas baseadas, por un lado, nas particularidades do procedemento selectivo dos funcionarios (polo mero feito de que o persoal laboral fixo –que si pode acceder á carreira horizontal analizada no asunto en cuestión– non está sometido ao mesmo procedemento selectivo que os funcionarios) e, por outro, na existencia dunha diferenza na progresión profesional e no grao de responsabilidade das tarefas desenvolvidas entre funcionarios de carreira e funcionarios interinos (pois o requisito de cinco anos de experiencia que se lles exige aos funcionarios de carreira pódese ter adquirido nunha relación de servizo de carácter temporal).

A partir deste auto, os tribunais foron extraendo e explicitando as consecuencias e o recoñecemento do acceso á carreira horizontal do persoal estatutario interino de longa duración<sup>43</sup>, dos funcionarios interinos<sup>44</sup> e, mesmo, do persoal laboral non fixo<sup>45</sup>.

---

<sup>41</sup> Auto do Xulgado do Contencioso-Administrativo n. 2 de Zaragoza, do 12 de maio de 2017, polo que se lle formula ao Tribunal de Xustiza cuestión prexudicial.

<sup>42</sup> *Centeno*, 22 de marzo de 2018 (C-315/17).

<sup>43</sup> SSTs do 18 de decembro de 2018, do 21 de febreiro de 2019 e do 6 de marzo de 2019.

<sup>44</sup> STS do 8 de marzo de 2019.

<sup>45</sup> STS do 6 de marzo de 2019.

### 3.3.2 Consolidación de grao persoal por funcionarios interinos

Sen dúbida ningunha, o recoñecemento do grao persoal aos funcionarios interinos foi dos pronunciamentos xudiciais cualitativamente máis inesperados, pola consideración tradicional de que a condición de funcionario de carreira constituía un requisito esencial para a súa adquisición, dadas as características xenuínas do grao persoal como técnica de articulación da carreira dos funcionarios.

Ata a irrupción do dereito europeo, a xurisprudencia negaba con naturalidade a posibilidade de que os funcionarios interinos consolidasen grao persoal<sup>46</sup>. Non obstante, a Sentenza do Tribunal Supremo do 7 de novembro de 2018 senta en casación a importante doutrina de que os funcionarios interinos teñen o mesmo dereito que os funcionarios de carreira á consolidación do grao persoal.

Aínda que a sentenza descarta parte da argumentación utilizada na sentenza impugnada<sup>47</sup>, que discorría sobre a xurisprudencia relativa ao recoñecemento, para os efectos de consolidación de grao persoal, dos desempeños provisionais de postos (comisións de servizos e adscricións provisionais), a sala invoca as numerosas sentenzas ditadas polo Tribunal de Xustiza da Unión Europea sobre a Directiva 1999/70/CE.

O Tribunal Supremo basea o seu razoamento en tres argumentos. O primeiro, que o grao persoal e os seus efectos xurídicos han de ser incluídos no ámbito ou no concepto de “condicións de traballo” que recolle a citada directiva, pois, como vimos, para o Tribunal de Xustiza todo aspecto vinculado ao “emprego” –como equivalente á relación laboral entre un traballador e o seu empresario– debe quedar integrado no dito concepto. O segundo, que o funcionario interino é comparable ao funcionario fixo, tendo en conta un conxunto de factores, como a natureza do traballo, os requisitos de formación e as condicións laborais.

Pero onde se aprecia maior debilidade argumental é no terceiro argumento, pois limitábase a considerar que non se xustificou que o trato diferente obedezca a razóns obxectivas, canon de diferenciación que hai que aplicar “por relación aos requisitos obxectivos das prazas servidas, polas características do emprego, ou polo nivel de formación requirido para o desempeño dos postos de traballo, razóns obxectivas que a Administración non se esforzou en decantar para este caso, o que nos conduce indeclinablemente a considerar que o único motivo polo que se lle denegou a consolidación de grao persoal ao recorrente é a natureza temporal do seu vínculo laboral coa Administración demandada”.

<sup>46</sup> Sentenzas da Sección 1.ª da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 13 de xuño de 2012, recurso número 612/2011, e do 4 de xullo de 2012, recurso número 129/2012: «no dereito español de función pública o grao, a súa adquisición e consolidación, incardínase dentro do dereito á promoción na carreira profesional do empregado público de carreira ou fixo, o que, correlativamente, cabe estender así mesmo ao dereito á percepción dun determinado nivel retributivo en concepto de complemento de destino. Ao aparecer intimamente vinculado á carreira administrativa, o grao só se lles reconece aos funcionarios de carreira, non podendo estenderse ao persoal temporal, que non ten aquel dereito de promoción ao non ser no seu caso permanente a ligazón coa Administración (artigo 4.2 da Lei de funcionarios civís do Estado do 7 de febreiro de 1964, e hoxe artigo 10 da Lei 7/2007, do 12 de abril, do Estatuto básico do empregado público). E, correlativamente, só pode adquirirse ou consolidarse grao se un posto se desempeña sendo funcionario de carreira ou persoal estatutario fixo, porque só nese caso hai a posibilidade de integración nun nivel e de promoción profesional».

<sup>47</sup> Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Andalucía, do 11 de novembro de 2016.

Renuncia, así, a sentenza a conceptualizar a funcionalidade do grao no seo da función pública e a súa virtualidade como elemento da carreira administrativa. Aínda que tamén é certo que a virtualidade de ambos os dous (grao e carreira) quedou moi esvaecida: a carreira, porque se fai depender non de categorías subxectivas, senón de elementos obxectivos (como fai a sentenza nas súas referencias aos termos); e o grao, porque en realidade apenas reduce a súa eficacia a unha garantía de nivel de complemento retributivo e de nivel de posto<sup>48</sup>, constituíndo así non tanto unha técnica de articulación da carreira como unha garantía de non retroceso nela na súa dimensión retributiva (parcialmente) e na súa dimensión obxectiva de tarefas e responsabilidades (limitada)<sup>49</sup>. Garantías ambas as dúas das que teórica e paradoxalmente non en última instancia se podería beneficiar un funcionario interino porque o seu nomeamento o é para un posto concreto no cal, en principio e en final, “debería facer carreira”, pero precisamente o uso e abuso que se fai dos funcionarios interinos, a relativa estabilidade que mesmo a xurisprudencia lles recoñece e a “función pública paralela” que as administracións acabaron por configurar a través da súa regulación e xestión (por exemplo, bolsas duradeiras no tempo) explica que finalmente ter recoñecido un grao persoal poida un funcionario interino facelo valer ante futuros nomeamentos, expresión mesmo dunha potencial mobilidade que contraditoriamente puidese recoñecerse aos funcionarios interinos.

Pero, ademais, o recoñecemento do grao persoal aos funcionarios interinos pode xerar situacións de discriminación inversa respecto aos funcionarios de carreira, os cales, por exemplo, se atopan limitados para a adquisición de graos polo intervalo de niveis en que se sitúa o corpo ao que pertence (art. 70.2 RD 364/1995), cando os funcionarios interinos non se integran en corpo ningún, circunstancia esta que tamén ten as súas consecuencias importantes pola relación entre o grao e o corpo, na medida en que o grao persoal o adquiren os funcionarios de carreira pola súa pertenza a un corpo concreto, e non a outro, de maneira que para consolidar un determinado grao só se poden computar os postos de traballo servidos no corpo ao que pertence<sup>50</sup>.

Máis aínda, a temporalidade de ocupación do posto polo funcionario interino non lle impide consolidar grao, mentres que os funcionarios de carreira non poden consolidar grao cando ocupan posto a título temporal (comisión de servizos ou adscrición provisional), salvo que con posterioridade obteñan a título definitivo ese posto ou outro de igual ou superior nivel, para o cal se computa, para os efectos de consolidación, o tempo desempeñado a título temporal, posibilidade que, paradoxalmente e pola súa vez, lles negan os tribunais aos funcionarios interinos cando debeñen en funcionarios de carreira, é dicir, que o tempo desempeñado interinamente non pode ser utilizado para consolidar grao, aínda que o interino se tivese convertido despois en funcionario

<sup>48</sup> Artigo 72 RD 364/1995.

<sup>49</sup> Vid. FUENTETAJA, J., “La carrera administrativa en la Función Pública: teoría (general) y modelos (comparados)”, Pérez Gálvez, J. F. (dir.), *Retos y propuestas para el Sistema de Salud*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 265-270.

<sup>50</sup> STSX de Madrid do 5 de novembro de 2009. Como expresara significativamente a STSX de Castela-A Mancha, do 2 de marzo de 2006, “o acceso á función pública non ten lugar senón a través do acceso a un ou outro dos seus corpos, sen que haxa un concepto abstracto de funcionario de carreira que poida recibir as características ou aspectos gañados en cada un dos corpos aos que poida pertencer, podéndose transvasar os efectos da permanencia nun corpo a outro”.

de carreira, pois a adquisición de grao faise polo desempeño de postos en calidade de funcionario de carreira<sup>51</sup>.

### 3.3.3 Participación de funcionarios interinos en concursos de provisión de postos de traballo

Como dicíamos máis arriba, outra das cuestións que se formularon desde a óptica da prohibición de discriminación por razón da temporalidade é a posibilidade de que os funcionarios interinos poidan participar nas convocatorias de concursos internos de provisión de postos de traballo, teoricamente reservadas a funcionarios de carreira porque articulan a súa carreira vertical, pero que permitirían indirectamente dotar de contido a anterior cuestión do recoñecemento de grao persoal aos funcionarios interinos, pois é este un dos méritos a valorar nos concursos.

Máis alá da literalidade das normas que sistematicamente se redactan especificando que nos concursos internos de provisión participan os funcionarios de carreira, os tribunais sinalan que o importante é a natureza do funcionario interino, pois “o seu nomeamento obedece –exclusivamente– a razóns de urxencia e necesidade, referidas a un posto de traballo concreto. A desaparición da necesidade de ocupación de posto dá lugar ao cesamento do funcionario nomeado para ocupalo. O funcionario interino, ao estar nomeado para un posto específico (non para unha praza, como pretende o Concello), non ten dereito á mobilidade, sen que iso supoña discriminación prohibida, pois precisamente a necesidade de cobertura temporal dun posto determinado é a única xustificación do nomeamento”. E como o artigo 10.5 do TREBEP sinala que aos funcionarios interinos lles será aplicable, en canto sexa adecuado á natureza da súa condición, o réxime xeral dos funcionarios de carreira, a sentenza conclúe que “a participación en concursos é unha das facetas contrarias á súa condición de empregado contratado temporalmente para satisfacer unha necesidade determinada, pois, se a necesidade desaparece, o vínculo de interino debe extinguirse, e, se permanece, sería contrario á finalidade da contratación trasladar o interino a outro posto”<sup>52</sup>.

<sup>51</sup> Así o entendeu a Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, do 5 de xullo de 2017, onde se pretendía amparar o cómputo do tempo desempeñado como funcionario interino da Sentenza do Tribunal de Xustiza *Rosado Santana*, do 8 de setembro de 2011, onde estimou que os anos de experiencia acreditada, como requisito para participar na promoción interna, poden corresponder tanto a servizos prestados como funcionario de carreira como a servizos en réxime de temporalidade, isto é, como interino, xa funcionario ou laboral). Non obstante, o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia considerou que a pretensión de que se compute o período de tempo prestado como funcionario interino para os efectos de consolidación de grao “non é posible porque este vai ligado ao dereito á carreira horizontal e é propio dos funcionarios de carreira, únicos que teñen dereito á inamovibilidade, coa consecvente estabilidade no vínculo, malia que o fundamento da permanencia na Administración do funcionario interino é a ocupación dun posto vacante no que existe unha urxente necesidade para a súa cobertura, ou o desempeño dunhas funcións concretas por causa de urxente necesidade, polo que se distingue polo carácter conxuntural e de urxencia dos servizos que presta, condición dificilmente compatible con aquel dereito á carreira profesional, pois iría en contra da propia esencia e xustificación do nomeamento como funcionario interino”. Por iso, e aínda recoñecendo implicitamente o tribunal que hai unha diferenza de trato entre os funcionarios de carreira e os funcionarios interinos, entende que existen “razóns obxectivas que xustifican que non poida computarse aquel tempo de interinidade para os efectos de consolidación de grao”, pois a xurisprudencia do Tribunal Supremo ampara que se poida “diferenciar o estatuto dos que desempeñan as funcións con carácter temporal e dos que son funcionarios de carreira” (citando as recentes sentenzas daquel do 13 de marzo de 2017 (recurso 896/2014) e do 9 de febreiro de 2015).

<sup>52</sup> STSX de Madrid, do 1 de abril de 2019.



### 3.4 O «dereito á indemnización por despedimento» dos funcionarios interinos

Analicemos, por último, o emblemático suposto –xa mencionado máis arriba desde unha perspectiva metodolóxica– da reivindicación polos funcionarios interinos do dereito á indemnización cando son destituídos, ao considerar que se lles discrimina non obviamente fronte aos funcionarios de carreira, senón respecto aos contratados laborais fixos, cuxo réxime xurídico si prevé tal indemnización cando é despedido por causas obxectivas<sup>53</sup>.

Malia que algúns tribunais españois recoñeceron excepcionalmente tal indemnización<sup>54</sup> –quizais máis como sanción ao abuso pola temporalidade excesiva das relacións funcionarias interinas–, o Tribunal de Xustiza rexeitou que exista discriminación nun caso relativo a persoal eventual, pero cuxo razoamento é extensible aos funcionarios interinos (como así fixo, posteriormente, o avogado xeral SPUZGAR no asunto *Baldonado Martín*).

Xa dixemos que o Tribunal de Xustiza admitiu, en principio, o xuízo de comparación entre o persoal eventual e os traballadores fixos, malia o cruzamento de réximes xurídicos, pois limitouse a considerar as funcións e tarefas desenvolvidas (titulación requirida, traballo desenvolvido, etc.), aínda que defería aos tribunais nacionais en concreto a apreciación da comparabilidade de situacións. Realizado o xuízo de comparación, concluíu que efectivamente existe unha diferenza de trato entre o persoal eventual e o contratado laboral fixo na Administración. Non obstante, considerou que esa diferenza de trato estaba xustificada obxectivamente porque, mentres respecto aos traballadores laborais a indemnización atopa a súa razón de ser na frustración da expectativa do mantemento da relación laboral, tal frustración non pode producirse no caso do persoal eventual cuxo réxime xurídico non inclúe a expectativa de mantemento da relación como o dito persoal eventual, dado que o seu cesamento se pode producir en calquera momento, por decisión do órgano que o nomeou, e ao destituír o seu titular, en todo caso. Polo tanto, o persoal eventual é estruturalmente temporal, precario, sen que sequera poida alegar a existencia dunha expectativa de duración non determinada da relación, pois a incerteza do momento do cesamento non fai indeterminada a relación do persoal eventual.

<sup>53</sup> Recordemos que tales causas obxectivas, que amparan o despedimento, son a ineptitude do traballador coñecida ou sobrevida con posterioridade á súa colocación efectiva na empresa; a falta de adaptación do traballador ás modificacións técnicas razoables operadas no seu posto de traballo; as causas económicas, técnicas, organizativas ou de produción, cando a extinción dos contratos afecte a un número de traballadores inferior ao requirido para cualificar a extinción de «despedimento colectivo», e, suxeito a determinadas condicións, as faltas de asistencia intermitentes ao traballo, mesmo xustificadas. Finalmente, no caso de contratos por tempo indefinido concertados directamente por entidades sen ánimo de lucro para a execución de plans e programas públicos determinados, sen dotación económica estable e financiados polas administracións públicas mediante consignacións orzamentarias ou extraorzamentarias anuais consecuencia de ingresos externos de carácter finalista, pola insuficiencia da correspondente consignación para o mantemento do contrato de traballo de que se trate (art. 52 ET). Debido a esta extinción por causas obxectivas, debe pór á disposición do traballador “unha indemnización equivalente a vinte días por ano de servizo (art. 53 ET).

<sup>54</sup> O contido da indemnización calcularíase conforme o alcance que a esta lle deu a xurisdición social para os indefinidos non fixos de natureza laboral: 20 días por ano de servizo, co límite de doce mensualidades: Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Castela e León, do 18 de outubro de 2017.



No caso de autos, o tribunal remitente e o Goberno español invocan a diferenza que caracteriza o contexto en que se produce o cesamento nas súas funcións do persoal eventual en relación con aquel en que se prevé o aboamento dunha indemnización en caso de despedimento por unha das causas previstas no artigo 52 do Estatuto dos traballadores. Ao seu xuízo, este persoal presta servizos no marco dunha relación de servizo caracterizada polo feito de que, de conformidade co artigo 12, apartado 3, do EBEP, o nomeamento dos membros dese persoal é libre, poden ser destituídos nas súas funcións libremente, en calquera momento, cando a relación de confianza entre eles e a autoridade para a que exercen as súas funcións rompe, e que, en calquera caso, cesan automaticamente cando cesa nas súas funcións a persoa á que se presta o asesoramento. Polo tanto, non poden albergar ningunha expectativa lexítima no que respecta á estabilidade da súa relación de servizo, dado que son plenamente conscientes, desde o momento do seu nomeamento, da existencia da posibilidade de ser destituído libremente nas súas funcións, así como do feito de que esa relación concluirá, como moito, ao final do mandato da dita autoridade. En cambio, o aboamento da indemnización establecida no artigo 53, apartado 1, letra b), do Estatuto dos traballadores está motivado pola vontade de compensar a frustración das expectativas lexítimas do traballador no que respecta á continuidade da relación laboral, frustración orixinada por ter sido despedido debido á concorrencia dunha das causas previstas no artigo 52 dese estatuto. A este respecto, cómpre sinalar que o cesamento das interresadas se produciu nun contexto sensiblemente diferente, desde os puntos de vista tanto fáctico como xurídico, daquel en que o contrato de traballo de traballador fixo se extingue debido á concorrencia dunha das causas previstas no artigo 52 do Estatuto dos traballadores. En efecto, como subliñou a Comisión Europea, cando inicia unha relación de servizo cunha autoridade pública, o persoal eventual acepta que, en razón das especificidades das funcións de confianza ou de asesoramento especial para as que son nomeados, o mantemento desa relación se supedita ao da relación de confianza especial coa citada autoridade que tales funcións implican.

Como dicimos, este razoamento é perfectamente extensible á situación dos funcionarios interinos, tal como fai o avogado xeral SPUZNAR no asunto *Baldonado Martín*, nas súas conclusións de outubro de 2019. Polo tanto, a precariedade xurídica inherente á interinidade funcional impediría tutelar resarcitoriamente unha pretendida expectativa no mantemento da relación, mesmo a pesar de que as relacións funcionariais temporais resulten «inusualmente longas»<sup>55</sup>, tal como na práctica permiten algunhas das circunstancias que amparan legalmente o nomeamento de funcionarios interinos, por non falar das que ilegalmente as enquistan no seo das administracións públicas.

<sup>55</sup> Na Sentenza *Montero Mateos*, do 5 de xuño de 2018 (C-677/16), relativa a unha contratación por interinidade de natureza laboral, o Tribunal de Xustiza considerou xustificada a ausencia de dereito de indemnización á dita modalidade contractual respecto aos traballadores fixos, aínda que para os efectos da posible transformación en fixa da relación é menos concluínte. Segundo o tribunal, a contratada “non podía coñecer, no momento en que se asinou o seu contrato de interinidade, a data exacta en que se provería con carácter definitivo o posto que ocupaba en virtude do dito contrato, nin saber que ese contrato tería unha duración inusualmente longa. Non é menos certo que o citado contrato finalizou debido á desaparición da causa que xustificara a súa celebración. Dito isto, incúmbelle ao xulgado remitente examinar se, tendo en conta a imprevisibilidade da finalización do contrato e da súa duración, inusualmente longa, procede recualificalo como contrato fixo” (n. 64).

Polo demais, o Tribunal Supremo vedou a posibilidade de considerar a indemnización polo cesamento dos funcionarios interinos obxecto de abuso como translación do dereito do persoal laboral, reconducíndoa máis ben a instituto xeral da responsabilidade patrimonial da Administración polo dano causado ao funcionario interino que padeceu o uso abusivo na súa relación funcional temporal. Na Sentenza do Tribunal Supremo do 26 de setembro de 2018 (n. Rec. 1305/2017), afirmase que, aínda que o funcionario interino afectado por unha utilización abusiva dos seus nomeamentos ten dereito a indemnización, tal recoñecemento, primeiro, depende das circunstancias singulares do caso; segundo, debe ser solicitado, se procede, no mesmo proceso en que se declara a existencia da situación de abuso; e, terceiro, require que a parte demandante deduza tal pretensión; invoque no momento procesual oportuno que danos e perdas, e por que concepto ou conceptos en concreto, lle foron causados; e acredite por calquera dos medios de proba admitidos en dereito a realidade de tales danos e/ou perdas, de sorte que só poderá quedar para execución de sentenza a fixación ou determinación do *quantum* da indemnización debida. “Ademais, o concepto ou conceptos danosos e/ou prexudiciais que se invoquen deben estar ligados ao menoscabo ou dano, de calquera orde, producido pola situación de abuso, pois esta é a súa causa, e non a hipotéticas “equivalencias”, ao momento do cesamento e inexistentes naquel tipo de relación de emprego, con outras relacións laborais ou de emprego público”.

## 4 A converxencia substantiva de réximes xurídicos entre funcionarios de carreira e funcionarios interinos

É evidente que o dereito europeo incorporou un canon propio de contraste sobre a situación dos funcionarios temporais e os funcionarios de carreira. O dito canon ten un alcance propio que obriga a depurar tanto a regulación do réxime xurídico daqueles como a propia xestión que as administracións fan destes funcionarios temporais.

Xa desde o canon interno constitucional da igualdade, o lexislador e os tribunais procederan a equiparar as condicións duns e outros, en particular en materia de retribucións. Non obstante, ese canon interno era moi diferente ao europeo, por moito que o Tribunal Constitucional nas súas últimas sentenzas ao respecto se aliñase co Tribunal de Xustiza da Unión Europea (STC 232/2015), cando na década anterior desenvolvera unha doutrina propia de carácter implicitamente sancionador xa que só se lles recoñecían dereitos a funcionarios interinos cuxo vínculo se estendía máis alá de cinco anos, logo a equiparación ou non discriminación non se baseaba tanto na falta de relevancia da temporalidade da relación senón na prolongación desta máis alá do razoable.

Pero o impulso europeo transcendeu o alcance interno da igualdade para desbordarse en ámbitos que tradicionalmente se consideraban vedados aos funcionarios temporais, do que a carreira é caso senlleiro, aínda que non único, como o demostra a nova concepción da «estabilidade relativa» dos funcionarios interinos.

Os xuíces e tribunais, en particular, emprenderon esta tarefa con decisión, pero en ocasións desbordan os propios límites do dereito europeo, facéndolle dicir a este o

que realmente non di. Moi particular, a metodoloxía do xuízo de comparación que a directiva establece entre traballadores cunha relación de duración determinada e traballadores cunha relación fixa al térase, incluíndo termos de comparación inadecuados (funcionarios e persoal laboral) ou criterios de comparación (*tertium comparationis*) igualmente non pertinentes (natureza xurídica da relación).

O labor é arduo, pois a normativa regula pensando por e para o funcionario de carreira, sen explicitar a extensión do dereito ou o privilexio aos funcionarios temporais.

Outra consecuencia directa da incidencia do dereito europeo na materia é o cambio metodolóxico á hora de integrar o réxime xurídico dos funcionarios temporais. Cando a normativa establece que a estes lles será “*aplicable, en canto sexa adecuado á natureza da súa condición, o réxime xeral dos funcionarios de carreira*”, presumíase en realidade que a aplicación do réxime dos funcionarios de carreira aos funcionarios temporais debía ser demostrado e motivado, pois en última instancia implicaba un xuízo analóxico que supuña unha aplicación da norma a supostos non previstos nela.

Non obstante, o dereito europeo tería alterado a lóxica aplicativa da cláusula en cuestión. Na medida en que non se poden establecer regulacións nin realizar aplicacións que impliquen discriminación por razón da temporalidade, o que o dereito europeo está a realizar é en realidade unha extensión da eficacia da norma relativa aos funcionarios de carreira respecto aos funcionarios temporais. Polo tanto, presúmese que o réxime xurídico dos funcionarios de carreira se aplica igualmente aos funcionarios temporais. E só se se entende que algunha cuestión non lles resultaría aplicable pola natureza da relación entón corresponde ao lexislador ao regular e á Administración ao aplicar motivar e razoar por que hai que facer un tratamento diferenciado aos funcionarios temporais.

En última instancia, trátase dunha inversión da carga da proba: o que antes era unha non-aplicación xeral e só excepcionalmente se estendía o réxime funcional de carreira aos funcionarios interinos, agora vén significar que hai que proceder a unha aplicación xeral do réxime xurídico dos funcionarios de carreira aos funcionarios temporais, debendo en cambio xustificarse por que un determinado aspecto non é aplicable e procedendo, en consecuencia, a un tratamento diferenciado.

En realidade, a lóxica do razoamento xa era inherente ao propio xuízo de igualdade que os xuíces e tribunais, pero moi particularmente o Tribunal Constitucional, levaban a cabo. O que cambiou é o parámetro de control e o alcance deste.

En primeiro lugar, o criterio mesmo de diferenciación, pois tradicionalmente entendíase que a propia temporalidade da relación determinaba consecuencias no réxime xurídico da relación de maior alcance do que na actualidade se entende. Moi en particular cando se invocaba a potestade de autoorganización, por exemplo, para os efectos de reducir a xornada dos funcionarios temporais.

En segundo lugar, o dereito europeo reduciu a marxe de apreciación e de discrecionalidade que se lle recoñecía anteriormente ao lexislador e á Administración aos que lles exige substancialmente razóns obxectivas para diferenciar o trato e formalmente razóns precisas e claras. Respecto ao primeiro, o Tribunal de Xustiza descartou que o mero sistema selectivo sexa razón suficiente para xustificar un trato diferenciado, a cal adoitaba e adoita ser aínda unha argumentación utilizada por xuíces e administracións.



E, respecto ás razóns precisas e claras, non basta xa sinalar que un determinado aspecto é inadecuado á temporalidade da relación para negar o seu recoñecemento aos funcionarios interinos, exixíndose unha fundamentación completa que fuxa de cláusulas vagas ou expresións imprecisas.

Os xuíces e tribunais acolleron a necesidade de xustificar as diferenzas de trato e esforzándose por fundamentacións máis sólidas que a mera temporalidade do vínculo, cando non a simple previsión legal. Non obstante, os pronunciamentos xudiciais en ocasións non escapan a unha deriva circular nos seus razoamentos, causada pola trampa lóxica que en última instancia implica argumentar que a temporalidade non é un trazo diferenciador cando un dos termos subxectivos de comparación é unha clase de persoal esencial e estruturalmente temporal.

Así o observamos na STS do 14 de xullo de 2014<sup>56</sup>, na cal se estableceu con claridade que os funcionarios interinos non podían ser instrutores dun procedemento disciplinario. A sentenza apóiase fundamentalmente na literalidade do artigo 30.1 do Real decreto 33/1986, do 10 de xaneiro, polo que se aproba o Regulamento de réxime disciplinario dos funcionarios da Administración do Estado, que exige que o instrutor sexa un funcionario público “pertencente a un corpo ou escala de igual ou superior grupo ao do inculpado”. Aínda que para rexeitar o argumento da progresiva e crecente equiparación de réximes entre funcionarios interinos e de carreira, que recoñece tamén auspiciada polo dereito europeo, sinala que “non obstante, no noso ordenamento xurídico, antes e despois do Estatuto básico do empregado público, a regra é que sexan funcionarios de carreira os que desempeñen os postos de traballo das administracións públicas. E sucede que a preocupación do lexislador e da xurisprudencia por equiparar cos funcionarios de carreira os interinos se explica principalmente polo propósito de igualar en dereitos, non só retributivos, aos que levan a cabo na práctica as mesmas funcións, aínda que o seu nomeamento sexa temporal. Non obstante, a identidade de trato que se predica entre eles para eses efectos, ou sexa, para evitar que os interinos se vexan discriminados sen que medien razóns obxectivas e constitucionalmente fundadas que o xustifiquen, non chega ata o punto de igualalos plenamente cos funcionarios de carreira. Esencialmente, porque os interinos, por non pertenceren a un corpo ou escala e ser temporal a súa relación coa Administración, quedan vinculados ao posto a que transitoriamente están adscritos e non teñen ao seu alcance, entre outras, as posibilidades de carreira horizontal ou vertical que, non obstante, si posúen os funcionarios de carreira, nin tampouco poden formar parte dos tribunais cualificadores de procesos selectivos para o ingreso nos corpos e escalas de funcionarios”.

Obviamente, a consecuencia de todo iso é unha crecente converxencia de réximes substantivos entre os funcionarios de carreira e os funcionarios temporais. Iso obriga a reflexionar e afondar nas singularidades de réxime destes últimos, pois a necesidade de nomear funcionarios temporais é ineludible polas necesidades temporais de persoal que toda Administración ten<sup>57</sup>.

<sup>56</sup> Recurso de casación n. 2664/2012.

<sup>57</sup> CANTERO, J., “El funcionario interino en la jurisprudencia: sobre la necesidad de repensar la figura”, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, n. 12, 2017, pp. 8-29.

## Bibliografía

- ALDOMA BUIXADE, J., *Aplicación del principio de no discriminación al personal temporal al servicio de la Administración Pública*, Deputación de Barcelona, Barcelona, 2015.
- ARROYO JIMÉNEZ, L., *Empatía constitucional. Derecho de la Unión Europea y Constitución española*, Marcial Pons, Madrid, 2016.
- CANTERO, J., “El funcionario interino en la jurisprudencia: sobre la necesidad de repensar la figura”, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, n. 12, 2017.
- CASTILLO BLANCO, F., *El sistema retributivo en la Función Pública española*, Marcial Pons, Madrid, 2002.
- FUENTETAJA, J., *Función Pública y Derecho Europeo*, Civitas, Madrid, 2018.
- FUENTETAJA, J., “La carrera administrativa en la Función Pública: teoría (general) y modelos (comparados)”, Pérez Gálvez, J. F. (dir.), *Retos y propuestas para el Sistema de Salud*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- PARADA, R., y FUENTETAJA, J., *Derecho de la Función Pública*, 2.<sup>a</sup> ed., Civitas, Madrid, 2019.
- SÁNCHEZ MORÓN, M., “La consagración del funcionario interino indefinido”, *Revista de Administración Pública*, n. 208, 2019.

regap



ESTUDIOS



## Reforma xurídico-administrativa, procedemento electrónico e Administración local: análise da incidencia das recentes transformacións nas bases do procedemento administrativo español sobre o réxime local

Reforma jurídico-administrativa, procedimiento electrónico y Administración local: análisis de la incidencia de las recientes transformaciones en las bases del procedimiento administrativo español sobre el régimen local

Legal and administrative reform, electronic procedures and local administration: analysis of the incidence of recent transformations of the bases of Spanish administrative procedures concerning local government

ANDRÉS BOIX PALOP

Profesor Titular de Dereito Universitario  
Universidade de Valencia

Recibido: 25/01/2020 | Aceptado: 30/01/2020

DOI: <https://doi.org/10.36402/10.36402/regap.v1i58.124>

58 Regap

Regap



ESTUDIOS

**Resumo:** Este traballo aspira a identificar os elementos e trazos do funcionamento do procedemento administrativo español que, na súa conformación actual tras as reformas dos últimos anos e especialmente tras as reformas de 2015, máis afectaron ao funcionamento das administracións locais. En concreto, identificaranse aqueles elementos que, malia terse operado unha reforma, son no fondo manifestación dunha clara continuidade co modelo tradicional e xa consolidado, por unha banda, así como, por outra,

cales son as novidades máis importantes efectivamente operadas coa reforma. Adicionalmente, preténdese explicar como se relacionan estas transformacións con outros cambios previos e posteriores á reforma do procedemento que están a transformar as bases do noso procedemento administrativo e do réxime xurídico básico das administracións locais españolas (transparencia, protección de datos, reforma local, ...). A partir destes elementos, o traballo permite identificar tres factores clave que explican a reforma: 1) a manifestación dunha clara continuidade xeral do modelo aínda con leves retoques en beneficio da expansión das potestades das administracións públicas, tamén das locais, no seu día a día; 2) un claro intento de recentralización aproveitando o procedemento para reforzar controis do Estado sobre as administracións locais na mesma liña que xa iniciasen as reformas previas sobre sustentabilidade financeira ou en materia de réxime local; e, finalmente, 3) unha articulación do procedemento administrativo electrónico básico común que trata de sintetizar todos estes elementos pola vía de impor solucións xa testadas que se mostraron cómodas para a Administración, en ocasións á custa do cidadán, pero que o lexislador claramente confía en que redunde nunha maior eficacia administrativa.

**Palabras clave:** Procedemento administrativo, entes locais, autonomía local, procedemento electrónico, recentralización.

**Resumen:** Este trabajo aspira a identificar los elementos y rasgos del funcionamiento del procedimiento administrativo español que, en su conformación actual tras las reformas de los últimos años y especialmente tras las reformas de 2015, más han afectado al funcionamiento de las administraciones locales. En concreto, se identificarán aquellos elementos que, a pesar de haberse operado una reforma, son en el fondo manifestación de una clara continuidad con el modelo tradicional y ya consolidado, por un lado, así como, por otro, cuáles son las novedades más importantes efectivamente operadas con la reforma. Adicionalmente, se pretende explicar cómo se relacionan estas transformaciones con otros cambios previos y posteriores a la reforma del procedimiento que están transformando las bases de nuestro procedimiento administrativo y del régimen jurídico básico de las administraciones locales españolas (transparencia, protección de datos, reforma local, ...). A partir de estos elementos, el trabajo permite identificar tres factores clave que explican la reforma: 1) la manifestación de una clara continuidad general del modelo aun con leves retoques en beneficio de la expansión de las potestades de las administraciones públicas, también de las locales, en su día a día; 2) un claro intento de recentralización aprovechando el procedimiento para reforzar controles del Estado sobre las administraciones locales en la misma línea que ya iniciaran las reformas previas sobre sostenibilidad financiera o en materia de régimen local; y, finalmente, 3) una articulación del procedimiento administrativo electrónico básico común que trata de sintetizar todos estos elementos por la vía de imponer soluciones ya testadas que se han mostrado cómodas para la Administración, en ocasiones a costa del ciudadano, pero que el legislador claramente confía en que redunde en una mayor eficacia administrativa.

**Palabras clave:** Procedimiento administrativo, entes locales, autonomía local, procedimiento electrónico, recentralización.

**Abstract:** This paper tries to identify those elements and features of Spanish administrative procedure that, in its current conformation after the reforms of recent years and especially after the reforms of 2015, have most affected the functioning of local administrations. Specifically, this work intends to extract which elements and features are manifestations of continuity with the traditional and already consolidated model, on the one hand; as well as, on the other, which are the most important transformations effectively operated with the reform. Additionally, it is intended to explain how these transformations are related to other changes (transparency, data protection, local reform, ...). From these elements, the paper identifies four key factors that explain the reform: 1) the manifestation of a general continuity of the model even with slight touch-ups in favor of the expansion of the powers of the Public Administrations, also of the local ones; 2) a clear attempt of recentralization taking advantage of the electronic procedure to reinforce State controls over Local Administrations; and, finally, 3) an articulation of the common basic electronic administrative procedure that tries to synthesize all these elements by means of imposing proven solutions that have been comfortable for the Spanish Public Administration, sometimes at the expense of the citizens.

**Key words:** Administrative procedure, local authorities, local autonomy, electronic procedure, recentralization.



**SUMARIO:** 1 Unha década de reformas xurídico-administrativas. 1.1 A reforma do artigo 135 CE (2011). 1.2 Lei orgánica 2/2012, de estabilidade orzamentaria e sustentabilidade financeira (2012). 1.3 Leis 19/2013, de transparencia, acceso á información pública e bo goberno; e 27/2013, de racionalización e sustentabilidade da Administración local (2013). 1.4 Leis 39/2015, de procedemento administrativo común; e 40/2015, de réxime xurídico do sector público (2015). 1.5 Lei 9/2017, de contratos do sector público (2017) e normas de desenvolvemento en materia de contratación pública. 1.6 Lei orgánica 3/2018, de protección de datos persoais e garantía dos dereitos dixitais (2018). 2 A reforma administrativa de 2015: principios estruturantes e efectos do novo procedemento administrativo na Administración local. 2.1 Transformación e resiliencia do modelo de procedemento administrativo español no contexto europeo: principais novidades da LPAC 2015. 2.2 Principais afeccións á actividade administrativa dos entes locais do novo procedemento administrativo relacionadas co equilibrio entre potestades públicas e situación xurídica dos cidadáns. 2.3 Administración local e procedemento administrativo electrónico tras a LPAC. 3 Conclusións sobre a afección das reformas en materia de procedemento administrativo no ámbito da Administración local. 4 Conclusións.

## 1 Unha década de reformas xurídico-administrativas

Tras cinco anos desde a aprobación da reforma das bases do procedemento administrativo español e do réxime xurídico das nosas administracións públicas aprobada en 2015 e mesmo a pesar de que partes substanciais desta seguen a día de hoxe sen teren entrado plenamente en vigor como consecuencia das previsións transitorias contidas na propia lei e as posteriores prórrogas intervidas que dilataron ata outubro de 2020 a completa exixibilidade xurídica de todas as súas disposicións<sup>1</sup>, estamos en condicións de realizar unha primeira valoración global da afección que esta supuxo sobre as bases procedementais da actuación dos nosos entes locais, especialmente os municipios –xa que na súa actuación administrativa protagonizan moitos máis procedementos en relación cos cidadáns, os seus dereitos, e a súa esfera xurídica de intereses, que os que poden levar a cabo outro tipo de entes locais de base asociativa ou as propias deputacións provinciais–. Unha afección que se proxecta esencialmente sobre a transformación dixital que a lei forzou a emprender, continuar ou afondar, segundo os casos, aos entes locais españois, debido a que as leis 39/2015, do procedemento administrativo común das administracións públicas (LPAC), e 40/2015, de réxime xurídico do sector público (LRXSP), esencialmente, proxectan sobre o réxime xurídico tradicional do noso procedemento administrativo a conversión de todos os

<sup>1</sup> A DA 7.<sup>a</sup> da Lei 39/2015, do procedemento administrativo común das administracións públicas (LPAC), xa formulou unha xenerosa *vacatio legis* dun ano, respondendo a entrada en vigor da norma ao 2 de outubro de 2016, pero ademais estableceu que as previsións relativas ao rexistro electrónico de apoderamentos, rexistro electrónico, rexistro de empregados públicos habilitados, punto de acceso xeral electrónico da Administración e arquivo único electrónico non producirían efectos ata dous anos despois, isto é, a partir do 2 de outubro de 2018. Con posterioridade, o Decreto-lei 11/2018 modificou esta previsión e postergou dous anos máis, ata o 2 de outubro de 2020, a produción de efectos xurídicos respecto desta parte da norma. Así pois, a día de hoxe, estamos dentro do período de adaptación concedido pola norma ás diferentes administracións públicas, e tamén en consecuencia aos entes locais, para que se adecúen estas cuestións ás previsións da lei. Hai certa unanimidade doutrinal en que, mentres tanto, os dereitos e obrigas respecto dos particulares que se relacionan coa Administración por vías electrónicas quedan despregados mentres as administracións públicas ofrezan a posibilidade de interactuar por vía electrónica, pero que mentres esta posibilidade non se ofrezca, e polo menos ata outubro de 2020 non hai obriga de que así sexa, estes quedan en suspenso respecto desta forma concreta de relacionarse coa Administración. Véxase, ao respecto, por exemplo, HERRERO POMBO, C., "Comentario a la Disposición Adicional Séptima", Acuña Campos, C. (dir.), *Comentarios a la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*, El Consultor de los Ayuntamientos-Wolters Kluwer, Madrid, 2017, p. 905.

trámites posibles ao estándar electrónico, integrando na regulación básica por defecto as previsións da Lei 11/2007, de acceso electrónico dos cidadáns aos servizos públicos (LAE), debidamente actualizadas e pulidas.

Neste traballo non se aspira a realizar un completo estudo detallado desta transformación, algo que resultaría imposible con esta extensión e que, ademais, foi xa realizado de forma monográfica moi completa e brillante por numerosos traballos que deron conta moi rapidamente das principais novidades da reforma administrativa de 2015<sup>2</sup> ou que a trataron posteriormente de xeito exhaustivo e moi completo, con gran profundidade e rigor xurídico<sup>3</sup>. Preténdese, en cambio, achegar unha visión panorámica de cales foron as novidades que tiveron e teñen unha maior incidencia sobre a actuación administrativa dos entes locais, a súa significación e utilidade –ou as críticas que en ocasións pode merecer un marco xurídico que lle dá máis capacidade de actuación á Administración que garantías aos cidadáns, como sucede de forma moi significativa co novo réxime das notificacións electrónicas– póndoas en relación co marco xurídico-administrativo español xeral e a súa evolución ao longo da última década.

Neste sentido, é conveniente lembrar que hai elementos que afectan ao réxime do procedemento administrativo dos entes locais españois ou a algunhas das súas actuacións administrativas na súa perspectiva máis burocrática que atoparemos en normas alleas ás propias LPAC e LRXSP. En primeiro lugar, aquelas que nos permiten explicar e entender o marco en que estas se proxectan sobre o goberno e a Administración local, que, malia teren menos elementos estritamente procedementais aos que atender, si que deben ser como mínimo mencionadas para expor en que termos afectaron aos entes locais e condicionan a súa actuación. En segundo lugar, normas sectoriais, desde as que teñen que ver coa protección de datos á transparencia ou a contratación pública, onde atoparemos interesantes derivadas procedementais que cómpre compatibilizar coa lexislación básica en materia de procedemento administrativo.

Neste sentido, pode ser de utilidade realizar un repaso rápido ao que foi a segunda década do século XXI, que podemos considerar materialmente case xa concluída, respecto do noso dereito administrativo, un dereito administrativo, o español, que conservou grande estabilidade en non poucos dos seus trazos definitorios, ata o punto de que as reformas de 2015, esencialmente continuístas respecto da lexislación do procedemento administrativo de 1992 modificada en 1999, non deixan de ser debedoras da primeira gran lei do procedemento administrativo español, a Lei de procedemento de 1958 –e Lei de réxime xurídico do Estado de 1957–, cuxa estrutura xeral

<sup>2</sup> Destacaron pola súa celeridade en realizar análises moi completas os números especiais das revistas *Documentación Administrativa*, n. 2, Nueva época, 2015; e *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 63, 2016, coordinado por A. Huergo Lora; así como os diversos comentarios, entre os que se poden destacar pola súa atención ás implicacións respecto do feito local VELASCO CABALLERO, F. (coord.), *Régimen jurídico y procedimiento administrativo de los gobiernos locales. La aplicación a las entidades locales de las Leyes 39/2015 y 40/2015, de 1 de octubre*, UAM-Instituto de Derecho Local, Madrid, 2016; e ACUÑA CAMPOS, C. (dir.), *Comentarios a la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*, El Consultor de los Ayuntamientos-Wolters Kluwer, Madrid, 2017.

<sup>3</sup> Neste sentido, o esforzo máis completo de proporcionar un tratamento tratadístico ao novo procedemento administrativo común que emerge como consecuencia da integración do procedemento administrativo electrónico no procedemento xeral é probablemente o de GAMERO CASADO, E. (dir.) e FERNÁNDEZ RAMOS, S., e VALERO TORRIJOS, J. (coords.), *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

e entendemento das relacións entre os poderes públicos e os cidadáns non fai senón replicar. Así, non son poucos os comentarios que sinalaron este feito, en ocasións de forma crítica, ao pór de manifesto que este apego á súa estrutura, composición e elementos tradicionais non deixa de demostrar unha certa incapacidade para que o noso procedemento administrativo evolucione debidamente para facer fronte aos retos das sociedades actuais<sup>4</sup>. Non obstante, e malia este apego á estrutura básica tradicional, o noso dereito administrativo tamén foi mutando e adaptando algunhas das súas respostas para adecualas ás necesidades actuais. De feito, ao longo desta última década fíxoo de forma notable, esencialmente a partir da intensa influencia do dereito e das actuacións das diferentes institucións da Unión Europea. De feito, a orixe da maior parte das reformas que obrigaron a modificar substancialmente aspectos do noso sistema de procedemento administrativo ou áreas xurídicas lindeiras pode trazarse, de xeito xa sexa máis ben medido ou directamente inmediato, ata unha acción europea en case todos os casos<sup>5</sup>. Nalgúns deles, ademais, e como veremos deseguido nun repaso sumario ordenado cronoloxicamente dos grandes fitos deste proceso, de forma moi evidente.

## 1.1 A reforma do artigo 135 CE (2011)

O elemento estruturante definidor das reformas que se foron sucedendo ao longo desta década, aínda que non teña unha relación directa co procedemento administrativo, é a reforma da Constitución española realizada tras o verán de 2011. Convén por iso deixar constancia desta e da significación que ten o feito de que fose a única reforma cun contido substantivo de relevo que se fixo da Constitución española de 1978 desde a súa aprobación –a reforma de 1992 para permitir o sufraxio pasivo nas eleccións municipais dos cidadáns doutros países da UE ou de cidadáns de países con convenio de reciprocidade con España foi moito máis concreta– porque dalgún xeito é a que marca o paradigma que se consolidará coas distintas reformas que se sucederon en anos posteriores. Dunha parte, respecto da indubidable orixe europea dos cambios introducidos. Doutra, marcando un cambio sobre o que fora a tradición constitucional española consolidada desde 1978 en materia de réxime local, plasmada na Lei 7/1985, reguladora das bases do réxime local (LRBRL), e as súas sucesivas reformas, a última delas froito do chamado “Pacto local” de 1999, aprobada pola Lei 11/1999, de ir ampliando as competencias locais e reforzado a súa autonomía política e institucional tras a ratificación por España da Carta europea de autonomía local en 1989<sup>6</sup>, cambio que se

<sup>4</sup> BAÑO LEÓN, J. M., “La reforma del procedimiento. Viejos problemas no resueltos y nuevos problemas no tratados”, *Documentación Administrativa*, n. 2, Nueva época, 2015, pp. 3-8. DOI [10.24965/da.v0i2.10259](https://doi.org/10.24965/da.v0i2.10259) (15 de xaneiro de 2020).

<sup>5</sup> Sobre este proceso de europeización do dereito administrativo español e a notable resiliencia dalgunhas das súas institucións e estruturas básicas, mesmo asumindo moitos dos cambios que foron sucedéndose nas últimas décadas provenientes da Unión Europea, tratei de facer unha completa análise nun traballo monográfico previo: BOIX PALOP, A., “La europeización del Derecho administrativo español”, Martín Delgado, I., Almeida Cerredá, M., e Di Lascio, F. (coords.), *La europeización del Derecho administrativo: una evolución desde el ordenamiento español*, Andavira, Santiago de Compostela, 2017, pp. 35-108.

<sup>6</sup> A Carta europea de autonomía local, de 1985, foi validamente ratificada por España catro anos máis tarde, por medio do Instrumento de ratificación publicado no BOE do 24 de febreiro de 1989.

traduce en reformas institucionais que van limando por primeira vez esa concepción xenerosa tanto da autonomía dos entes locais constitucionalmente consagrada como o carácter indubidablemente representativo e político dos entes locais<sup>7</sup>.

Así, será a partir do novo paradigma que se introduce coa reforma do artigo 135 da Constitución aprobada en 2011 cando comezamos a ver, por primeira vez, normas que sucesivamente tratan de reducir o ámbito da autonomía local, as súas competencias ou, correlativamente, a introdución de controis adicionais nas normas básicas sobre os procedementos e tomas de decisións dos entes locais, abrindo así a porta a unha crecente rixidificación do réxime básico do procedemento administrativo que logo tivemos ocasión de comprobar como se foi concretando en diversas medidas intervidas en normas posteriores –e tamén na propia reforma administrativa de 2015–.

Un novo paradigma que, esencialmente, se xustifica a partir de consideracións de aforro e racionalización que dan lugar a unha lóxica de maior control sobre todos os aspectos que poidan incidir no gasto introducida, como é sabido e foi profusamente comentado e analizado, por expreso mandato europeo<sup>8</sup>. Tras a reforma constitucional<sup>9</sup>, o artigo 135.1 CE compromete todas as administracións públicas, e tamén os entes locais, a velar polo principio de estabilidade orzamentaria, ademais de impor uns límites de déficit que no caso dos entes locais os obriga ao equilibrio orzamentario con carácter estrutural<sup>10</sup> –límites que son aplicables precisamente desde este ano, segundo estableceu a disposición transitoria da reforma–. Todo iso, xunto á prioridade constitucional que se dá ao servizo da débeda (art. 135.3 CE), supón un cambio nos principios tradicionais de funcionamento dos nosos entes locais que condicionou enormemente a propia posición e consideración constitucional destes, coas consecuencias sinaladas. Dalgún xeito, pode considerarse que a aprobación desta reforma non só marca un fito xurídico de implicacións constitucionais de fondo sobre a cláusula de Estado social<sup>11</sup>, senón tamén cunha clara proxección territorial, a partir do cal a introdución de consideracións financeiras e de control sobre o déficit permitiron un redimensionamento restritivo da autonomía local e das posibilidades de acción dos entes locais, que se foi

<sup>7</sup> PAREJO ALFONSO, L., "La autonomía local en la Constitución española", Muñoz Machado, S. (dir.), *Tratado de Derecho Municipal*, Tomo I, 3.ª ed., Iustel, Madrid, pp. 142-157.

<sup>8</sup> Un tratamento monográfico da cuestión e do proceso de presión por parte das institucións europeas, en diversas fases, para a introdución destes mecanismos, pode atoparse en EMBID IRUJO, A., *La constitucionalización de la crisis económica*, Iustel, Madrid, 2012. Con carácter monográfico sobre o principio de sustentabilidade e o seu impacto sobre as administracións públicas españolas, VILLAR ROJAS, F., "El principio de sostenibilidad y las Administraciones Públicas", López Benítez, M., Fuentetaja Pastor, J. A., e Rodríguez-Campos González, S. (coords.), *Las reformas administrativas de la crisis*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 47-76; respecto do seu impacto sobre o modelo constitucional español en termos abstractos e xerais, véxase GARCÍA ROCA, F. J., EMBID IRUJO, A., ESTEVE PARDO, J., BAÑO LEÓN, J. M., e MENÉNDEZ, A. J., "Los efectos de la crisis económica sobre las instituciones públicas", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 43, 2014, pp. 64-75; por último, respecto ao impacto efectivo e evolución das facendas locais durante a crise, pode consultarse ECHANIZ SANS, J., *Los gobiernos locales después de la crisis*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2019.

<sup>9</sup> Reforma do artigo 135 da Constitución española, publicada no BOE do 27 de setembro de 2011.

<sup>10</sup> VILLAR ROJAS, F., "El principio de sostenibilidad y las Administraciones Públicas", cit., pp. 53-61.

<sup>11</sup> Véxase neste punto a moi extensa e documentada reflexión sobre o impacto na cláusula de estado social e as súas implicacións non só constitucionais, senón prácticas en MENÉNDEZ, A. J., "¿Qué queda de la soberanía nacional y del Estado social y democrático de Derecho europeo tras la crisis?", Martín Patino, J. M., e Giménez Romero, C. (coords.), *Informe España 2014. Una interpretación de su realidad social*, Fundación Encuentro, Madrid 2014. [https://www.fund-encuentro.org/informe\\_espana/indiceinforme.php?id=IE21](https://www.fund-encuentro.org/informe_espana/indiceinforme.php?id=IE21) (7 de xaneiro de 2020).

plasmando posteriormente nas sucesivas reformas que afectaron ao procedemento administrativo español. Un instrumento particularmente importante para iso é a Lei que o propio artigo 135.5 CE prevía que se debía aprobar para detallar estes controis.

## 1.2 Lei orgánica 2/2012, de estabilidade orzamentaria e sustentabilidade financeira (2012)

Moi rapidamente, só un ano despois da aprobación da reforma constitucional de 2011, apróbase a Lei orgánica 2/2012, de estabilidade orzamentaria e sustentabilidade financeira, para desenvolver os seus principios, distribuír segundo o criterio da lexislación estatal os límites de déficit entre as diversas administracións públicas, os supostos excepcionais de superación destes e os controis e procedementos necesarios para a posta en marcha destes. Trátase dunha norma que vai moito máis alá que a lei de estabilidade orzamentaria vixente ata o momento, de 2001, e que si pasará a incidir de xeito moi directo na actuación dos entes locais, pois máis alá de metodoloxías e procedementos na norma fíxanse as responsabilidades dos entes locais e severas restricións sobre como aprobar orzamentos, incluíndo a coñecida como “regra de gasto”, que, xunto a outras medidas restritivas adoptadas nos sucesivos orzamentos xerais do Estado desta última década –como os límites ás taxas de reposición de traballadores públicos<sup>12</sup>, as novas normas en materia de xestión de servizos públicos locais ou a pretensión de racionalización do sector societario local<sup>13</sup>–, acabaron por condicionar de maneira moi notable o xeito en que os nosos entes locais puideron na práctica despregar as súas actividades, cun indubidable efecto de redución efectiva da autonomía, que foi comunmente destacado pola nosa doutrina e que, ademais, ten un impacto obvio condicionando o exercicio das competencias locais<sup>14</sup>.

Por exemplo, non poucos dos problemas que están a ter moitos concellos, e non só os pequenos e medianos, para cumprir en prazo coas exigencias de transformación electrónica da LPAC e a LRXSP teñen que ver con este tipo de restricións e a imposibilidade de dotar os seus entes locais do persoal propio suficiente para acometer esta transformación, razón pola cal, xunto a un notable atraso respecto do que eran as previsións iniciais da reforma de 2015 –que prevía que para 2018 toda a Administración electrónica debía estar xa totalmente implantada–, estamos a ver como na actualidade esta transformación está a ser externalizada en non poucos casos, debido ás restricións en materia de persoal propio, xerándose un liderado privado antes que público á hora de encabezar iniciativas tecnolóxicas. Adicionalmente, estas restricións coadxuvan con outras previsións posteriores, da reforma local de 2013 á reforma administrativa

<sup>12</sup> Acerca do impacto efectivo destas medidas sobre o sector público local, FERNÁNDEZ LLERA, R., e MORÁN MÉNDEZ, E., “Presupuestos, cuentas y control externo del sector público local”, *Presupuesto y Gasto Público*, n. 89 (4/2017), 2017, pp. 33–49; e Fernández Llera, R. (coords.), *III Informe Red Localis. Retos de las entidades locales ante la transformación digital de la gestión pública*, Wolters Kluwer, 2019, pp. 319–337.

<sup>13</sup> SANTIAGO IGLESIAS, D., “Las sociedades municipales”, Almeida Cerredá, M., Tubertini, C., e Costa Gonçalves, P., *La racionalización de la organización administrativa local: las experiencias española, italiana y portuguesa*, Civitas Thomson-Reuters, 2015, pp. 246–269.

<sup>14</sup> VILLAR ROJAS, F., “El principio de sostenibilidad y las Administraciones Públicas”, cit., pp. 64–69.

de 2015, cara a unha delegación destas tarefas e da vertente tecnolóxica da transformación cara a outros actores –o Estado nuns casos, as deputacións provinciais noutros– aos que se pretende dotar dunha capacidade de liderado, por consideracións de suposta eficacia e de aproveitamento de economías de escala, en detrimento dos municipios. As medidas en materia de estabilidade orzamentaria son, sen dúbida, un acicate que coaduxa nesta dirección.

### **1.3 Leis 19/2013, de transparencia, acceso á información pública e bo goberno; e 27/2013, de racionalización e sustentabilidade da Administración local (2013)**

Durante o ano 2013 foron aprobadas dúas normas de enorme transcendencia e que, en parte dos seus contidos, se proxectarán de xeito claro sobre a reforma administrativa que se realizará posteriormente só dous anos despois (en 2015): a primeira lei en materia de transparencia da historia de España<sup>15</sup> e a reforma do réxime local máis ambiciosa desde que sentaron as bases do réxime local español posterior á Constitución coa LRBRL de 1985<sup>16</sup>. Estas dúas normas, ambas dunha grande importancia, reflicten algunhas das tendencias que podemos identificar xa. É así, por exemplo, en todo o referido á influencia europea mediata ou inmediata que explica a aprobación destas normas, moito máis directa no que se refire á Lei 19/2013, de transparencia, acceso á información pública e bo goberno (LT), que como se recordará foi aprobada finalmente tras moitas críticas pola ausencia dunha lei específica na materia, carencia que contrastaba co tratamento no resto de países da Unión Europea<sup>17</sup>. Máis alá dos contidos propios da norma<sup>18</sup>, é interesante resaltar tamén a súa desconexión coa reforma en materia de procedemento administrativo, tanto no momento de aprobación da norma como na aprobación da reforma administrativa de 2015, que tampouco é aproveitada para compatibilizar e coordinar os novos paradigmas con algunhas das novidades introducidas.

Esta vontade de regulación propia da transparencia e o dereito de acceso á información pública, desenvolvendo de forma extensa o dereito recoñecido no artigo 105 b) CE, levou a que a LT derogase o antigo artigo 37 da Lei de procedemento administrativo de 1992, onde esta cuestión estaba tradicionalmente regulada de forma menos

<sup>15</sup> Destacaba esta novidade GUICHOT REINA, E., "El Anteproyecto de Ley de Transparencia", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 30, 2012, pp. 28-41.

<sup>16</sup> Santamaría Pastor resaltaba este feito como algo moi positivo na súa introdución a SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (coord.), *La reforma del régimen local español*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2014, pp. 9-12.

<sup>17</sup> Sobre o dereito da Unión Europea na materia e o seu futuro impacto no modelo español, GUICHOT REINA, E., *Transparencia y acceso a la información en el Derecho europeo*, Cuadernos Universitarios de Derecho Administrativo, Sevilla, 2011, pp. 73-284.

<sup>18</sup> A bibliografía sobre a lei de transparencia foi moi abundante, pero probablemente o máis completo e rigoroso comentario a esta é GUICHOT REINA, E. (coord.), *Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*, Tecnos, Madrid, 2014. Respecto do seu impacto estrutural como reforma do funcionamento das administracións públicas españolas, tamén en referencia ás locais, BETANCOR RODRÍGUEZ, A., "Transparencia y buen gobierno", López Benítez, M., Fuentetaja Pastor, J. A., e Rodríguez-Campos González, S. (coords.), *Las reformas administrativas de la crisis*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 135-154.



extensa pero que xa resolvía as cuestións máis básicas en dereito de acceso<sup>19</sup>, pasando a quedar regulada fóra da Lei de procedemento administrativo. Unha solución que pasou a quedar definitivamente consolidada coa LPAC, cuxo artigo 13 d) remite á LT respecto da concreción e detalles de exercicio dun dos dereitos básicos de todos os cidadáns fronte á Administración: o dereito dos cidadáns a solicitar o acceso a arquivos e rexistros, así como as obrigas de transparencia activa das administracións públicas<sup>20</sup>.

Esta solución explica, moi probablemente, que a regulación en materia de transparencia e a súa aplicación acabase desenvolvéndose á marxe das normas en materia de procedemento administrativo, sen que o lexislador se preocupase de aclarar cuestións que teñen que ver coa intersección das dúas cuestións que, sorprendentemente, quedaron sen resolver normativamente e deberon ser resoltas polos tribunais e, en primeira instancia, polas novas autoridades en materia de transparencia<sup>21</sup>. Unha delas é a que ten que ver coa posibilidade ou non de que os interesados nun procedemento administrativo fagan uso das posibilidades que outorga a lei de transparencia, cuestión que tería quedado doadamente resolta se o estatuto xurídico do interesado tivese aclarado que este, que loxicamente ten acceso ao expediente cando este non está concluído, debe ter como mínimo unha capacidade de acceso á información pública equivalente ao que se obtén por aplicación da lei de transparencia, solución á que acabaron chegando os órganos encargados do control da acción pública en materia de transparencia<sup>22</sup>. Máis importante no que nos ocupa, por directamente relacionado coa actividade dos entes locais, foi a discusión sobre se os rexedores nunha corporación municipal, e especialmente aqueles da oposición, podían ou non facer uso das normas en materia de transparencia para acceder a documentos e rexistros públicos, algo que loxicamente se resolveu tamén nun sentido favorable<sup>23</sup>. Por último, e como consecuencia adicional desta ausencia de coordinación, hai procedementos administrativos, como poden ser os sancionadores disciplinarios –ou, mesmo máis interesante, aqueles previos á incoación dun procedemento disciplinario ou sancionador, como as informacións reservadas ou procesos de inspección– respecto dos que é a propia LT a que segue recollendo as únicas regras específicas sobre a posible transparencia ou posibilidade de aceptar un dereito de acceso respecto destes, sen que a LPAC establecese regras na materia que desenvolvan, concreten ou maticen estas previsións, o que leva a dificultades aplicativas –o artigo 15.1 LT, en principio, parece excluír a posibilidade de acceso a calquera elemento de procedementos sancionadores agás se hai consentimento do

<sup>19</sup> O tratamento clásico monográfico desta regulación atopámolo en MESTRE DELGADO, J.F., *El derecho de acceso a archivos y registros (análisis del artículo 105 b de la Constitución)*, Civitas, Madrid, 1993.

<sup>20</sup> GUICHOT REINA, E., “El derecho de acceso a la información pública”, Gamero Casado, E. (dir.), e Fernández Ramos, S., e Valero Torrijos, J. (coords.), *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 533-580.

<sup>21</sup> COTINO HUESO, L., “Algunas propuestas de mejora de la normativa del derecho de acceso a la información”, *Dilemata*, n. 27, 2018, pp. 263-279.

<sup>22</sup> COTINO HUESO, L., “Criterios relevante e innovadores del Consejo de Transparencia de la Comunidad Valenciana”, *Revista Española de la Transparencia*, n. 9, 2019, pp. 39-69.

<sup>23</sup> Véxase neste sentido o, para os entes locais, moi importante Ditame 2/2019 da catalá Comissió de Garanties del Dret d'Accés a la Informació Pública, que, referido a un tema tan particular como a consulta xeral sobre o acceso dos e das electos locais aos expedientes municipais relativos a desafuzamentos que afecten ás vivendas, ten unhas implicacións xerais evidentes. [http://www.gaip.cat/es/detall/normativa/Dictamen-2019\\_02](http://www.gaip.cat/es/detall/normativa/Dictamen-2019_02) (22 de decembro de 2019).

afectado ou habilitación legal expresa—. Iguais consideracións poden facerse respecto da falta de conexión entre os preceptos en materia de transparencia activa contidos na LT e o feito de que a posterior reforma de 2015 non previse integrais nas previsións da LRXSP sobre a sede electrónica e os seus contidos obrigatorios. Trátase dunha constante, de todos os xeitos, das reformas dos últimos anos –como veremos posteriormente, as reformas en materia de contratos ou de protección de datos tampouco foron sempre doadas de compatibilizar con algunhas previsións da lei de transparencia que parece que funcionaria sempre á marxe destas—.

Tamén notable foi a descoordinación da importante reforma da LRBRL interviada a finais de 2013 por medio da Lei 27/2013, de racionalización e sustentabilidade da Administración local (LRSAL), e as reformas posteriores, algo que quizais poida deberse ás propias características desta reforma e ao seu fracaso práctico en case todas as súas liñas esenciais<sup>24</sup>. Trátase, en calquera caso, dunha norma estritamente coetánea á LT, e ambas precederon a importante reforma estrutural do procedemento administrativo, interviada só dous anos despois, o que converte esta desconexión en francamente salientable.

Aínda que excede os obxectivos perseguidos por este traballo, para enmarcar correctamente o ámbito en que se aplican e operan as reformas administrativas de 2015 respecto dos entes locais, cómpre entender algunhas das consecuencias da reforma previa do réxime local, que xa anuncia algunha das pretensións que foron desenvolvidas posteriormente, coa maior importancia das cuestións relativas á transparencia e ao procedemento administrativo electrónico, pero, e sobre todo, que formula uns ambiciosos obxectivos finais de reforma estrutural do réxime local español que globalmente non se cumpriron. Máis alá de expor estes, sobre o que podemos remitirnos *in toto* a traballos anteriores onde xa os expuxemos –xunto ás razóns polas que ao noso xuízo pode entenderse que fracasaron<sup>25</sup>–, interesa neste punto a conexión dos ditos obxectivos coa situación actual do réxime local español como punto de partida sobre o que se proxectará a reforma do procedemento administrativo e da reforma do réxime xurídico do sector público de 2015 aplicada aos entes locais.

**a) Os obxectivos esenciais da reforma local de 2013 e os seus resultados.** Aínda que non teña sentido, como se dixo, analízalos detalladamente, si convén deixar constancia de que a maior parte destes obxectivos tiñan que ver e eran coherentes cunha visión

<sup>24</sup> Sobre a reforma en si, véxase a obra xa citada SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (coord.), *La reforma del régimen local español*, cit., así como CARRILLO DONAIRE, J. A., e NAVARRO RODRÍGUEZ, P. (coords.), *La Reforma del Régimen Jurídico de la Administración Local*, El Consultor de los Ayuntamientos-Wolters Kluwer, Madrid, 2014; e BOIX PALOP, A., e DE LA ENCARNACIÓN, A. M. (coords.), *Los retos del gobierno local tras la reforma de 2013*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015. Véxase tamén BOIX PALOP, A., "Sentido y orientación de la Ley 27/2013, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local: autonomía local, recentralización y provisión de servicios públicos locales", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n. 2, Nueva época, 2014. DOI 10.24965/real.v0i2.10199 (10 de xaneiro de 2020).

<sup>25</sup> Nunha primeira análise prospectiva da reforma xa sinaléi os, ao meu xuízo, problemas pendentes que esta non lograba resolver axeitadamente: BOIX PALOP, A., "Encuadre jurídico y constitucional de la reforma local de 2013 y esbozo de los problemas todavía pendientes"; Boix Palop, A., e De la Encarnación, A. M. (coords.), *Los retos del gobierno local tras la reforma de 2013*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 21-40. Posteriormente, gran parte destas cuestións demostráronse evidentemente frustradas, polo que a reforma de 2013 do réxime local pode considerarse xa como un fracaso que, ao meu xuízo polos graves problemas de base derivados da propia concepción con que se realiza a reforma, non cumpriu cos seus obxectivos: BOIX PALOP, A., "El régimen local tras el fracaso de la reforma de 2013", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 68, 2017, pp. 24-35.



da autonomía local capitidiminuída, en liña co que por outro lado xa foran deixando caer as normas en materia de estabilidade financeira<sup>26</sup>. Así, convén recordar a aposta pola fusión de municipios e o correlativo freo á cooperación intermunicipal e á intercomunalidade –acollida con non pouca resistencia, que en parte explica o retorno de mancomunidades e consorcios, que, lonxe de desapareceren, aparecen reforzados na LRXSP<sup>27</sup>, no que é unha certa rectificación do lexislador máis que unha manifestación de incoherencia<sup>28</sup>–. Nesta mesma liña, o intento de redelimitación da repartición competencial a partir exclusivamente das previsións contidas na norma básica estatal e a pretensión de, por esta vía, impedir o exercicio das chamadas competencias “impropias”<sup>29</sup> para limitar ou eliminar as posibles duplicidades, ademais de claramente influída por unha visión economicista e de redución do posible gasto, era reflexo tamén dunha concepción sobre a autonomía local e o exercicio das competencias municipais certamente restritiva –ademais de supor unha máis que evidente invasión de competencias autonómicas<sup>30</sup> respecto da determinación polas propias comunidades autónomas en canto a como han de exercerse as competencias autonómicas exclusivas que, como é sabido, acabou por recibir un severo reproche por parte do Tribunal Constitucional a partir das SSTC 41/2016, 111/2016, 107/2017 e seguintes<sup>31</sup>–, unha visión dos entes locais, polo demais, plenamente coherente coas novas medidas de control orzamentario e financeiro que, a xeito de complemento das xa introducidas pola LOPESF e que se completaba coa aposta por reformular, e reforzar, o papel das deputacións provinciais<sup>32</sup>. Un reforzamento político –e correlativo á pretensión de reducir a importancia e autonomía local dos municipios– pero tamén xurídico, onde aparecen algunhas das previsións da LRSAL de maior e máis directa incidencia sobre cuestións de procedemento administrativo que afectan a entes locais: o incremento de competencias de coordinación para certos procedementos respecto de municipios pequenos (art. 36.1 g) LRBRL) e a ampliación das súas competencias

<sup>26</sup> VELASCO CABALLERO, F., “Títulos competenciales y garantía constitucional de la autonomía local en la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”, Santamaría Pastor, J.A. (coord.), *La reforma del régimen local español*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2014, pp. 75-136.

<sup>27</sup> ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, M., “Organización y funcionamiento de la Administración General del Estado y del sector público institucional en la Ley 40/2015”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 63, 2016, pp. 60-69.

<sup>28</sup> Sobre o inicio da rectificación no propio procedemento de aprobación da LRSAL, HERNANDO RYDINGS, M., “Las mancomunidades y los consorcios”, Almeida Cerredá, M., Tubertini, C., e Costa Gonçalves, P., *La racionalización de la organización administrativa local: las experiencias española, italiana y portuguesa*, Civitas Thomson-Reuters, 2015, pp. 149-151.

<sup>29</sup> VELASCO CABALLERO, F., “Desarrollos autonómicos de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”, *Anuario de Derecho Municipal 2014*, Marcial Pons-UAM, Madrid, 2014, pp. 21-53.

<sup>30</sup> TEJEDOR BIELSA, J., “El desarrollo autonómico de la reforma local de 2013. Entre la rebelión y el pragmatismo”, Boix Palop, A., e De la Encarnación, A. M. (coords.), *Los retos del gobierno local tras la reforma de 2013*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 81-100; ALONSO MAS, M.J., “Competencias locales en la reforma de 2013 y sus puntos de fricción con las normas autonómicas”, Boix Palop, A., e De la Encarnación, A. M. (coords.), *Los retos del gobierno local tras la reforma de 2013*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 101-125.

<sup>31</sup> MEDINA ALCOZ, L., “La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas a la luz de las sentencias constitucionales sobre la reforma local de 2013”, *Anuario del Gobierno Local*, n. 1, 2015, pp. 189-224.

<sup>32</sup> FERNÁNDEZ-FIGUEROA GUERRERO, F., “Las diputaciones provinciales y los Gobiernos locales intermedios en la reforma local”, Santamaría Pastor, J.A. (coord.), *La reforma del régimen local español*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2014, pp. 157-167.

xerais de soporte procedemental respecto de todos os concellos da súa demarcación territorial (art. 36.2 LRBRL).

*b) Principaisafeccións procedementais da reforma.* Así, no que a nós nos interesa, ese novo papel das deputacións provinciais a partir das previsións da LRSAL, ás que se dota de maiores competencias que nas versións previas da norma, é particularmente relevante en materia de contratación centralizada e procedemento administrativo electrónico, materias respecto das que a reforma de 2013 establece que serán competencias propias das deputacións provinciais, aínda que neste caso só para os municipios menores de 20.000 habitantes (art. 36.1 g) LRBRL). De acordo co criterio da LRSAL e a súa pretensión de impedir con carácter xeral a actuación dos municipios en ámbitos que sexan competencia “propia” doutra Administración pública, o estrito e expreso establecemento de que para estes municipios a competencia o era da deputación e, ademais, neses termos, supuña a exclusión, no deseño do lexislador, de calquera actuación a cargo dos municipios neses ámbitos. Aínda que se trata dunha cuestión meramente competencial, e que na práctica non altera as regras de procedemento nin supón unha a súa transformación, si que implica efectos de suma importancia se a combinamos coa conversión que a LPAC fai de todos os procedementos, por defecto, a electrónicos: as deputacións provinciais pasan a ser as competentes para practicamente toda a tramitación tanto contractual como procedemental respecto dos municipios de menos de 20.000 habitantes. Só excepcionalmente, segundo o texto legal, en caso de que non se estea a prestar –ou non se estea a prestar axeitadamente– o servizo por parte das deputacións provinciais e ademais dispoña de medios para iso, poderían os municipios *ex* artigo 7.4 LRBRL actuar respecto desas competencias –e mesmo nas formulacións iniciais da lei ou segundo os seus comentaristas máis estritos, nin sequera tampouco para completar un servizo insuficiente ou deficiente a cargo da Administración competente, senón só cando este non exista en absoluto–.

Trátase dun enfoque moi ambicioso, como se pode comprobar, e máis aínda no contexto da reforma que supón a LPAC, que obriga a un notable investimento e á posta en marcha de moitos novos procedementos electrónicos, que leva consigo unha notable exigencia. A iso súmase, ademais, que as novas normas en materia de contratación impostas pola LCSP de 2017 tamén obrigan a operar numerosos cambios nos procedementos de contratación –que, ademais, obrigan a licitar moito máis que antes, por exemplo, ante a restrición da contratación menor<sup>33</sup>–.

Enfoque ambicioso completado con outra novidade, o recoñecemento tamén en favor das deputacións de competencias de soporte –non propias neste caso, senón de axuda e asistencia, nunha liña máis tradicional coa función habitual das deputacións no noso ordenamento– aos concellos para a tramitación de procedementos administrativos (art. 36.2 LRBRL na súa versión posterior á LRSAL), que dá un protagonismo

<sup>33</sup> Este é, en efecto, o xuízo xeneralizado entre a doutrina española sobre cal ha de ser a resposta das administracións públicas, incluíndo as locais, ante as severas restricións á contratación menor introducidas polo marco xurídico vixente, o que crea non poucos retos organizativos que a día de hoxe distan de estar superados, e que son dunha especial transcendencia para os entes locais con menos medios. Por todos, véxase a interesante reflexión sobre as posibilidades que deben ser exploradas e as liñas a seguir que resume a posición actualmente dominante sobre o curso de acción futuro demandado pola lei en TERRÓN SANTOS, D., “La racionalización técnica en la contratación pública como alternativa a los contratos menores”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 196, 2019, pp. 269-304.

adicional ás deputacións nun mundo, a xestión procedemental, que non era en orixes o seu – máis centrado na prestación de certos servizos supramunicipais ou aos municipios máis vulnerables–. Combinando os dous elementos, detéctase a vontade de facer gañar protagonismo ás deputacións á custa dos concellos –ou mesmo de eliminalos idealmente da ecuación por completo neses ámbitos– en relación con toda tramitación procedemental ou en materia de contratación, en paralelo ao incremento de exixencias en canto á propia complexidade dos procedementos –contratos– ou as grandes exixencias dunha exitosa transformación tecnolóxica para converter sedes e procedementos ao paradigma electrónico<sup>34</sup>, cuestión que non se debe perder de vista, por moito que sexa competencial, á hora de entender a posición que o lexislador e o noso ordenamento parecen querer reservar aos concellos en materia de procedemento: tendencialmente cada vez máis limitada e, a ser posible, diluíndo cada vez en maior medida a responsabilidade estritamente municipal por medio dun maior encadramento xurídico por parte do Estado, ao que se superpoñen o encadramento respecto dos medios electrónicos e plataformas concretas ou solucións tecnolóxicas que se poderán empregar –e neste sentido é ademais moi importante a disposición adicional 2.<sup>a</sup> LPAC, da que nos ocuparemos con posterioridade– e a pretensión de que as deputacións adquiran un protagonismo crecente de apoio (art. 36.2 LRBRL) que, mesmo de xeito ideal no deseño do lexislador, desprazaría de toda xestión procedemental ou contractual os municipios máis pequenos (art. 36.1 g) LRBRL).

Con todo, cómpre sinalar que esta translación da responsabilidade ás deputacións provinciais legalmente prevista se viu temperada por unha interpretación moito máis flexible das posibilidades do artigo 7.4 LRBRL, no sentido de permitirllas aos municipios complementar a acción no seu municipio das administracións competentes, así como polo impacto do “principio de realidade”, que fixo que ante a insatisfactoria ou imposible execución das competencias nestes termos, cunha substitución total, por parte das deputacións, o protagonismo e a responsabilidade municipal sigan presentes e os entes provinciais sigan cumprindo máis ben unha función de soporte e axuda técnica e xurídica en colaboración cos entes locais municipais antes que substituíndoos –polo menos, na maior parte dos casos–, algo que, polo demais, e dada a diversidade do despregamento de municipios e deputacións en España, que non funciona exactamente igual en todos os territorios porque as tipoloxías de municipios e as súas dimensións en ocasións varían notablemente, tampouco opera exactamente de maneira idéntica en todo o país.

#### 1.4 Leis 39/2015, de procedemento administrativo común; e 40/2015, de réxime xurídico do sector público (2015)

En 2015 ven a luz as dúas normas en que se divide a reforma xurídico-administrativa desta década. Como veremos a continuación con máis detalle (*vid. infra*, punto 2), e

<sup>34</sup> GRACIA RETORTILLO, R., “Las provincias”, Almeida Cerredá, M., Tubertini, C., e Costa Gonçalves, P., *La racionalización de la organización administrativa local: las experiencias española, italiana y portuguesa*, Civitas Thomson-Reuters, 2015, pp. 192-197.

centrándonos naqueles elementos que teñen máis incidencia práctica sobre a actividade dos entes locais, a afección esencial máis relevante ten que ver coa conversión dos procedementos administrativos, por defecto, á vía electrónica.

A incidencia respecto dos entes locais desta e outras determinacións, como é evidente, é dunha enorme importancia, pero nin sequera a proximidade da reforma local de 2013 fixo que o lexislador se esforzase por ter en conta a compatibilidade dalgunhas das súas novidades máis relevantes máis alá da integración do procedemento electrónico, coa actividade e dinámica de funcionamento dos entes locais, algo que se pon de manifesto en particular, como veremos posteriormente, respecto da principal novidade da norma: un novo título VI sobre calidade normativa e elaboración de normas que, sorprendentemente, ignora por completo calquera particularidade local. A preocupación en clave territorial do lexislador de 2015, iso si, aparece indirectamente en preceptos como a disposición adicional 2.<sup>a</sup>, que non oculta unha explícita pretensión de recentralizar procedementos máis alá do establecido pola norma básica pola vía de tratar de impor en moitos casos a comunidades autónomas e entes locais o emprego para a tramitación dos procedementos das solucións tecnolóxicas desenvolvidas ou adquiridas polo Estado, o que deu lugar, como teremos ocasión de ver, a un interesante conflito competencial (*vid. infra* sección 2.1).

## 1.5 Lei 9/2017, de contratos do sector público (2017) e normas de desenvolvemento en materia de contratación pública

Menos afección sobre o procedemento administrativo que han de aplicar os entes locais ten, como é lóxico e derivado do seu carácter estritamente sectorial, a importante novidade que é a Lei 9/2017, de contratos do sector público (LCSP), consecuencia da transposición das máis recentes directivas europeas na materia. Convén deixar constancia, non obstante, da norma pola súa importancia para o funcionamento de todas as administracións públicas españolas, máxime nun contexto de restrición crecente –tamén no ámbito local, como sinalamos xa–, por consideracións orzamentarias, das posibilidades de recurso á xestión directa, que levan consigo unha cada vez maior externalización de servizos municipais e cambiaron e complicaron as regras xurídicas que lles permiten aos entes locais, e en xeral a calquera Administración pública, o recurso a medios propios<sup>35</sup>. En todo caso, e respecto desta norma, ademais da habitual e explícita influencia europea, detéctase tamén de novo a desconexión da que xa falamos entre as diversas reformas lexislativas xa referida, por exemplo, respecto da norma en materia de protección de datos, ata o punto de que recentemente se aprobou o Decreto-lei 14/2019, do 31 de outubro, polo que se adoptan medidas urxentes por razóns de seguridade pública en materia de Administración dixital, contratación do

<sup>35</sup> O impacto da Lei 9/2017 complicou moito o recurso a estes, o que ten unhas implicacións particularmente importantes para os entes locais, como estudaron AMOEDO-SOUTO, C. A., e CUTRÍN DOMÍNGUEZ, M., “El impacto de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, en la gestión directa de servicios públicos locales a través de medios propios”, *Revista de Administración Pública*, n. 210, 2019, pp. 393-432, DOI: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.210.14> (11 de xaneiro de 2020). Sobre a cuestión dos medios propios, véxase tamén AMOEDO-SOUTO, C. A., “La regulación de los encargos a medios propios en la LCSP. Un balance provisional”, *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, n. 159, 2019.

sector público e telecomunicacións, cuxo contido, en gran parte, trata de conciliar cuestións de contratación e protección de datos que, sorprendentemente, non foran ben explicitadas malia que as dúas reformas se produciran practicamente en paralelo.

Este decreto-lei, ademais de vincular explicitamente certas consideracións referidas á protección de datos coas normas de contratación, especialmente para os casos de xestión indirecta de servizos públicos, operou unha primeira modificación de certo alcance da LPAC de 2015 en materias de identificación e sinatura dixital que, de novo, vai na liña de restrinxir as posibilidades de actuación dos entes locais e pólos baixo a tutela do Estado – neste caso, á hora de optar por sistemas de sinatura dixital diferentes do DNI electrónico ou certificados dixitais, que, aínda que seguirán sendo posibles, requirirán dunha autorización concreta expresa por parte do Estado cando sexan comunidades autónomas ou entes locais os que desexen empregar estas modalidades de sinatura electrónica nos seus procedementos<sup>36</sup> –. Igualmente, aparecen restricións referidas á contratación pública para a prestación de servizos electrónicos – coa prohibición do recurso a tecnoloxías de rexistro compartido, habitualmente coñecidas como *blockchain*, ata que sexan reguladas pola UE a pesar de que xa tiñamos incipientes usos desta tecnoloxía por parte dalgunhas administracións españolas<sup>37</sup> – e, sobre todo, coa prohibición de que se contraten servizos electrónicos que impliquen almacenamento en nube fóra de países da Unión Europea ou que non contén cunha certificación europea previa de actuar de acordo cunha regulación equivalente. Esta medida é, polo demais, ata certo punto contraditoria coa necesidade de pór a punto a Administración electrónica en prazo porque, dadas as restricións de persoal e orzamentarias, é necesario facelo recorrendo á contratación con provedores privados, non poucos dos cales, debido á estrutura dese mercado, empregan almacenamento en nube – un almacenamento que ademais é habitualmente realizado, e aí radica o problema, en países terceiros dentro dun mercado global non necesariamente europeo –.

Regap



ESTUDOS

## 1.6 Lei orgánica 3/2018, de protección de datos persoais e garantía dos dereitos dixitais (2018)

O último fito desta sucesión de reformas administrativas que afectan ou condicionan o xeito en que as leis de 2015 se proxectan sobre a Administración local – ou penúltimo, se temos en conta que o Decreto-lei 14/2019, ao que xa fixemos referencia – supón a Lei orgánica 3/2018, de protección de datos persoais e garantía dos dereitos dixitais (LOPDPGDD). Malia tratarse dunha norma tamén sectorial, as súas previsións teñen unha clara incidencia sobre a aplicación da LT, e moi especialmente o artigo 15 LT, que establece os casos e supostos en que a protección de datos de carácter persoal pode amparar unha excepción ao principio de transparencia (DA 2.<sup>a</sup>

<sup>36</sup> Sobre esta cuestión, dada a novidade da norma legal en cuestión, escribiuse aínda pouco, polo que me remito ao comentario de urxencia que publiquei analizando superficialmente esta e as súas implicacións xurídicas en BOIX PALOP, A., “El Decret-llei 14/2019 i la mordassa digital”, blog da *Revista Catalana de Dret Públic*. <https://eapc-rmdp.blog.gencat.cat/2019/12/18/el-decret-llei-14-2019-i-la-mordassa-digital-andres-boix-palop/> (9 de xaneiro de 2020).

<sup>37</sup> PEREIRO CÁRCELES, M., “La utilización del *blockchain* en los procedimientos de concurrencia competitiva”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 50, 2019.

LOPDPGDD), pero tamén sobre as normas de procedemento administrativo, e en concreto respecto das previsións en materia de notificación e sobre todo de publicación de actos administrativos –xa sexa como alternativa a unha notificación infrutuosa ex artigo 44 LPC, xa para os casos de publicación do artigo 45 LPAC– cando, de acordo co artigo 46 LPAC, hai que actuar establecendo unha alternativa ponderando, a criterio da Administración, como publicar evitando xerar danos innecesarios. Nestes casos, a DA 7.<sup>a</sup> LOPDPGDD veu establecer á fin unha regra clara con rango legal sobre como se deben realizar as comunicacións, establecendo que, cando sexa necesaria a publicación dun acto administrativo que conteña datos persoais, se identificará sempre este mediante nome e apelidos e catro cifras aleatorias, pero non o número completo, do Documento Nacional de Identidade ou documento equivalente –regra que, por certo, permite desentrañar con facilidade o DNI dun cidadán respecto do que se publiquen suficientes actos administrativos con catro números aleatorios, ao non seren sempre estes os mesmos–. En cambio, e para as publicacións alternativas á notificación do artigo 44 LPAC, prescindirase do nome e apelidos do interesado e publicarase só o DNI ou o seu equivalente –neste caso completo–. Adicionalmente, prevese como norma de peche que nunca se poderá publicar á vez o número de identidade completo xunto aos apelidos e nome do interesado. Trátase dunha regra clarificadora moi útil e dunha incidencia directa sobre a actividade de todas as administracións públicas e, tamén, dos entes locais españois. Xunto á clarificación posterior en materia, tamén pero non só, de protección de datos realizada polo Decreto-lei 14/2019, podemos considerar que con esta norma se pecha a última década de reformas administrativas con incidencia sobre o procedemento administrativo que deben empregar os entes locais nas súas actuacións diarias e as súas relacións cos cidadáns.

## 2 A reforma administrativa de 2015: principios estruturantes e efectos do novo procedemento administrativo na Administración local

### 2.1 Transformación e resiliencia do modelo de procedemento administrativo español no contexto europeo: principais novidades da LPAC 2015

Como xa se comentou, non é este o momento de realizar un tratamento detallado das características da reforma administrativa de 2015, que contou con moi bos tratadistas<sup>38</sup>, pero si convén mencionar a título de recordatorio algúns dos trazos que adoitan ser sinalados como destacables de forma consensuada por case todos os comentaristas da dita reforma.

En primeiro lugar, destaca a relativa estabilidade do modelo de procedemento administrativo español, á que xa fixemos referencia, un elemento que, sen dúbida,

---

<sup>38</sup> *Vid. supra* nota 3.

aínda supondo inconvenientes en canto á modernización e mellor adaptación deste ás exigencias actuais<sup>39</sup>, presenta tamén indubidables vantaxes: achega seguridade xurídica aos operadores xurídicos e mesmo garante certo coñecemento por parte dos cidadáns do seu estatuto de dereitos e deberes fronte á Administración que non é de desdeñar; adicionalmente, tamén permite unha máis completa e perfilada decantación de solucións aplicativas e xurisprudenciais que, dada a estabilidade nos seus trazos estruturais do sistema, se pode aproveitar. Por outro lado, todas as administracións públicas, incluíndo todos os entes locais do país, non poden alegar que se atopen fronte a unha norma con perfís novidosos ou de difícil aplicación ou implementación, senón máis ben todo o contrario.

En calquera caso, a pouca ambición no que se refire á transformación estrutural do noso procedemento administrativo é ben patente se analizamos a estrutura da LPAC e a LRXSP: título por título e en ocasións artigo por artigo, replícase a orde e a estrutura, así como a maior parte das veces o contido –con leves adaptacións, modificacións ou adicións, segundo os casos– da lei de procedemento e réxime xurídico de 1992 –cuxa estrutura, pola súa vez, era claramente debedora da de 1958–, coa única excepción de que a lei é dividida en dúas, LPAC e LRXSP, volvendo ao deseño das normas de 1958 –procedemento– e 1957 –réxime xurídico–. Se tomamos a LPAC e a comparamos coa lei de procedemento de 1992, estrutura e artigos replican exactamente a norma anterior, coa excepción da translación da primeira parte da lei –principios, normas de competencia e de actuación dos órganos colexiados– á LRXSP e a desaparición da regulación substantiva dos títulos sobre responsabilidade patrimonial ou sancións –que tamén van á LRXSP, aínda que deixando a súa regulación procedemental específica intercalada nas normas sobre as fases do procedemento administrativo– que aparecía ao final da norma de 1992 e que é substituída na LPAC por un novo título VI sobre a regulación da elaboración de normas e os principios de calidade normativa que supón a única novidade material en termos de contido que vai máis alá da mera adición de pequenas melloras técnicas concretas.

En segundo lugar, é bastante evidente que a reforma, máis alá da novidade introducida no título VI en relación coa calidade normativa, ten como obxectivo principal a incorporación ao modelo de procedemento administrativo común básico das previsións necesarias para que este, por defecto, pase a ser sempre electrónico. Para iso, o lexislador conta coa experiencia previa derivada da aplicación e desenvolvemento desde 2007 da LAE e, de feito, incorpora indisimuladamente ao modelo procedemental que acaba adoptando non tanto as previsións desta norma como unha evolución depurada dela –esencialmente, a partir da experiencia e das solucións que dentro do marco legal vixente en materia de Administración electrónica fora desenvolvendo na década precedente a Administración do Estado–. Trátase, como é evidente, dunha novidade importante, que ademais leva consigo certa depuración non só normativa, senón tecnolóxica, e que implica moitos retos aplicativos para levar á práctica as

<sup>39</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J.A., "Los proyectos de ley del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas y de régimen jurídico del sector público: una primera evaluación", *Documentación Administrativa*, n. 2, Nueva época, 2015, pp. 3-8, DOI: <https://doi.org/10.24965/da.v0i2.10258> (10 de xaneiro de 2020).



pretensións legais – sobre todo, pola pretensión de que se produza á fin esa definitiva conversión de todos os procedementos a electrónicos–. Non obstante, non é un desafío que supoña xuridicamente nada particularmente diferente para os entes locais, que neste punto se atopan xuridicamente na mesma situación que o resto de administracións públicas. Cuestión distinta, como é evidente, é a capacidade de facer provisión dos medios técnicos necesarios, materiais e persoais; e respecto desta a diversidade de situacións é considerable –precisamente para combatela é polo que se entenden as modificacións introducidas pola LRSAL nos artigos 36.1 g e 36.2 LRBRL–.

Xunto a esta novidade xurídica estrutural esencial, o lexislador aproveitou tamén a reforma de 2015 para introducir diversas novidades técnicas concretas, coa pretensión de operar unha depuración técnica desta, eliminar erros ou normas que se manifestaran pouco prácticas, mellorar regras necesitadas de maior claridade ou introducir ou ampliar algunhas posibilidades de actuación administrativa. En xeral, e malia que o xuízo técnico respecto destas novidades non é negativo –a LPAC está en xeral tecnicamente ben resolta e non se adoitan sinalar deficiencias nela máis alá do aparente erro en que incorre o artigo 37.2<sup>40</sup>–, iso non é incompatible con sinalar que a maior parte das veces estas microactuacións foron no sentido de mellorar a posición relativa dos poderes públicos fronte ao cidadán, dándolles ás administracións públicas no seo do procedemento administrativo unha posición xuridicamente máis privilexiada fronte ao cidadán que respecto do marco xurídico anterior, como teremos ocasión de comprobar. A listaxe de novidades da LPAC péchase co xa referido título VI en materia de elaboración de normas e calidade normativa, que foi moi comentado e do que teremos ocasión de falar en relación coa súa incardinación e coordinación coas normas en materia de elaboración de normas municipais contidas na LRBRL.

Por último, se nos referimos a cuestións técnicas da reforma, hai dous elementos significativos que merecen ser resaltados e que, aínda que reflicten certa continuidade na consideración respecto do papel que o lexislador estatal e a propia Administración do Estado lle confiren á norma básica estatal en materia de procedemento administrativo, tamén presentan algunha novidade.

O primeiro deles, que atopamos na disposición adicional 1.<sup>a</sup>, é o aberto recoñecemento de que a norma é “básica, pero non tanto”. É dicir, que a norma aspira a fixar o procedemento administrativo común –e obrigar con iso todas as administracións públicas, tanto autonómicas como locais, pero tamén estatais–, aínda que só mentres á Administración do Estado lle pareza que o procedemento regulado na LPAC é adecuado e apto para que a actuación administrativa naquelas materias que son da súa competencia se desenvolva axeitadamente. No momento en que non sexa así, como xa viña acontecendo, pero agora recoñécese na DA 1.<sup>a</sup> LPAC cunha abraiante sinceridade, poderase establecer por medio dunha lei estatal unha lexislación procedemental específica para a materia en cuestión, sexa esta a que sexa. Significativamente, a propia DA 1.<sup>a</sup> LPAC lista a continuación as diferentes materias onde, como é sabido, é xa tradicional e se consolidou esta excepción ao que en principio é unha norma básica, e

<sup>40</sup> HUERGO LORA, A. “Las leyes 39 y 40/2015. Su ámbito de aplicación y la regulación de los actos administrativos”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 63, 2016, pp. 10-11.



que van desde as cuestións tributarias ou de seguridade social aos procedementos de tráfico ou estranxeiría. A conclusión fronte a esta consolidación deste réxime dual e a explícita porta aberta a que o lexislador estatal siga ampliándoa non pode ser máis deprimente, non obstante. Porque se analizamos minimamente as materias cuxos procedementos quedan excluídos do ámbito de aplicación da LPAC, que pasa nestas materias a ser mera norma supletoria, non é difícil identificar que esa listaxe inclúe practicamente todos aqueles procedementos onde a Administración do Estado se relaciona de forma frecuente cos cidadáns: é dicir, que ao lexislador do Estado lle parece que as normas e solucións que compoñen o noso procedemento administrativo común, de aplicación obrigatoria a todas as administracións públicas por ser a LPAC norma básica *ex* artigo 149.1.18 CE, supoñen un equilibrio axeitado... agás para todas aquelas materias onde é o Estado quen ten o protagonismo como interlocutor dos cidadáns, casos para os que se prevé sistematicamente a posibilidade de establecer derogacións, modificacións ou especialidades procedementais (procedementos en materia tributaria e aduaneira, seguridade social e desemprego, tráfico, seguridade viaria e estranxeiría e asilo). Moi probablemente, temos na DA 1.<sup>a</sup> LPAC o máis claro recoñecemento de que a extensión e as regras procedementais básicas non están particularmente ben dimensionadas –a norma básica debería ser menos ambiciosa, conter menos preceptos e limitarse a regular só aquilo verdadeiramente básico respecto do que é esencial, unha importante uniformidade normativa en todo o Estado e respecto de todas as administracións públicas<sup>41</sup>–. A mellor proba diso é que é o propio Estado, vía lexislador estatal, quen en definitiva tende a garantir para si, naqueles casos en que é a Administración do Estado a quedaría obrigada a empregala nos procedementos que efectivamente o relacionan cos cidadáns de forma ordinaria, que en tal caso non sexa necesario seguir a norma básica en todos os seus puntos. Cando a norma básica constringe e obriga a Administración do Estado, entón esta tende a considerar sempre que aquela non é totalmente eficiente como regulación do procedemento e a lograr que o lexislador exceptúe para esas materias o seu carácter básico. Non así, en cambio, o resto de administracións públicas, entre elas as locais, que só poden acudir ás excepcións previstas polo Estado cando tamén exercen competencias nalgunha das materias exceptuadas, pero non poden desligarse da regulación prevista na LPAC, por ineficiente que lles pareza, respecto do resto de ámbitos da súa competencia. Este tratamento no fondo disímil, aínda que se pretenda articular tecnicamente por unha suposta especialización por razón de materias, é moi probablemente contrario á mesma idea constitucional do que debe ser unha norma básica<sup>42</sup>.

<sup>41</sup> Nun sentido similar, aínda que asumindo tamén outras consideracións que veñen dalgunhas das críticas feitas polo informe do Consello de Estado ao anteproxecto de lei, coincide tamén en considerar como hipertrofiada a regulación do noso procedemento común en MENÉNDEZ REXACH, A. "La Ley de Procedimiento Administrativo Común: significado general y ámbito de aplicación", Velasco Caballero, F. (coord.), *Régimen Jurídico y procedimiento administrativo de los gobiernos locales*, Instituto de Derecho Local UAM, 2016, pp. 40-42.

<sup>42</sup> Móstranse tamén moi críticos con esta deriva BAÑO LEÓN, J.M., "La reforma del procedimiento. Viejos problemas no resueltos y nuevos problemas no tratados", cit., e HUERGO LORA, A., "Las leyes 39 y 40/2015. Su ámbito de aplicación y la regulación de los actos administrativos", cit., p. 7, que a considera unha "tendencia disgregadora" que incumpre o mandato constitucional do artigo 148.1.18 CE.

A segunda norma relevante e con grande importancia técnica que supón certa continuidade respecto de dinámicas tradicionais, aínda que neste caso menos explícitas, atopámola na DA 2.<sup>a</sup> LPAC. Como xa resaltamos, as reformas de 2015 inscríbense nun contexto de transformacións xurídicas que, polo menos desde a reforma constitucional de 2011, entendeu que as consideracións de eficacia e aforro económico que pasaron a ser un importante paradigma no noso dereito –con rango constitucional nalgunhas das súas manifestacións– poden xustificar operacións de centralización ou recentralización en moi variados ámbitos. A DA 2.<sup>a</sup> LPAC é o primeiro intento explícito de levar esta idea a un ámbito determinado –a aplicación de solucións tecnolóxicas aos procedementos administrativos– e de facelo, ademais, como regra xurídica de obrigado cumprimento, que afortunadamente acabou sendo matizada polo Tribunal Constitucional, pois na súa formulación inicial supuña un intento de recentralización aproveitando a implantación de estándares tecnolóxicos radicalmente contraria ao principio de autonomía constitucionalmente garantido<sup>43</sup>. Así, e consciente da cada vez crecente importancia das plataformas e solucións informáticas, os instrumentos e programas ou algoritmos que poidan ser empregados en cada caso como elemento de control efectivo do exercicio das competencias administrativas e para a determinación do xeito concreto en que estas se van exercer<sup>44</sup>, a LPAC establece que, respecto de certos elementos clave de todo sistema de Administración electrónica (rexistro electrónico de apoderamentos, rexistro electrónico, arquivo electrónico único, plataforma de intermediación de datos e punto de acceso xeral electrónico de cada Administración pública), os entes locais e as comunidades autónomas poderán empregar “voluntariamente” os medios electrónicos, plataformas e rexistros establecidos pola Administración xeral do Estado. Unha aparente posibilidade de optar desmentida, non obstante e inmediatamente, polo teor literal de DA 2.<sup>a</sup> parágrafo primeiro *in fine*, que aclara que, en caso de non se adherir a elas “voluntariamente”, deberán xustificar esta non adhesión nos termos de eficiencia previstos, de novo –véxase a conexión constante de moitas das novidades coas normas que viñemos referindo– na LOEPSF (en concreto, no seu artigo 7). Adicionalmente, e mesmo no suposto de que esta maior eficiencia poida xustificarse debidamente, os entes locais ou comunidades autónomas que desenvolvan os seus propios sistemas deberán en todo caso cumprir cos esquemas nacionais de seguridade e interoperabilidade (DA 2.<sup>a</sup> parágrafo 2 LPAC).

Como é natural, do mesmo xeito que a importancia crecente das ferramentas informáticas concretas que se empregan para o desenvolvemento e implantación dos procedementos electrónicos e da súa capacidade como instrumento efectivo de recentralización é evidente para o Estado, tamén as comunidades autónomas son conscientes deste feito. Non é, pois, estraño que esta disposición fose obxecto de diversos recursos de inconstitucionalidade que levaron a que, en Sentenza do Tribunal

<sup>43</sup> Sobre esta importante cuestión, respecto da que será necesaria unha maior atención doutrinal, sen dúbida, no futuro, véxase FONDEVILA ANTOLÍN, J., “Reflexiones a propósito de la STC 55/2018. Un limitado respiro ante el acoso recentralizador en la implementación de la e-administración”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, n. 49, 2019.

<sup>44</sup> LESSIG, L., *Code version 2.0*, Basic books, 2006, pp. 6-7 e 81-82.

Constitucional (STC) 55/2018 (por medio da interpretación conforme contida no fundamento xurídico 11 f), se considerase que as comunidades autónomas e os entes locais non poden ser sometidos a este tipo de controis por parte do Estado, pois iso suporía na práctica desposuílos de parte da autonomía que constitucionalmente lles é recoñecida. Así pois, os entes locais non están obrigados a ser sometidos a este control por parte do Estado de maneira que teñan que interpretar a eficiencia como considere o Ministerio de Facenda e Administracións Públicas –por exemplo, en caso de que se discuta se só o prezo unitario ou as economías de escala han de ser considerados á hora de analizar a maior ou menor eficiencia dunha solución informática alternativa ou se consideracións cualitativas poden integrar tamén esta análise– senón que, en caso de existiren diverxencias, o Estado deberá levar á xurisdición administrativa a cuestión.

Resulta interesante que esta discusión xurídica, máis alá da solución xurídica dada pola STC 55/2018, ilustra ata que punto as pretensións recentralizadoras e de diminuír o ámbito efectivo de acción da autonomía local son unha constante nas reformas administrativas da última década e como son introducidas pola lexislación estatal mesmo respecto dos instrumentos tecnolóxicos. Por outro lado, cómpre sinalar tamén que esta recentralización tecnolóxica, mesmo tras ter quedado desprovista a DA 2.<sup>a</sup> LPAC da imperatividade xurídica da que o lexislador estatal pretendía aparentemente dotala, está a ter xa moito percorrido e, previsiblemente, terao no futuro como resultado dos importantes custos e da complexidade tecnolóxica de desenvolver aplicacións e solucións informáticas en solitario. Na práctica, a DA 2.<sup>a</sup> é innecesaria se o Estado desenvolve e ofrece gratuitamente –ou a un prezo accesible– aplicacións creadas pola Administración do Estado competitivas e da suficiente calidade, pois as economías de escala e a facilidade inherente a poder empregar aplicacións xa testadas e desenvolvidas por outros fan que sexa unha solución habitualmente escollida libremente, se se ten a opción de facelo, sen necesidade de presión xurídica ningunha. Se sumamos a iso que as deputacións provinciais, máxime tras a ampliación de competencias nesta materia que xa referimos (*ex arts. 36.1 g*) e, sobre todo, porque afecta potencialmente á súa acción respecto de todos os municipios, *ex 36.2 LRBRL*), son axentes activos adicionais deste proceso de apoio pero tamén de homoxeneización, unha das consecuencias máis relevantes derivadas da aplicación da nova LPAC está a ser sen dúbida a normalización das solucións informáticas básicas que empregan a maior parte dos nosos entes locais como base da maioría dos seus procedementos administrativos electrónicos en aplicación do novo réxime xurídico do procedemento administrativo básico español, case todas elas baseadas directa ou indirectamente en ferramentas e estándares desenvolvidos pola Administración do Estado.

## 2.2 Principais afeccións á actividade administrativa dos entes locais do novo procedemento administrativo relacionadas co equilibrio entre potestades públicas e situación xurídica dos cidadáns

Máis alá destas consideracións de tipo máis estrutural e sistémico sobre as novidades derivadas das reformas administrativas da última década e de como se insire nesas

Regap



ESTUDIOS

tendencias a nova LPAC, resulta interesante analizar aqueles ámbitos onde os cambios introducidos no procedemento administrativo pola reforma de 2015 poden ter unha maior incidencia no quefacer cotián das administracións locais. A maior parte delas son novidades que foron xa resaltadas e comentadas pola maioría dos autores que estudaron a reforma administrativa, e aquí non se pretende senón citalos pondo de manifesto a particular incidencia que a nova regulación terá para a actividade local. Adicionalmente, cómpre sinalar que se pode illar un primeiro grupo de novidades, que non teñen relación directa coa transformación electrónica do procedemento administrativo e que son o resultado de que se aproveitase a reforma de 2015 para introducir “melloras técnicas” na regulación do procedemento administrativo. Con carácter xeral, parece bastante obvio que a maior parte destas novidades e melloras aparentemente técnicas e neutras acabaron significando un notable incremento das potestades e capacidades de actuación xurídica da Administración fronte aos cidadáns.

a) *Potestades de inspección e expansión da “colaboración” das persoas coas administracións locais (art. 18 LPAC)*. Un primeiro exemplo, moi sinalado, ten que ver coa regulación da “colaboración das persoas” coa Administración, expresión que en realidade se refire non tanto a unha verdadeira colaboración como, simplemente, aos supostos en que o poder público lles pode exixir esta colaboración aos cidadáns, que estarán obrigados a prestala. Este peculiar xeito de denominar a figura xa estaba consolidada no noso ordenamento xurídico antes da aprobación da reforma, pero cun contido moito máis humilde. Así, o artigo 39 da Lei de procedemento administrativo de 1992 simplemente prevía que os cidadáns estaban obrigados a colaborar nos casos e termos previstos na lei. Con respecto a esta modesta previsión, que remitía á lei especial, se é o caso, en materia de inspección, por exemplo, e que obrigaba a unha regulación caso por caso, e por iso tendencialmente máis proporcional e garantista, o lexislador ampliou notablemente na LPAC as posibilidades de “colaboración”. Así, o artigo 18.1 LPAC, xunto á tradicional regra que remite á lei especial, se é o caso, establece a continuación unha regra por defecto en ausencia de regras específicas ao sinalar que sen necesidade de previsión expresa calquera Administración pública poderá solicitar os informes, inspeccións e calquera outros actos de investigación requiridos para o exercicio das súas competencias, coas únicas excepcións do segredo profesional, por un lado, ou que, por outro, a información solicitada pola Administración poida afectar ao honor ou á intimidade persoal ou familiar. Trátase dunha evidente ampliación que, se ben é certo que se inscribe nunha tendencia máis global cara ao incremento das potestades administrativas de inspección<sup>45</sup>, non deixa por iso de ser relevante. Ademais, está chamada a ter unha grande incidencia na acción administrativa local, debido tanto á importancia das súas competencias en materia de actividades ou consumo, que levan consigo unha moi relevante actividade de inspección, como á crecente ampliación do que algúns autores chamaron “regulacións por silencio”<sup>46</sup> ou, máis

<sup>45</sup> BOIX PALOP, A., *Las potestades administrativas de inspección y su expansión al amparo de razones de seguridad frente a los derechos fundamentales*, 2016, pp. 57-70.

<sup>46</sup> MUÑOZ MACHADO, S., “Las regulaciones por silencio. Cambio de paradigma en la intervención administrativa en los mercados”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 9, 2010, pp. 70-79.

en xeral, a substitución de controis *ex ante* por controis *ex post*<sup>47</sup>, como consecuencia da transposición da Directiva de servizos<sup>48</sup>. Como pode constatarse, por último, esta nova regulación dálles moita máis capacidade de actuar ás administracións públicas e supón un novo equilibrio –ou desequilibrio– entre potestades públicas e garantías dos cidadáns claramente en favor das primeiras<sup>49</sup>. Os entes locais, e moi particularmente os municipios, teñen a partir destes momentos moita máis capacidade inspectora, pois en ausencia de regulación sectorial nunha materia poderán proceder a requirir a colaboración, o que pode ser necesario dada a xeneralizada desregulación *ex ante* que se produciu estes anos, aínda que leva consigo riscos evidentes que en xeral se consideran preferibles ao modelo tradicional<sup>50</sup>.

*b) Medidas provisionais e provisionalísimas en procedementos iniciados polas administracións locais (art. 56 LPAC).* Unha segunda medida que foi moi comentada que supón tamén unha ampliación expresa das potestades administrativas é a regulación que, por primeira vez, o artigo 56 LPAC fai das medidas provisionais e provisionalísimas, unhas medidas que, aínda que tradicionalmente admitidas sen problemas pola xurisdición contencioso-administrativa, agora pasan a ter un amplo apoio legal expreso que, de novo, é moi xeneroso coa Administración pública, como foi sinalado por case todos os comentaristas. Téñase en conta que, máis alá de que a única limitación intrínseca á adopción destas e respecto da delimitación do seu alcance concreto tanto nun caso como noutro é a aplicación do principio de proporcionalidade por parte da propia Administración: así pois, respecto das medidas provisionais pódense adoptar todas aquelas que se estimen oportunas para asegurar a eficacia do procedemento a partir dos elementos de xuízo que a propia Administración estime pertinentes, todo iso “de acordo cos principios de proporcionalidade, efectividade e menor onerosidade” (art. 56.1 LPAC), mentres que respecto das medidas provisionalísimas, estas se poderán adoptar sempre que “resulten necesarias e proporcionadas” (art. 56.2 LPAC). Polo demais, e para que quede claro ata que punto son amplas as facultades explicitamente recoñecidas nesta materia ás administracións públicas, o artigo 56.3 LPAC establece expresamente que se poden adoptar todas as medidas que un xuíz pode establecer en aplicación da Lei de axuizamento civil en situacións equivalentes. Para os efectos de entender ata que punto iso supón un notable empoderamento da Administración, basta recordar que, a diferenza da función xurisdiccional, que por definición constitúe unha heterocomposición de vontades en conflito, os poderes públicos dirimen en non poucos procedementos conflitos nos cales poden ser parte implicada, a pesar do cal a reforma administrativa de 2015 lles confire explicitamente unhas potestades equivalentes á hora de establecer medidas provisionais. Para acabar de comprender

<sup>47</sup> DOMÉNECH PASCUAL, G., “¿Mejor antes o después? Controles públicos previos “versus” controles públicos posteriores”, *Papeles de Economía Española*, n. 151, 2017, pp. 47-62.

<sup>48</sup> NOGUEIRA LÓPEZ, A., “La administración comprobadora. Defensa de los intereses generales y desarrollo de las garantías de los ciudadanos”, Arias Martínez, M.A., Almeida Cerredá, M., e Nogueira López, A. (dirs.), *La termita Bolkenstein: mercado único vs. Derechos ciudadanos*, Thomson-Reuters Civitas, Madrid, 2012, pp. 99-128.

<sup>49</sup> MARTÍN DELGADO, I., “La reforma de la Administración electrónica”, Velasco Caballero, F. (coord.), *Régimen Jurídico y procedimiento administrativo de los gobiernos locales*, Instituto de Derecho Local UAM, 2016, pp. 2248-255.

<sup>50</sup> BAÑO LEÓN, J. M., “Los excesos de la llamada autotutela administrativa”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 181, 2016, pp. 69-86.

o impacto que estas medidas poden ter sobre a Administración local, basta pensar a cantidade de supostos en que, como garantes da orde pública ou da convivencia no ámbito local e en aplicación de todas as normas referidas a actividades económicas e de ordenación, ou de oferta de servizos públicos, respecto dos cales, en caso de conflito de calquera tipo, a Administración local vai pasar a ter a partir de agora unha importante capacidade de predeterminación da solución, ou polo menos de imposición provisional dunha determinada situación xurídica, válida e eficaz ata que haxa unha resolución definitiva en vía administrativa.

c) *A consolidación e extensión de novidades previas á reforma e o fortalecemento da posición da Administración.* Outro grupo de novidades que aparecen na LPAC en materia procedemental ten que ver coa consolidación e extensión dalgunhas reformas previas, afondando a lóxica destas, reformas que nalgúns casos xa chegaran á propia lei de procedemento administrativo, como foi o caso da transposición da Directiva de servizos e, por medio da Lei 25/2009, a inclusión na nosa norma de procedemento común do réxime da declaración responsable e a comunicación previa. O artigo 69 LPAC, recollendo este precedente, amplía e mellora a regulación das dúas institucións, declaración responsable e comunicación –que, de xeito interesante, deixa de ser denominada como “previa” e por iso pasa a poder ser presentada tamén posteriormente ao inicio da actividade cando a lexislación sectorial o prevexa ou permita–, en liña co seu cada vez máis crecente e xeneralizado uso, a medida que as leis sectoriais estatais e autonómicas foron asumindo a lóxica da directiva. O precepto actualiza e amplía as posibilidades de inspección administrativas asociadas a este modelo, que lles confire aos entes locais, en combinación co xa comentado artigo 18 LPAC, unha importante marxe de manobra, na cal ademais entran en xogo non poucas facultades discrecionales sobre a organización e prioridades de inspección.

Un segundo grupo de normas cuxo ámbito se amplía e consolida ten que ver coa extensión de institucións que ata ese momento eran propias exclusivamente de ámbitos sectoriais –como as normas en materia de defensa da competencia– e que, de novo por influencia europea, supoñen a importación ao noso dereito administrativo de figuras como a “clemencia” con aqueles infractores que, pola súa vez, actúan como denunciadores da infracción en que participaron achegando probas sobre esta e contra outros infractores (art. 62.4 LPAC). Esta inclusión, xa con carácter xeral para todos aqueles supostos en que se producise como consecuencia da infracción unha mingua económica para a Administración, vai pois máis alá dos supostos de defensa da competencia e supón dar carta de natureza no noso dereito a unha técnica que cambia a tradicional posición dos entes locais respecto da persecución e castigo de infraccións, xa que a apreciación ou non da clemencia implica certa discreción á hora de decidir se aplícala ou a partir de consideracións de “política de control e persecución das infraccións” a escala local. A partir da inclusión de posibilidades como as do artigo 62.4 LPAC, os nosos gobernos municipais deberán asumir para certos ámbitos e infraccións –por exemplo, as que afectan ás facendas locais ou as relacionadas co urbanismo– unha función máis proactiva afastada da aplicación automática dos tipos e que integrará valoracións discrecionales e estratéxicas. Ademais, e vinculada a esta preocupación



da lei polos ingresos públicos, a reforma supón a derogación das regras referidas ao estatuto xurídico do denunciante contidas no antigo Regulamento de exercicio da potestade sancionadora, que a partir de agora, por exemplo, pasan a ser notificados das consecuencias da súa denuncia só en caso de que non se inicie o procedemento, pero unicamente respecto, de novo, dos procedementos onde do contido da infracción denunciada se puidese deducir unha mingua para a facenda pública. Unha vez máis, poden verse nestas novidades, xunto á tendencia da LPAC a dar máis posibilidades de acción aos poderes públicos, e tamén aos gobernos locais, o reflexo da preocupación do lexislador polos ingresos e a estabilidade financeira –só cando hai unha posible afección patrimonial se prevé o instrumento da clemencia á disposición dos poderes públicos e, ademais, só neses casos os denunciados son informados dunha posible non toma en consideración da súa denuncia para que poidan actuar por outras vías e, indirectamente, garantir certa presión sobre os responsables para que persigan estas condutas de forma efectiva–.

d) *O novo réxime xurídico da elaboración de normas contido no título VI da LPAC e o seu impacto sobre a elaboración de normas de ámbito local, en conxunción coa LRBRL.* Unha última novidade de tipo procedemental, esta de indubidable significación, á que xa nos referimos, é a contida no título VI (arts. 127 a 133 LPAC), referido á elaboración de normas por parte das administracións públicas –isto é, normas regulamentarias e tamén, no caso dos entes locais, as ordenanzas municipais– e de proxectos normativos por parte de administracións públicas destinados á súa posterior tramitación e debate en asembleas lexislativas –aspecto este que non afecta, como é evidente, aos entes locais–. Trátase dunha das máis significativas novidades da norma, xa que os precedentes de regulación nesta materia eran máis ben escasos, aínda que nos últimos anos xa se sucederan algunhas iniciativas neste sentido<sup>51</sup>. Ademais, é un máis dos exemplos, numerosos como estamos a ver, onde a influencia europea –neste caso, ademais, non só da propia UE, senón tamén da OCDE, que emitiu nos últimos anos numerosas recomendacións nesta materia<sup>52</sup>–, foi notable á hora de determinar tanto a inclusión destes preceptos na norma básica como o modelo concreto de regulación aprobado.

Como vén sendo habitual, o lexislador de 2015 non se preocupou especialmente, tampouco neste punto, por conciliar en exceso a norma básica cos intereses doutras administracións públicas máis alá da estatal, nin sequera respecto dos entes locais cuxa reforma aprobara tan pouco tempo atrás como en 2013 –de feito, no artigo 128.2 LPAC parece mesmo esquecer que os entes locais tamén teñen atribuída potestade regulamentaria–. Como consecuencia diso, hai algunhas previsións que, segundo como se interpreten, poden conducir a certa colisión, ou polo menos dúbidas sobre como concilialas, respecto de como acomodar estas novas exixencias procedementais coas normas previamente existentes na LRBRL en materia de aprobación de ordenanzas

<sup>51</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J.A., “Un nuevo modelo de ejercicio de las potestades normativas”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 175, 2016, pp. 31-55; CANALS I AMETLLER, D., “L’avaluació de la qualitat normativa: primers passos, primers instruments”, *Col·lecció Papers de relacions Govern-Parlament*, 2008, pp. 126-147.

<sup>52</sup> Véxase sobre esta cuestión, así como sobre os diversos modelos comparados, o extenso traballo BOIX PALOP, A., e GIMENO FERNÁNDEZ, G., *La mejora de la calidad normativa*, PUV, Valencia, 2019. Respecto del caso español, las recomendaciones de la OCDE se pueden encontrar en *Better Regulation in Europe: Spain 2010*, OECD Publishing.

municipais –en concreto, se a información pública e audiencia dos interesados prevista necesariamente para todas elas *ex* artigo 49 b) LRBRL debe entenderse como equivalente ao procedemento de información pública previsto polo artigo 133.2 LPAC, como parece razoable e se acabou consolidando dada a firme existencia no mundo local dun proceso de información pública entre a aprobación inicial e definitiva<sup>53</sup>, por moito que os perfís de ambos os dous procedementos non sexan estritamente idénticos–. Abundando na necesidade de realizar unha interpretación que concilie a regulación propia doutras administracións públicas nesta materia –que, respecto do caso dos entes locais, debemos entender que é o referido artigo 49 LRBRL–, cómpre lembrar que a STC 55/2018 xa mencionada si chegou mesmo a anular a consideración de básica respecto de todos aqueles preceptos do título VI que lles imponen a outras administracións públicas un determinado xeito de cumprir coas exixencias de planificación normativa da LPAC. Así, e por exemplo, declárase contrario á orde competencial o citado artigo 133.2 PAC salvo a previsión que sinala que, “con carácter previo á elaboración do proxecto, anteproxecto de lei ou de regulamento, se substanciará unha consulta pública” (STC 55/2018, fundamento xurídico 7). Parece claro que o Tribunal Constitucional acepta que a norma básica estatal lles impoña, pois, a outras administracións públicas certos principios de calidade normativa, pero non así a forma concreta en que estes procedementos e estes principios se han de concretar, que deberá depender de cada unha delas<sup>54</sup> e, no caso dos municipios, haberá que considerar que prima o procedemento do artigo 49 LRBRL e que, como é evidente, este é substancialmente coherente coas previsións deixadas en vigor con carácter básico na LPAC.

Tamén quedan en vigor aqueles principios de boa regulación (art. 129 LPAC, nos termos declarados constitucionais pola STC 55/2018) que fan fincapé na necesidade de dispor de procedementos de mellora da calidade normativa, incluíndo certa planificación normativa e unha maior atención aos procedementos de avaliación, tanto *ex ante* como *ex post* (por moito que a forma concreta de realizar esta avaliación prevista no artigo 130 LPAC ou a planificación normativa tal e como é regulada polo artigo 132 LPAC sexa declarada unha invasión de competencias e por iso non aplicables respecto doutras administracións á do Estado, *ex* STC 55/2018), na liña cos que a literatura especializada e os referidos informes da OCDE tenderon a considerar esencial de xeito unánime<sup>55</sup>. E, aínda que de novo haxa que reter da LPAC neste punto no que

<sup>53</sup> MENÉNDEZ ALONSO, J. M., “La elaboración de ordenanzas y reglamentos con la Ley 39/2015 del procedimiento administrativo común: problemática local”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, n. 22, 2016, pp. 2506 e ss., <https://elconsultor.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4slIAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAiNjSwNTU7WwY1KLizPw8WYMDQzNDQOMDkEBmWqVLFnJZUGqbVpiTnEqAMaimRo1AAAAWKE> (12 de xaneiro de 2020).

<sup>54</sup> Sobre esta cuestión, véxase a análise da STC 55/2018 nesta materia e as súas implicacións, esencialmente respecto da posición en que quedan as comunidades autónomas, substancialmente trasladable ao que a nós nos interesa, de DÍAZ GONZÁLEZ, G. M., “Las competencias exclusivas del Estado ex art. 149.1.18.ª de la Constitución y la disciplina de la producción normativa. Sobre la inconstitucionalidad parcial de la Ley 39/2015, de 1 de octubre del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas (STC 55/2018, de 24 de mayo)”, *Revista de Estudios de la Administración Local Autónoma*, n. 10 Nueva época, 2018, pp. 80-95, DOI 10.24965/real.v0i10.10562 (8 de xaneiro de 2020).

<sup>55</sup> PONCE SOLÉ, J., “La calidad en el desarrollo de la discrecionalidad reglamentaria: teorías sobre la regulación y adopción de buenas decisiones normativas por los Gobiernos y Administraciones”, *Revista de Administración Pública*, n. 163, 2003, pp. 89-144; ARROYO JIMÉNEZ, L., “Participación electrónica y elaboración de normas administrativas en España y en los



se refire á súa aplicación a entes locais só os principios na norma establecidos antes que a regulación concreta, tamén hai que notar a necesidade dos procedementos de participación cidadá aos que o artigo 133 LPAC dá unha grande importancia. Así pois, e aínda que queda claro que a forma de elaboración de ordenanzas e o período de información pública e trámite de audiencia aos interesados para as normas municipais deberán seguir rexéndose polo artigo 49 LRBRL, hai que incidir na necesidade de integrar nestes procedementos algunhas das exixencias do artigo 133 LPAC, en concreto e especialmente, por coherencia con toda a lexislación en materia de procedemento administrativo electrónico, a necesidade de que esta participación se poida levar a cabo por vía electrónica, ben como sistema para facilitar e incentivar a participación, ben como mecanismo de maior transparencia e control, tal e como polo demais é habitual xa no noso contorno comparado<sup>56</sup>. A maior parte dos concellos españois medianos e grandes, de feito, xa están a introducir estes mecanismos en liña coa transformación dixital da Administración pública local. É precisamente sobre esta cuestión, sobre a necesaria transformación electrónica da Administración local, onde maiores novidades e incidencia na actividade dos nosos entes locais achega a LPAC.

### 2.3 Administración local e procedemento administrativo electrónico tras a LPAC

Sen ánimo, de novo, de exhaustividade, resulta interesante analizar superficialmente os máis relevantes efectos da transformación dos procedementos administrativos á súa dimensión electrónica no eido local; as principais dificultades de posta en práctica a nivel local, así como referirnos a aqueles aspectos do procedemento administrativo electrónico onde poden aparecer máis conflitos xurídicos neste proceso de hibridación das normas tradicionais de procedemento e as de acceso administrativo electrónico posto en marcha pola LPAC. Aínda que moitos destes conflitos non son en si mesmos exclusivos das administracións locais, senón compartidos con calquera outra Administración pública, o feito de que os entes locais sexan a maior parte das veces a Administración de proximidade e máis próxima ao cidadán, converten en particularmente relevantes algunhas das decisións do lexislador de 2015 á hora de desequilibrar en beneficio dos poderes públicos o marco xurídico da comunicación procedemental entre cidadáns e administracións públicas. Esencialmente, pois, imos tratar de describir estes problemas, sempre co sobreentendido implícito de que, da crítica que se vai realizar e a proposta de posibles alternativas, se deduce tamén unha posible pauta de actuación por parte das administracións públicas – neste caso, das administracións locais – para minimizar algúns destes problemas e orientar a súa acción do xeito máis beneficioso posible para os cidadáns.

Estados Unidos de América”, Martín Delgado, I. (dir.), *La reforma de la Administración electrónica. Una oportunidad para la renovación del Derecho*, INAP, Madrid, 2016, pp. 231-258.

<sup>56</sup> BOIX PALOP, A., “La participación electrónica como mecanismo para la mejora de la calidad normativa en la elaboración de reglamentos y otras disposiciones tras la reforma administrativa de 2015”, Martín Delgado, I. (dir.), *La reforma de la Administración electrónica. Una oportunidad para la renovación del Derecho*, INAP, Madrid, 2016, pp. 259- 282.

a) *A cuestionable regulación da obriga de relacionarse electronicamente coa Administración pública.* Retomando o que era a regulación existente na materia da LAE de 2007, que xa permitía en determinadas circunstancias establecer regulamentariamente a obriga de que os cidadáns se relacionasen obrigatoriamente coa Administración cando pola súa profesión, condición económica ou persoal fose presumible de certos colectivos que o establecemento desta obriga non lles supuña prexuízo ningún<sup>57</sup>, o artigo 14 LPAC reitera esta mesma posibilidade (art. 14.3 LPAC) pero, ademais, no artigo 14.2 LPAC establece directamente, por ministerio da lei, que certos colectivos deberán en todo caso entenderse como obrigados. Estes colectivos responden substancialmente aos que a práctica previa de aplicación da LAE fora decantando como susceptibles de poderen ser obrigados, co aval da xurisprudencia respecto dos supostos máis conflitivos –por exemplo, o dos pequenos empresarios que contratan coa Administración–, polo que non é unha listaxe en si mesma demasiado conflitiva nos seus aspectos máis importantes<sup>58</sup>: é perfectamente razoable, por exemplo, que empresas (art. 14.2 a) LPAC), funcionarios en relacións coa Administración relacionadas coa súa actividade como tales (art. 14.2 e) LPAC) ou os que se dedican profesionalmente a actuar en nome dos cidadáns ante a Administración (art. 14.2 c) LPAC) poidan ser obrigados a relacionarse sempre electronicamente cos poderes públicos. Tamén que os que representan a calquera destes cidadáns, para evitar que a obriga sexa na práctica dispoñible, teñan que actuar tamén deste xeito (art. 14.2 d) LPAC). Non obstante, pode cuestionarse a amplitude con que se establece a obriga do artigo 14.2 a) LPAC<sup>59</sup>, que non abarca só as empresas, senón calquera persoa xurídica –isto é, tamén calquera asociación ou fundación, por exemplo– ou a extensión do artigo 14.2 b) LPAC a toda entidade sen personalidade xurídica –o que incluíría desde comunidades de bens ou comunidades de propietarios, por exemplo, a, segundo certas interpretacións, case calquera colectivo de distintas persoas pero sen personalidade xurídica–.

Como pode constatarase, o lexislador optou por unha interpretación extensiva e xenerosa do que poden ser colectivos con capacidade educativa, tecnolóxica e económica suficiente para comunicarse sen problemas electronicamente coa Administración, o que no caso dos entes locais é especialmente relevante na medida en que non poucos dos colectivos que poden verse afectados por esta obriga son típicos suxeitos de relacións xurídicas ou acción coa Administración local –asociacións de colectivos vulnerables e mesmo grupos informais adoitan ter unha interlocución habitual cos entes locais–. Por iso, é imprescindible unha interpretación ou unha aplicación destas normas que palíe algúns dos posibles problemas desta previsión normativa,

<sup>57</sup> REGO BLANCO, M.D., “Registros, comunicaciones y notificaciones electrónicas”, Gamero Casado, E., e Valero Torrijos, J. (coords.), *La Ley de Administración Electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 391-394 y 397-398.

<sup>58</sup> MARTÍN DELGADO, I., “La reforma de la Administración electrónica”, Velasco Caballero, F. (coord.), *Régimen Jurídico y procedimiento administrativo de los gobiernos locales*, Instituto de Derecho Local UAM, 2016, pp. 257-258.

<sup>59</sup> COTINO HUESO, L., “El derecho y deber de relacionarse por medios electrónicos (art. 114 LPAC): asistencia en el uso de medios electrónicos a los interesados (art. 12 LPAC)”, Gamero Casado, E. (dir.), e Fernández Ramos, S., e Valero Torrijos, J. (coords.), *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 475-531; BUSTOS PRETEL, G., “Comentario al artículo 14”, Acuña Campos, C. (dir.), *Comentarios a la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*, El Consultor de los Ayuntamientos-Wolters Kluwer, Madrid, 2017, pp. 142-146.

que, mesmo sendo moi comfortable para as administracións públicas, pode crearlles problemas a estes grupos. Unha vía podería ser o recoñecemento en todo caso dun dereito á asistencia técnica por parte das administracións públicas a todos os cidadáns que estean obrigados, pero sorprendentemente a LPAC só obriga as administracións públicas a proporcionar esta asistencia... aos cidadáns non obrigados polo artigo 14.2 LPAC ou non obrigados por unha norma regulamentaria *ex* artigo 14.3 LPAC. Fronte a este marco legal, hai que exixirles aos concellos que se comprometan a ofrecer tamén asistencia e axuda, máis alá do que é a súa obriga estritamente legal, a aqueles cidadáns obrigados sempre e cando, como por outro lado será o suposto máis habitual, a súa petición de asistencia non sexa abusiva. Mesmo, en caso de saturación de peticións de axuda, pódese asumir que teñan prioridade, dado que o dereito na lei só lles é recoñecido a eles, os non obrigados a relacionarse por medios electrónicos. Pero como norma xeral hai que pedirles aos entes locais que, fronte a esta moi deficiente regulación derivada do marco legal vixente apliquen remedios ben a partir da súa propia regulamentación interna en materia de Administración electrónica –o que sería en todo caso preferible–, ben a partir das súas directrices informais de actuación á hora de prestar esta asistencia.

b) *Afección do Decreto-lei 2019 ás decisións dos concellos sobre os medios de sinatura e identificación (arts. 9 e 10 LPAC) dispoñibles.* Os artigos 9 e 10 LPAC deixaran a criterio de calquera Administración pública a utilización de medios de identificación ou sinatura electrónica alternativos ao DNI dixital, no que era unha regulación máis que sensata por flexible, e ademais perfectamente viable, como a experiencia aplicativa ao abeiro da LAE demostrara desde 2007<sup>60</sup>. Así, e por exemplo, o artigo 9.2 c) LPAC permitía a identificación por medio de sistemas de clave concertada ou calquera outro sistema que as Administracións considerasen válido, mentres que o artigo 10.2 c) LPAC, de xeito equivalente, consideraba válido calquera outro sistema de sinatura establecido por unha Administración nos termos e condicións por ela establecidos.

Este réxime xurídico, resultado pacífico dunha evolución de moitos anos, permitíalles por exemplo aos entes locais establecer sistemas sinxelos tanto de identificación como de sinatura cando así o considerasen necesario ou máis conveniente. Non obstante, viuse trastornado recentemente polo Decreto-lei 14/2019, que modifica a lei de seguridade cidadá para deixar claro que só o Documento Nacional de Identidade, con carácter exclusivo e excluínente, é un documento suficiente para acreditar para todos os efectos a identidade e datos persoais do seu titular, e tamén modifica a Lei 59/2003, de sinatura electrónica, neste mesmo sentido. Como este réxime é incoherente coa flexibilidade sinalada que era a norma xa consolidada nos artigos 9 e 10 LPAC, que abandonara a estratexia centrada no DNI electrónico<sup>61</sup>, e, aínda que acepta que as

<sup>60</sup> ALAMILLO DOMINGO, I., "Identidad y firma electrónica: nociones técnicas y marco jurídico general. Identificación y autenticación de los ciudadanos", Gamero Casado, E. (dir.), e Fernández Ramos, S., e Valero Torrijos, J. (coords.), *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 675-768.

<sup>61</sup> MARTÍN DELGADO, I., "La reforma de la Administración electrónica", Velasco Caballero, F. (coord.), *Régimen Jurídico y procedimiento administrativo de los gobiernos locales*, Instituto de Derecho Local UAM, 2016, pp. 263-267. Este abandono, ademais, resultaba moito máis coherente cos parámetros europeos en materia de identificación por medios electrónicos, véxase ALAMILLO DOMINGO, I., "La identificación y la autenticación por medios electrónicos", Almeida Cerrada, M., e Mi-

administracións públicas poidan seguir determinando os seus propios sistemas de identificación, esta posibilidade sométese a un novo réxime de autorización previa por parte da Administración xeral do Estado para todos aqueles sistemas que sexan diferentes do DNI ou certificados electrónicos establecidos pola propia Administración xeral do Estado –establecéndose ademais silencio negativo en caso de que non se responda á solicitude de autorización–. Á luz do que foi a tradicional interpretación da autonomía local, pero tamén do que deixou dito a STC 55/2018, por exemplo, respecto da autorización prevista na DA 2.<sup>a</sup> LPAC xa comentada, non parece constitucionalmente axeitado facer depender dunha decisión da Administración do Estado que os entes locais ou autonómicos poidan ou non establecer medios de identificación ou sinatura que, en cambio, o Estado pode empregar se así o considera. As dúas medidas teñen o mesmo esquema de funcionamento e perseguen, no fondo, unha mesma finalidade –que o Estado controle e determine que tipo de aplicacións ou posibilidades tecnolóxicas poidan usar, neste caso, os entes locais–, polo que a inconstitucionalidade debería ser tamén declarada neste caso, unha vez que se vehiculen os recursos oportunos –xa anunciados tanto polo Defensor do Pobo como por parte de diversas comunidades autónomas–. No ínterim, as normas transitorias do Decreto-lei 14/2019, polo menos, permiten que os procedementos xa en marcha non teñan que solicitar esta autorización, pero mentres esta regra subsista os entes locais vanse ver moi limitados á hora de establecer mecanismos de identificación ou sinatura alternativos, engadindo rixidezs adicionais ao despregamento da Administración electrónica, así como privando de posibles opcións os seus cidadáns.

c) *A nova regulación sobre a sede electrónica e as garantías de elección de medios e procedemento (art. 38 LRXSP) e as súas limitacións.* Nesta mesma liña de privar de posibles opcións os cidadáns, a nova regulación en materia de sede electrónica –neste caso, contida na LRXSP– modificou algunhas das regras que levaban unha década en vigor tras a súa aprobación pola LAE. Foi esta unha norma xenerosa, mesmo en opinión dalgúns autores excesivamente xenerosa á hora de establecer dereitos dos cidadáns á elección da canle ou dos medios tecnolóxicos aptos para relacionarse electronicamente coa Administración<sup>62</sup>. Probablemente como reacción fronte a esta amplitude –e que é certo que nunca se concretou con toda a súa amplitude polas dificultades derivadas do seu exceso de ambición– a regulación actual das garantías é moito máis prudente. Substanciase nunha listaxe de garantías e principios de uso moi xenéricos (art. 38 LRXSP) e que no fondo cambia o criterio e pasa a permitir que sexa a Administración a que determine as exigencias tecnolóxicas para a elección da canle ou medio de comunicación. Polo demais, tamén é moi parca a regulación sobre o portal de Internet e as exigencias sobre o contido mínimo deste (art. 39 LRXSP, que o define como punto de acceso electrónico). Nesta mesma liña, establécense garantías de interoperabilidade ou de cumprimento cos sistemas nacionais de interoperabilidade e seguridade

---

guez Macho, L. (dirs.), *La actualización de la Administración electrónica*, Andavira, Santiago de Compostela, 2016, pp. 108-114.

<sup>62</sup> COTINO HUESO, L., "Derechos de los ciudadanos", Gamero Casado, E., e Valero Torrijos, J. (coords.), *La Ley de Administración Electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 215-218.

(arts. 156 e 45 LRXSP), pero en todo caso desde unha perspectiva técnica e pensando máis no establecemento de estándares interadministrativos que nas garantías dos cidadáns ou a súa marxe de manobra. De feito, a norma por defecto pasa a ser a utilización dos sistemas e aplicacións determinados por parte da Administración. Desde a perspectiva da Administración local, e máis alá dos posibles controis estatais que poden derivar da intervención da Administración do Estado á hora de determinar ou precisar as súas alternativas concretas de despregamento de medios electrónicos *ex* artigos 9.2 e 10.2 LPAC ou DA 2.<sup>a</sup> LPAC, este réxime xurídico, en liña con moitas outras modificacións da reforma de 2015, outórgalles unha posición de maior confort xurídico ás administracións locais fronte aos cidadáns, algo que, por exemplo, e no día a día da relación coas administracións locais, ten unha manifestación práctica moi concreta na imposición, que quebra o tradicional principio antiformalista do dereito administrativo español, de uso dos formularios concretos que poña á disposición cada Administración concreta para cada procedemento específico (art. 66.6 LPAC).

d) *Garantías xurídicas respecto das actuacións automatizadas (art. 41 LRXSP)*. Unha reflexión adicional, que ata o momento non mereceu unha grande atención nin dogmática nin legal –a regulación é certamente parca–, e tampouco foi obxecto ata a data en España de tratamento xurisprudencial<sup>63</sup>, é a referida ás garantías xurídicas respecto das decisións automatizadas. O lexislador, no artigo 41.2 LRXSP, limitáase a establecer a necesidade de identificar un responsable e a existencia dunhas mínimas garantías de control e auditoría que cómpre interpretar en relación co disposto no Regulamento xeral de protección de datos (RXPD) aprobado en 2017 pola Unión Europea<sup>64</sup>. Da combinación destas exigencias, dedúcese un réxime xurídico para a utilización de algoritmos ou programas para a adopción de decisións automatizadas non excesivamente exixente –de feito, éo menos do que o era a regulación contida para supostos equivalentes na Lei de procedemento administrativo común de 1992, que por exemplo exixía unha aprobación formal da aplicación por parte do órgano administrativo responsable<sup>65</sup>– e que, por iso, ten a vantaxe de fomentar o emprego destas solucións tecnolóxicas. Pola contra, é cuestionable ata que punto este incentivo se logra á custa dunha rebaixa excesiva nas garantías mínimas exixibles. A gran discusión xurídica na doutrina, non só española, senón tamén a nivel internacional e europeo –por exemplo, foi moi debatido como aplicar rectamente o RXPD en relación con estes supostos–, centrouse en se para lograr estas garantías de mínimos é imprescindible exixir ou non unha publicación completa do código fonte empregado,

<sup>63</sup> COTINO HUESO, L., "Riesgos e impactos del Big Data, la inteligencia artificial y la robótica: enfoques, modelos y principios de la respuesta del derecho", *Revista general de Derecho administrativo*, n. 50, 2019, p. 36; PONCE SOLÉ, J., "Inteligencia artificial, Derecho administrativo y reserva de humanidad: algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnológico", *Revista general de Derecho administrativo*, n. 50, 2019, p. 42.

<sup>64</sup> PONCE SOLÉ, J., "Inteligencia artificial, Derecho administrativo y reserva de humanidad: algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnológico", cit., pp. 13-15; PALMA ORTIGOSA, A., "Decisiones automatizadas en el RGPD. El uso de algoritmos en el contexto de la protección de datos", *Revista general de Derecho administrativo*, n. 50, 2019; BYGRAVE, L. A., "Minding the Machine v2.0. The EU General Protection Regulation and Automated Decision-Making", Yeung, K., e Lodge, M. (dir.), *Algorithmic Regulation*, Oxford University Press, Oxford, 2019, pp. 243-262.

<sup>65</sup> VALERO TORRIJOS, J., *Innovación tecnológica e innovación administrativa*, Ponencia Seminario de Teoría y Método del Derecho Público, 2016.

algo sobre o que non hai consenso<sup>66</sup> e que, como vimos, en calquera caso, non é de momento a solución nin do dereito europeo nin do español. Fronte a estas teses, recentemente defendín que non só habería que exixir a publicación do código que emprega o programa utilizado, senón que adicionalmente deberían estenderse a estes programas as garantías xurídicas tradicionalmente exixibles respecto da aprobación, utilización e impugnación de normas regulamentarias por cumprir unha función xurídica materialmente equivalente<sup>67</sup>. En calquera caso, e con independencia de que esta exixencia sexa imposta normativamente, parece aconsellable que os entes locais, a medida que comecen a establecer procedementos onde as decisións estean automatizadas e as decisións dependan por iso de programación informática, se ocupen de deseñar uns sistemas de garantía e control suficientes e que permitan unha axeitada defensa e garantía xurídica dos intereses dos cidadáns. Cómpre ter en conta que o feito de que a reforma de 2015 non lles impoña aos entes locais este nivel de garantías que aquí se considera axeitado non exclúe que sexan os propios municipios os que, en uso da súa autonomía, poidan establecer unha norma propia máis exixente que os obrigue, por exemplo, a publicar sempre os códigos e algoritmos que empregan. De feito, a relativa sinxeleza da maior parte destes no ámbito local –para asignar axudas ou fixar avaliacións a partir de parámetros predeterminados, por exemplo– é unha razón adicional para formular esta exixencia, que non supón nestes casos ningún dos problemas que habitualmente se alegan para negar a conveniencia da publicidade dos programas empregados –posibilidade de enganar o sistema, *game the system*; dificultades de comprensión do seu funcionamento<sup>68</sup>–.

*e) Novidades en materia de rexistros e xestión documental.* A regulación básica en materia de rexistros na LPAC non presenta novidades significativas, por moito que sexa necesaria a transformación de todos a rexistros electrónicos (art. 16 LPAC), algo que se fai seguindo os pasos xa consolidados tras anos de vixencia da LAE. Aínda que non se formulen retos diferenciados para os concellos nesta materia, convén deixar constancia da relativa novidade que é a regulación dos rexistros de apoderamentos (art. 6 LPAC, levemente afectado pola STC 55/2018, que anulou un inciso referido a como debían inscribilos as comunidades autónomas, por invasión de competencias). Polo demais, a reforma de 2015 regula a xestión documental e dos arquivos de xeito coherente coa conversión en electrónicos de todos os procedementos. Así, todos os documentos administrativos se almacenarán electronicamente, salvo que non sexa posible (art. 4.6.1 LRXSP) e prevese que cada Administración teña que manter un arquivo, que agora deberá ser electrónico, con todos os seus documentos electrónicos de procedementos finalizados (art. 17.1 LRSJP). Estes documentos deben gardarse en

<sup>66</sup> COGLIANESE, C., e LEHR, D., "Regulating by Robot: Administrative Decision Making in the Machine Learning Era", *Penn Faculty Scholarship 1734*, 2017, pp. 1209-1213; DE LA CUEVA, J., "Código fuente, algoritmos y fuentes del Derecho", *El Notario del siglo XXI*, n. 77, 2018; NIEVA FENOLL, J., *Inteligencia artificial y proceso judicial*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 140-143; DALY, P., "Artificial Administration: Administrative Law in the Age of Machines", *SSRN Working Paper*, 2019, pp. 18-19.

<sup>67</sup> BOIX PALOP, A., "Los algoritmos son reglamentos: la necesidad de extender las garantías propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la Administración para la adopción de decisiones", *Teoría y método. Revista de Derecho Público*, n. 1, 2020.

<sup>68</sup> SCANTAMBURLO, T., CHARLESWORTH, A., e CRISTINIANI, N., "Machine Decisions and Human Consequences", Yeung, K., e Lodge, M. (dir.), *Algorithmic Regulation*, Oxford University Press, Oxford, 2019, p. 74.



formatos que permitan garantir a súa autenticidade, identidade e conservación, e que así mesmo fagan posible o seu traslado tanto a outros soportes como formatos (art. 17.2 LPAC) e só poderán ir eliminándose segundo dispoñan as normas en materia de arquivos. Polo demais, como é lóxico, o almacenamento debe facerse a partir das medidas de seguridade establecidas no Esquema Nacional de Seguridade (integridade, autenticidade, confidencialidade, calidade, protección e conservación), que en todo caso ten que concretarse en estándares que permitan a identificación e o control de acceso dos usuarios, e que garantan a protección de datos de carácter persoal (art. 17.3 LPAC e 4.6.4 LRXSP). Por último, hai que deixar constancia de que a DT 1.<sup>a</sup> LPAC establece que os documentos de procedementos iniciados antes da entrada en vigor da norma se seguirán tratando de acordo co disposto no réxime anterior, pero que, se fose posible, deberán ser dixitalizados e que a LPAC agora tratou de identificar que documentos e materiais han de formar parte, por ministerio da lei, do expediente administrativo electrónico (art. 70 LPAC), mentres que se declara expresamente que a información de apoio non forma parte del (art. 70.4 LPAC). Trátase dunha previsión conflitiva, moi vinculada á vontade de darlles ás administracións públicas a posibilidade de non achegar, por utilización do dereito de acceso previsto na LT, parte dos documentos, informes ou traballos previos internos que poden sustentar unha decisión, pero que xerou tamén non pouca controversia doutrinal. En todo caso, e máis alá desta novidade referida á mellor coonestación das previsións da LPAD coas exixencias da LT, e nun sentido, de novo, xeneroso para cos intereses da Administración –como é habitual na reforma de 2015–, todas estas previsións non deixan de ter un carácter técnico e, máis alá de poderen suscitar dúbidas en ocasións, non supoñen problemas diferenciais que sexan particularmente intensos no ámbito local –excepción feita, como sempre, de que unha axeitada implementación da lei require dunha disposición de medios persoais e materiais que a moitos entes locais lles pode resultar inasumible–.

*f) A nova e discutible regulación das notificacións electrónicas (arts. 40–46 LPAC).* Onde si hai cambios substanciais que afectan ao efectivo equilibrio das posicións xurídicas dos cidadáns e da Administración tras a transformación do procedemento a electrónico operada pola reforma de 2015 é no referido ao novo sistema de notificacións electrónicas. Un sistema de notificación que pasa a ser o que será empregado por defecto, aínda habendo teoricamente certa posibilidade, no ronsel do que no seu momento previu a LAE de 2007 de que o cidadán optase pola notificación tradicional, como consecuencia da xenerosa ampliación dos obrigados a relacionarse electronicamente que fai o artigo 14 LPAC. Esta obriga de relacionarse electronicamente coa Administración ten, como é evidente, unha consecuencia obvia en materia de notificacións: os que así teñan que relacionarse cos poderes públicos tamén deberán ser notificados por vía electrónica –como por outra banda sinala expresamente o artigo 41.3 LPA–. Téñase en conta que adicionalmente o artigo 41.1 LPA permite estender a obriga de recibir notificacións electrónicas a outros colectivos que por capacidade económica, técnica ou dedicación profesional se estime razoable –no que parece unha previsión máis complementaria que coincidente co 14.3 LPAC, pois en tal caso sería

Regap



ESTUDIOS



innecesaria: parece apuntar a que poderá haber casos de suxeitos non obrigados a relacionarse electronicamente para os que, non obstante, excepcionalmente, si poida establecerse a obriga de ser notificados electronicamente—. Polo demais, en ausencia de opción por parte do cidadán –e nos procedementos de oficio esta non se puido producir previamente–, sendo o procedemento electrónico por defecto, a notificación enténdese que ha de realizarse só por esta vía (art. 41.1 LPA). A combinación de todos estes factores permite prever unha, se cabe, maior extensión a non moi longo prazo dos casos en que as notificacións serán exclusivamente electrónicas, quériro ou non así o cidadán afectado<sup>69</sup>.

Respecto de como teña que realizarse a notificación, o artigo 43.1 LPA establece só dous sistemas: a comparecencia electrónica ou o Enderezo Electrónico Habilitado único (EEH), de entre os cales será a Administración actuante a que elixa un deles. Queda así explicitamente exceptuado o disposto no artigo 41.1 LPA, que establece que «(c)on independencia do medio utilizado, as notificacións serán válidas sempre que permitan ter constancia do seu envío ou posta á disposición, da recepción ou acceso polo interesado ou o seu representante, das súas datas e horas, do contido íntegro, e da identidade fidedigna do remitente e destinatario desta» e que parece que só se terá en conta, en contra da súa localización sistemática na lei, para as notificacións presenciais<sup>70</sup>. En todo caso, ambos os dous sistemas, tanto a comparecencia electrónica como o EEH, están regulados dun xeito, ademais de escaso, pouco garantista e deficiente. A *comparecencia electrónica* consiste en que a Administración pon á disposición do cidadán a notificación nun contorno controlado por ela mesma, nos seus servidores, de xeito que queda garantido en todo momento que dispón e controla toda a información respecto de se se accede ou non a ela, por quen e cando<sup>71</sup>. Para que un cidadán acceda a esta, previamente, a Administración deberá ter establecido un sistema de identificación –dos previstos pola propia lei no artigo 9.2 LPAC– que permita o acceso da persoa, física ou xurídica, en cuestión. Pola súa banda, o *Enderezo Electrónico Habilitado (EEH)*, que ademais agora a lei pretende que sexa “único” –como se crese que é constitucional aspirar a que só o Estado poida determinar e asignar un a cada cidadán, o que evidentemente non é o caso ... e por outro lado nin o propio Estado respecta, pois xa ten en marcha un xenérico e outro, diferente, específico para as notificacións en materia de tráfico–, é tamén un sistema onde a Administración controla nos seus servidores se a notificación se recibe e se abre. Consiste máis ou menos, tecnicismos á marxe, nunha pasarela tecnolóxica que vincula o correo electrónico do cidadán cunha caixa de correo electrónica instalada nos servidores da propia Administración, que é a onde se envían as notificacións e á que debe acceder o cidadán

<sup>69</sup> MÍGUEZ MACHO, L., “Las notificaciones electrónicas”, Almeida Cerrada, M., e Míguez Macho, L. (dirs.), *La actualización de la Administración electrónica*, Andavira, Santiago de Compostela, 2016, pp. 220–232.

<sup>70</sup> Como por outro lado expuña sen deixar lugar á dúbida o propio Ministerio de Facenda e Administracións Públicas na guía que editou no seu momento sobre como se debía interpretar a norma: [https://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/PortalVarios/Nuevas\\_leyes\\_administrativas/FAQs%20LEY%2039-2015%20LEY%2040-2015.pdf](https://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/PortalVarios/Nuevas_leyes_administrativas/FAQs%20LEY%2039-2015%20LEY%2040-2015.pdf) (15 de xaneiro de 2020).

<sup>71</sup> MARTÍN DELGADO, I., “Ejecutividad y eficacia de los actos administrativos: las notificaciones administrativas”, Gamero Casado, E. (dir.), e Fernández Ramos, S., e Valero Torrijos, J. (coords.), *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 2123–2206.

para ser notificado. En xeral, e na falta de desenvolvemento por parte do lexislador básico estatal das súas características, está a ser pouco ou nada empregada por parte doutras administracións públicas.

Os dous sistemas suscitan problemas. Para que funcionen ben, requiren dunha actuación previa do cidadán –dando de alta o correspondente EEH e, idealmente, vinculándoo cunha conta de correo electrónico habitual, co fin de garantir que os avisos cheguen efectivamente ao seu receptor e non lle pasen inadvertidos; ou ben aceptando un sistema de claves para entrar no sistema de comparecencia electrónica, no segundo caso– sen a cal é dubidoso que poidan ser útiles para informar efectivamente un cidadán do seu inicio e que se poida dar por “notificado”. Por exemplo, nun procedemento de oficio, sen que se teña producido esa actuación previa do cidadán, a notificación electrónica que en todo caso ha de realizarse irá a unha carpeta cidadá que a Administración debe crear, pero á que é improbable que o cidadán vaia acceder. A LPAC debera ter resolto expresamente que facer nestes casos, establecendo, por exemplo, que só se notificará –electronicamente ou non– empregando algún dos medios que utilicen información útil para os efectos de localizar o cidadán e que fose xa proporcionada, previamente, por este á Administración –por exemplo, empregando unha técnica análoga á que permitía e permite aínda na actualidade descubrir o domicilio ao que enviar unha notificación presencial acudindo aos datos do padrón, *ex* artigo 41.4 LPAC respecto do correo electrónico ou dispositivo móbil do cidadán–. Se ademais temos en conta que a LPAC establece que, unha vez correctamente notificado por medio de comparecencia electrónica, transcorridos 10 días a notificación se considera rexeitada (art. 43.2 LPAC) e non fai falta nin sequera reintentalala ou a publicación alternativa do artigo 44 LPAC para poder dar por cumprido o trámite, este tratamento resulta aínda máis inquietante. Consciente desta situación, a propia norma establece medidas paliativas para garantir que, dado que o sistema de notificacións previsto é obxectivo e claramente incapaz de cumprir debidamente coa súa función esencial –informar os cidadáns de que unha decisión que lles afecta foi adoptada–, polo menos haxa sistemas tendentes a asegurar que, aínda que non sexa por medio da notificación xuridicamente entendida como tal, o cidadán poida saber que esta existe: é o caso dos avisos e postas en coñecemento que prevé a lei no seu artigo 41 coa evidente intención de, cando menos, aspirar a minimizar o problema. Así, o artigo 41.1 LPA *in fine* sinala que “(a)dicionalmente, o interesado *poderá* identificar un dispositivo electrónico e/ou un enderezo de correo electrónico que servirán para o envío dos avisos regulados neste artigo, *pero non para a práctica de notificacións*” –o subliñado é meu– ao que a Administración estará obrigada a enviar un aviso cando haxa unha notificación á súa disposición. Agora ben, nunha decisión moi criticable, a lei establece que se este aviso, mesmo estando obrigada a Administración a facelo, non se realizase –pola razón que fose– iso non impide que a notificación sexa considerada plenamente válida (art. 41.7 LPA).

En definitiva, o novo sistema é francamente insatisfactorio desde a perspectiva dos dereitos dos cidadáns, aos que deixa nunha situación de vulnerabilidade xurídica potencial notable. A cambio, resulta moi conveniente para unhas administracións

Regap



ESTUDIOS

públicas que é practicamente imposible que non notifiquen correctamente un acto administrativo e que, por iso, poderán aspirar a que estes sexan executivos con moitas máis facilidades, e máis rapidamente, que co réxime anterior. Porén, non se entende que non haxa na norma habilitación legal para indagar a obtención dun correo electrónico de contacto ou un dispositivo móbil ao que enviar o aviso –en ausencia do cal, dadas as normas en materia de protección de datos, é dubidoso que esta información se poida obter legalmente– e moito menos que, cando si se dispón desta información –porque a proporcionou previamente o cidadán– a LPAC non prevexa, xunto á obriga do aviso, que a súa non realización supoña a nulidade da notificación<sup>72</sup>. Tampouco se entende por que a norma non expresou que excepcionalmente, nos procedementos iniciados de oficio, a dobre notificación –isto é, a notificación tamén por medios tradicionais– deba ser obrigatoria dado que o cidadán aínda non puido proporcionar estes datos. E, por último, é incomprendible a cerrazón do lexislador a recoñecer con normalidade que estes medios electrónicos de comunicación –dispositivos móbiles, correo electrónico... – se poderían e deberían recoñecer sen ningún problema técnico e xurídico como medios de notificacións alternativos á comparecencia electrónica á elección do interesado, permitindo unha mellor comunicación cos cidadáns e unha mellor defensa dos seus intereses<sup>73</sup>.

Os entes locais, en calquera caso, na súa actuación nestas materias, deberían ter en conta estes problemas da regulación legal e tratar de minimizar as consecuencias negativas que poden derivar para os cidadáns cos cales se relacionan, extremando as precaucións e emendando a plana ao lexislador sempre que sexa posible: empregando en notificacións de oficio dispositivos ou correos electrónicos para facer o aviso se se dispón desta información por unha interacción previa aínda que sexa doutro procedemento, facendo a notificación nestes casos tamén por medios tradicionais aínda que non sexa obrigatoria segundo a LPAC e, por suposto, entendendo nula toda notificación que fose realizada sen cursar o correspondente aviso por moito que o artigo 41.7 LPAC permita considerala válida. Dunhas administracións cun contacto tan directo e intenso cos cidadáns, tan próximas a eles, débense agardar uns estándares de comportamento e lealdade á hora de informalos das actuacións que lles poidan afectar que han de ser

<sup>72</sup> Esta regulación segundo a cal a falta de aviso efectivo non é óbice para que a notificación se poida considerar perfectamente válida, mesmo aínda que diso se deduzca unha material imposibilidade de que o cidadán puidese ter coñecemento do acto notificado, moi probablemente, debería ser tida por inconstitucional por afectar aos seus dereitos de defensa e, indirectamente, de tutela xudicial efectiva. Non obstante, nun suposto altamente semellante relacionado co sistema de notificacións electrónicas na xurisdición laboral, o Tribunal Constitucional na STC 6/2019 xa considerou que non se aprecia tacha de constitucionalidade ningunha nunha regulación que prevé un aviso obrigatorio pero que non deduce da súa ausencia consecuencia xurídica ningunha. Como é evidente, a visión do Tribunal Constitucional neste sentido é, ao meu xuízo, extraordinariamente criticable. Véxase para unha explicación da sentenza JIMÉNEZ BIDÓN, P.M., "Innecesariedad para la validez de la notificación por Lexnet del aviso previo de la misma (análisis de la Sentencia de 17 de enero de 2019 del Tribunal Constitucional)", *Noticias Jurídicas*, 2019. <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/13951-innecesariedad-para-la-validez-de-la-notificacion-por-lexnet-del-aviso-previo-de-la-misma-analisis-de-la-sentencia-de-17-de-enero-de-2019-del-tribunal-constitucional/> (11 de xaneiro de 2020).

<sup>73</sup> Algo que durante a vixencia da lexislación en materia de procedemento administrativo de 1992 se formulaba como perfectamente posible sen excesivos traumas: véxase GAMERO CASADO, E., *Notificaciones telemáticas*, Bosch, Barcelona, 2005, pp. 179-254. Sobre a negativa a aceptar o correo electrónico como medio de notificacións na nova lei, véxase MARTÍN DELGADO, I., "La reforma de la Administración electrónica", Velasco Caballero, F. (coord.), *Régimen Jurídico y procedimiento administrativo de los gobiernos locales*, Instituto de Derecho Local UAM, 2016, pp. 273-274.

netamente superiores aos moi pobres, e criticables, que se deducen do réxime legal estrito da Lei de procedemento administrativo de 2015.

### 3 Conclusións sobre a afección das reformas en materia de procedemento administrativo no ámbito da Administración local

A través deste repaso aos elementos estruturais das reformas xurídico-administrativas con impacto nas normas de procedemento administrativo e da propia reforma do procedemento administrativo de 2015 na súa proxección sobre os entes locais, podemos extraer algunhas conclusións de interese.

A primeira delas é que, mesmo a partir dunha sucesión de impactos, as máis das veces descoordinados e en ocasións mesmo frustrados –como é o caso, paradigmaticamente, da reforma local de 2013 instrumentada por medio da LRSAL–, certos trazos están presentes na maioría das leis que se foron sucedendo, esencialmente a vocación respecto da recentralización competencial paulatina que elimine peso prestacional dos municipios –sobre todo dos máis pequenos– e unha notable intensificación dos controis sobre eles –esencialmente, de tipo orzamentario–. Esta orientación, non obstante, proxéctase así mesmo sobre as normas de procedemento administrativo que, como puidemos ver, empregando ademais de xeito moi incisivo o pretexto da suposta conveniencia da normalización dos procedementos administrativos electrónicos, que coaduxa coas evidentes vantaxes que comporta para entes locais con carencia de medios a recepción de asistencia técnica por parte de deputacións ou do propio Estado á hora de deseñar e manter as súas aplicacións, é un dos elementos máis destacados da reforma de 2015 por medio da súa DA 2.<sup>a</sup> De xeito interesante, esta pretensión atopou, porén, non pouca oposición tanto por parte de comunidades autónomas como dos entes locais. A frustrada implantación da reforma local de 2013, que non logrou a consecución de todos os seus obxectivos, explícase a partir desta resistencia. Tamén a moi importante STC 55/2018, que puxo certo freo a estas pretensións de recentralización e uniformización procedemental respecto do emprego de aplicacións e sistemas informáticos, é resultado desta resistencia –xurídica, neste caso–, que está chamada a continuar, dado que as normas estatais que pretenden restrinxir a autonomía organizativa dos municipios se suceden: a última delas, como vimos, é o recente Decreto-lei 14/2019, que, entre outras limitacións, considera por defecto indispoñibles sen autorización estatal para os entes locais sistemas de identificación e sinatura que, en cambio, a Administración do Estado pode empregar sen maior problema.

Unha segunda conclusión de interese que se extrae do repaso realizado é que, polo demais, das novidades en materia de procedemento administrativo –e a súa intersección coas normas en materia de contratos, transparencia ou protección de datos– se deducen importantes deberes e exixencias xurídicas para os entes locais, que van supor –están a supor xa– problemas non menores de adaptación. Desde esta óptica, cobra sentido a reforma do artigo 36.2 LRBRL para comprometer as deputacións provinciais

Regap



ESTUDIOS

nestes procesos de transformación, dando soporte e axuda técnica aos municipios que o requiran, algo que non se está a producir de xeito satisfactorio sempre en todo o territorio, nin sequera, o que resulta se cabe máis sorprendente, respecto das materias (contratación e procedemento administrativo electrónico, *ex* artigo 36.1. g) LRBRL) que a reforma local de 2013 considerou que pasaban a ser competencia propia directa das deputacións para municipios de menos de 20.000 habitantes. Estas insuficiencias, moi probablemente, están tamén na base de non poucas resistencias aos procesos de recentralización e de homoxeneización procedemental, pois en ocasións os concellos, especialmente se teñen recursos e medios para iso, perciben que ocuparse eles mesmos destas cuestións comporta melloras na xestión e na eficacia, así como na atención que en definitiva reciben os cidadáns, sobre todo se o comparamos coa en ocasións insatisfactoria resposta por parte das deputacións.

Por último, en terceiro lugar, e máis intimamente vinculado ás cuestións de procedemento administrativo, os entes locais benefíciáanse en última instancia dun modelo de procedemento administrativo común, o aprobado pola LPAC de 2015, que os dota de importantes poderes e potestades para a xestión dos asuntos públicos, en ocasións á custa dos dereitos e garantías dos cidadáns. Como tivemos ocasión de ver, de feito, as reformas dos últimos anos, e as novas normas de 2015 non son unha excepción, acentúan este desequilibrio: cuestións como a colaboración dos cidadáns e as potestades de inspección, as medidas provisionais ou provisionalísimas ou o estatuto de denunciante foron modificadas neste sentido. Tampouco as modificacións normativas derivadas da transformación dos procedementos a electrónicos derivaron en apreciables melloras da posición xurídica dos cidadáns á hora de defender os seus dereitos. De feito, é manifesta a redución de garantías en cuestións como a regulación do réxime de notificacións electrónicas, como se tratou de explicar, ou a xenerosidade coa que o marco legal permite aos poderes públicos implantar procedementos automatizados. Respecto de todas estas cuestións, aínda que os entes locais poden, como é obvio, beneficiarse da cómoda posición xurídica en que quedan, este traballo defende que, en uso da súa autonomía, deberían tratar de establecer medidas paliativas para mellorar a atención aos cidadáns e, moi especialmente, actuar como administracións públicas garante dos seus dereitos. Así, por exemplo, propónse que, mesmo sendo posible actuar doutro xeito en aplicación estrita do réxime xurídico vixente tanto na LPAC como na LRXSP, os entes locais garantan a asistencia xurídica na tramitación dos seus expedientes aos cidadáns que poidan estar obrigados a empregar medios electrónicos, que os concellos se comprometan a enviar avisos de notificación en máis supostos dos legalmente exixibles e que, ademais, estes se entendan necesarios para que a notificación se considere como válida ou, por último, que se autoimpoñan regras máis exixentes de transparencia e publicidade sobre os algoritmos que empregan para a toma de decisións automatizadas, estendendo a estes moitas das garantías propias das normas regulamentarias. Todas estas medidas poden pórse en marcha sen problemas en uso da autonomía local, pois non supoñen senón extremar garantías máis alá das normas básicas do procedemento, e suporían substanciais melloras respecto destas. Ademais, establecerían unha pauta de maior rigor e exixencia que

podería axudar á mellora da propia lexislación básica. En definitiva, en emprego da autonomía constitucionalmente consagrada de que gozan os entes locais, poderíanse así paliar algunhas das máis perniciosas consecuencias da reforma de 2015 pondo en valor a acción dos municipios e deixando clara a súa capacidade de actuación non só de maneira eficaz, senón comprometida cun modelo de actuación dos poderes públicos moito máis garantista e avanzado.

## Bibliografía

- ACUÑA CAMPOS, C. (dir.), *Comentarios a la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*, El Consultor de los Ayuntamientos–Wolters Kluwer, Madrid, 2017.
- ALAMILLO DOMINGO, I., “La identificación y la autenticación por medios electrónicos”, Almeida Cerredá, M., e Míguez Macho, L. (dirs.), *La actualización de la Administración electrónica*, Andavira, Santiago de Compostela, 2016, pp. 107–173.
- ALAMILLO DOMINGO, I., “Identidad y firma electrónica: nociones técnicas y marco jurídico general. Identificación y autenticación de los ciudadanos”, Gamero Casado, E. (dir.), e Fernández Ramos, S., e Valero Torrijos, J. (coords.), *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- ALONSO MAS, M. J., “Competencias locales en la reforma de 2013 y sus puntos de fricción con las normas autonómicas”, Boix Palop, A., e De la Encarnación, A. M. (coords.), *Los retos del gobierno local tras la reforma de 2013*, Thomson–Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, M., “Organización y funcionamiento de la Administración General del Estado y del sector público institucional en la Ley 40/2015”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 63, 2016.
- AMOEDO–SOUTO, C. A., e CUTRÍN DOMÍNGUEZ, M., “El impacto de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, en la gestión directa de servicios públicos locales a través de medios propios”, *Revista de Administración Pública*, n. 210, 2019. DOI: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.210.14> (11 de xaneiro de 2020).
- AMOEDO–SOUTO, C. A., “La regulación de los encargos a medios propios en la LCSP. Un balance provisional”, *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, n. 159, 2019.
- ARROYO JIMÉNEZ, L., “Participación electrónica y elaboración de normas administrativas en España y en los Estados Unidos de América”, Martín Delgado, I. (dir.), *La reforma de la Administración electrónica. Una oportunidad para la renovación del Derecho*, INAP, Madrid, 2016.
- BAÑO LEÓN, J. M., “La reforma del procedimiento. Viejos problemas no resueltos y nuevos problemas no tratados”, *Documentación Administrativa*, n. 2 nueva época, 2015. DOI [10.24965/da.voi2.10259](https://doi.org/10.24965/da.voi2.10259) (15 de xaneiro de 2020).
- BAÑO LEÓN, J. M., “Los excesos de la llamada autotutela administrativa”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 181, 2016.



- BETANCOR RODRÍGUEZ, A., “Transparencia y buen gobierno”, López Benítez, M., Fuentetaja Pastor, J. A., e Rodríguez-Campos González, S. (coords.), *Las reformas administrativas de la crisis*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017.
- BOIX PALOP, A., “Sentido y orientación de la Ley 27/2013, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local: autonomía local, recentralización y provisión de servicios públicos locales”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n. 2 nueva época, 2014. DOI 10.24965/real.v0i2.10199 (10 de xaneiro de 2020).
- BOIX PALOP, A., “Encuadre jurídico y constitucional de la reforma local de 2013 y esbozo de los problemas todavía pendientes”, Boix Palop, A. y De la Encarnación, A.M. (coords.), *Los retos del gobierno local tras la reforma de 2013*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- BOIX PALOP, A., *Las potestades administrativas de inspección y su expansión al amparo de razones de seguridad frente a los derechos fundamentales*, 2016.
- BOIX PALOP, A., “La participación electrónica como mecanismo para la mejora de la calidad normativa en la elaboración de reglamentos y otras disposiciones tras la reforma administrativa de 2015”, Martín Delgado, I. (dir.), *La reforma de la Administración electrónica. Una oportunidad para la renovación del Derecho*, INAP, Madrid, 2016.
- BOIX PALOP, A., “La europeización del Derecho administrativo español”, Martín Delgado, I., Almeida Cerredá, M., e Di Lascio, F. (coords.), *La europeización del Derecho administrativo: una evolución desde el ordenamiento español*, Andavira, Santiago de Compostela, 2017.
- BOIX PALOP, A., “El régimen local tras el fracaso de la reforma de 2013”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 68, 2017.
- BOIX PALOP, A., “El Decret-llei 14/2019 i la mordassa digital”, *Blog de la Revista Catalana de Dret Públic*. <https://eapc-rcdp.blog.gencat.cat/2019/12/18/el-decret-llei-14-2019-i-la-mordassa-digital-andres-boix-palop/> (9 de xaneiro de 2020).
- BOIX PALOP, A., “Los algoritmos son reglamentos: la necesidad de extender las garantías propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la Administración para la adopción de decisiones”, *Teoría y método. Revista de Derecho Público*, n. 1, 2020.
- BOIX PALOP, A., e DE LA ENCARNACIÓN, A. M. (coords.), *Los retos del gobierno local tras la reforma de 2013*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- BOIX PALOP, A., e GIMENO FERNÁNDEZ, G., *La mejora de la calidad normativa*, PUV, Valencia, 2019.
- BUSTOS PRETEL, G., “Comentario al artículo 14”, Acuña Campos, C. (dir.), *Comentarios a la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*, El Consultor de los Ayuntamientos-Wolters Kluwer, Madrid, 2017.
- BYGRAVE, L. A., “Minding the Machine v2.0. The EU General Protection Regulation and Automated Decision-Making”, Yeung, K., e Lodge, M. (dir.), *Algorithmic Regulation*, Oxford University Press, Oxford, 2019.



- CANALS I AMETLLER, D., “L’avaluació de la qualitat normativa: primers passos, primers instruments”, *Col·lecció Papers de relacions Govern-Parlament*, 2008.
- CARRILLO DONAIRE, J.A., e NAVARRO RODRÍGUEZ, P. (coords.), *La Reforma del Régimen Jurídico de la Administración Local*, El Consultor de los Ayuntamientos-Wolters Kluwer, Madrid, 2014.
- COGLIANESE, C., e LEHR, D., “Regulating by Robot: Administrative Decision Making in the Machine Learning Era”, *Penn Faculty Scholarship 1734*, 2017.
- COTINO HUESO, L., “Derechos de los ciudadanos”, Gamero Casado, E., e Valero Torrijos, J. (coords.), *La Ley de Administración Electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008.
- COTINO HUESO, L., “El derecho y deber de relacionarse por medios electrónicos (art. 114 LPAC): asistencia en el uso de medios electrónicos a los interesados (art. 12 LPAC)”, Gamero Casado, E. (dir.), e Fernández Ramos, S., e Valero Torrijos, J. (coords.), *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- COTINO HUESO, L., “Algunas propuestas de mejora de la normativa del derecho de acceso a la información”, *Dilemata*, n. 27, 2018.
- COTINO HUESO, L., “Criterios relevante e innovadores del Consejo de Transparencia de la Comunidad Valenciana”, *Revista española de la transparencia*, n. 9, 2019.
- COTINO HUESO, L., “Riesgos e impactos del Big Data, la inteligencia artificial y la robótica: enfoques, modelos y principios de la respuesta del derecho”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 50, 2019.
- DALY, P., “Artificial Administration: Administrative Law in the Age of Machines”, *SSRN Working Paper*, 2019.
- DE LA CUEVA, J., “Código fuente, algoritmos y fuentes del Derecho”, *El Notario del siglo XXI*, n. 77, 2018.
- DÍAZ GONZÁLEZ, G.M., “Las competencias exclusivas del Estado ex art. 149.1.18.<sup>a</sup> de la Constitución y la disciplina de la producción normativa. Sobre la inconstitucionalidad parcial de la Ley 39/2015, de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (STC 55/2018, de 24 de mayo)”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n. 10 nueva época, 2018. DOI 10.24965/real.v0i10.10562 (8 de xaneiro de 2020).
- DOMÉNECH PASCUAL, G., “¿Mejor antes o después? Controles públicos previos “versus” controles públicos posteriores”, *Papeles de Economía Española*, n. 151, 2017.
- ECHÁNIZ SANS, J., *Los gobiernos locales después de la crisis*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2019.
- EMBID IRUJO, A., *La constitucionalización de la crisis económica*, Iustel, Madrid, 2012.
- FERNÁNDEZ LLERA, R. “Sostenibilidad financiera más allá de las leyes”, Campos Acuña, C., e Fernández Llera, R. (coords.), *III Informe Red Localis. Retos de las entidades locales ante la transformación digital de la gestión pública*, Wolters Kluwer, 2019, pp. 319-337.

regap



ESTUDIOS

- FERNÁNDEZ LLERA, R., e MORÁN MÉNDEZ, E., “Presupuestos, cuentas y control externo del sector público local”, *Presupuesto y Gasto Público*, n. 89 (4/2017), 2017.
- FERNÁNDEZ-FIGUEROA GUERRERO, F., “Las diputaciones provinciales y los Gobiernos locales intermedios en la reforma local”, Santamaría Pastor, J. A. (coord.), *La reforma del régimen local español*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2014.
- FONDEVILA ANTOLÍN, J., “Reflexiones a propósito de la STC 55/2018. Un limitado respiro ante el acoso recentralizador en la implementación de la e-administración”, *Revista Aranzadi de Derecho y nuevas tecnologías*, n. 49, 2019.
- GAMERO CASADO, E. (dir.), e FERNÁNDEZ RAMOS, S., e VALERO TORRIJOS, J. (coords.), *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- GARCÍA ROCA, F. J., EMBID IRUJO, A., ESTEVE PARDO, J., BAÑO LEÓN, J. M., e MENÉNDEZ, A. J., “Los efectos de la crisis económica sobre las instituciones públicas”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 43, 2014.
- GAMERO CASADO, E., *Notificaciones telemáticas*, Bosch, Barcelona, 2005.
- GRACIA RETORTILLO, R., “Las provincias”, Almeida Cerredá, M., Tubertini, C., e Costa Gonçáives, P., *La racionalización de la organización administrativa local: las experiencias española, italiana y portuguesa*, Civitas Thomson-Reuters, 2015, pp. 175-228.
- GUICHOT REINA, E., *Transparencia y acceso a la información en el Derecho europeo*, Cuadernos Universitarios de Derecho Administrativo, Sevilla, 2011.
- GUICHOT REINA, E., “El Anteproyecto de Ley de Transparencia”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 30, 2012.
- GUICHOT REINA, E. (coord.), *Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*, Tecnos, Madrid, 2014.
- GUICHOT REINA, E., “El derecho de acceso a la información pública”, Gamero Casado, E. (dir.), e Fernández Ramos, S., e Valero Torrijos, J. (coords.), *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- HERNANDO RYDINGS, M., “Las mancomunidades y los consorcios”, Almeida Cerredá, M., Tubertini, C., e Costa Gonçáives, P., *La racionalización de la organización administrativa local: las experiencias española, italiana y portuguesa*, Civitas Thomson-Reuters, 2015, pp. 139-174.
- HERRERO POMBO, C., “Comentario a la Disposición Adicional Séptima”, Acuña Campos, C. (dir.), *Comentarios a la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*, El Consultor de los Ayuntamientos-Wolters Kluwer, Madrid, 2017.
- HUERGO LORA, A., “Las leyes 39 y 40/2015. Su ámbito de aplicación y la regulación de los actos administrativos”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 63, 2016.
- JIMÉNEZ BIDÓN, P. M., “Innecesariedad para la validez de la notificación por Lexnet del aviso previo de la misma (análisis de la Sentencia de 17 de xaneiro de 2019 del

- Tribunal Constitucional)”, *Noticias Jurídicas*, 2019. <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/13951-innecesariedad-para-la-validez-de-la-notificacion-por-lexnet-del-aviso-previo-de-la-misma-analisis-de-la-sentencia-de-17-de-enero-de-2019-del-tribunal-constitucional/> (11 de xaneiro de 2020).
- LESSIG, L., *Code version 2.0*, Basic books, 2006.
- MARTÍN DELGADO, I., “La reforma de la Administración electrónica”, Velasco Caballero, F. (coord.), *Régimen Jurídico y procedimiento administrativo de los gobiernos locales*, Instituto de Derecho Local UAM, 2016, pp. 243-285.
- MARTÍN DELGADO, I., “Ejecutividad y eficacia de los actos administrativos: las notificaciones administrativas”, Gamero Casado, E. (dir.), e Fernández Ramos, S., e Valero Torrijos, J. (coords.), *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- MEDINAALCOZ, L., “La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas a la luz de las sentencias constitucionales sobre la reforma local de 2013”, *Anuario del Gobierno Local*, n. 1, 2015.
- MENÉNDEZ, A. J., “¿Qué queda de la soberanía nacional y del Estado social y democrático de Derecho europeo tras la crisis?”, Martín Patino, J. M., e Giménez Romero, C. (coords.), *Informe España 2014. Una interpretación de su realidad social*, Fundación Encuentro, Madrid 2014. [https://www.fund-encuentro.org/informe\\_espana/indiceinforme.php?id=IE21](https://www.fund-encuentro.org/informe_espana/indiceinforme.php?id=IE21) (7 de xaneiro de 2020).
- MENÉNDEZ ALONSO, J. M., “La elaboración de ordenanzas y reglamentos con la Ley 39/2015 del procedimiento administrativo común: problemática local”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, n. 22, 2016. <https://elconsultor.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAiNjSwNTU7Wy1KLizPw8WyMDQzNDQoMDkEBmWqVLfnJIZUGqbVpiTnEqAMaimRo1AAAAWKE> (12 de xaneiro de 2020).
- MESTRE DELGADO, J. F., *El derecho de acceso a archivos y registros (análisis del artículo 105 b de la Constitución)*, Civitas, Madrid, 1993.
- MÍGUEZ MACHO, L., “Las notificaciones electrónicas”, Almeida Cerrada, M., e Míguez Macho, L. (dirs.), *La actualización de la Administración electrónica*, Andavira, Santiago de Compostela, 2016.
- MUÑOZ MACHADO, S., “Las regulaciones por silencio. Cambio de paradigma en la intervención administrativa en los mercados”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 9, 2010.
- NIEVA FENOLL, J., *Inteligencia artificial y proceso judicial*, Marcial Pons, Madrid, 2018.
- NOGUEIRA LÓPEZ, A., “La administración comprobadora. Defensa de los intereses generales y desarrollo de las garantías de los ciudadanos”, Arias Martínez, M. A., Almeida Cerrada, M., e Nogueira López, A. (dirs.), *La termita Bolkenstein: mercado único vs. Derechos ciudadanos*, Thomson-Reuters Civitas, Madrid, 2012.
- PALMA ORTIGOSA, A., “Decisiones automatizadas en el RGPD. El uso de algoritmos en el contexto de la protección de datos”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 50, 2019.

- PAREJO ALFONSO, L., “La autonomía local en la Constitución española”, Muñoz Machado, S. (dir.), *Tratado de Derecho Municipal*, Tomo I, 3.<sup>a</sup> ed., Iustel, Madrid.
- PEREIRO CÁRCELES, M., “La utilización del *blockchain* en los procedimientos de concurrencia competitiva”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 50, 2019.
- PONCE SOLÉ, J., “La calidad en el desarrollo de la discrecionalidad reglamentaria: teorías sobre la regulación y adopción de buenas decisiones normativas por los Gobiernos y Administraciones”, *Revista de Administración Pública*, n. 163, 2003.
- PONCE SOLÉ, J., “Inteligencia artificial, Derecho administrativo y reserva de humanidad: algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnológico”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 50, 2019.
- REGO BLANCO, M. D., “Registros, comunicaciones y notificaciones electrónicas”, Gamero Casado, E., e Valero Torrijos, J. (coords.), *La Ley de Administración Electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008.
- SANTIAGO IGLESIAS, D., “Las sociedades municipales”, Almeida Cerredá, M., Tubertini, C., e Costa Gonçalves, P., *La racionalización de la organización administrativa local: las experiencias española, italiana y portuguesa*, Civitas Thomson-Reuters, 2015, pp. 229-272.
- SCANTAMBURLO, T., CHARLESWORTH, A., e CRISTINIANI, N., “Machine Decisions and Human Consequences”, Yeung, K., e Lodge, M. (dir.), *Algorithmic Regulation*, Oxford University Press, Oxford, 2019.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (coord.), *La reforma del régimen local español*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2014.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A., “Los proyectos de ley del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas y de régimen jurídico del sector público: una primera evaluación”, *Documentación Administrativa*, n. 2 nueva época, 2015. DOI: <https://doi.org/10.24965/da.voi2.10258> (10 de xaneiro de 2020).
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A., “Un nuevo modelo de ejercicio de las potestades normativas”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 175, 2016.
- TEJEDOR BIELSA, J., “El desarrollo autonómico de la reforma local de 2013. Entre la rebelión y el pragmatismo”, Boix Palop, A., e De la Encarnación, A.M. (coords.), *Los retos del gobierno local tras la reforma de 2013*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- TERRÓN SANTOS, D., “La racionalización técnica en la contratación pública como alternativa a los contratos menores”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 196, 2019.
- VALERO TORRIJOS, J., *Innovación tecnológica e innovación administrativa*, Ponencia Seminario de Teoría y Método del Derecho Público, 2016.
- VELASCO CABALLERO, F., “Títulos competenciales y garantía constitucional de la autonomía local en la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”, Santamaría Pastor, J. A. (coord.), *La reforma del régimen local español*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2014.

- VELASCO CABALLERO, F., “Desarrollos autonómicos de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”, *Anuario de Derecho Municipal 2014*, Marcial Pons-UAM, Madrid, 2014.
- VELASCO CABALLERO, F. (coord.), *Régimen jurídico y procedimiento administrativo de los gobiernos locales. La aplicación a las entidades locales de las Leyes 39/2015 y 40/2015, de 1 de octubre*, UAM-Instituto de Derecho Local, Madrid, 2016.
- VILLAR ROJAS, F., “El principio de sostenibilidad y las Administraciones Públicas”, López Benítez, M., Fuentetaja Pastor, J.A., e Rodríguez-Campos González, S. (coords.), *Las reformas administrativas de la crisis*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

Regap



ESTUDIOS



# Responsabilidade patrimonial das administracións públicas cando actúan a través de suxeitos privados. Especial referencia aos contratistas e aos concesionarios

Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas cuando actúan a través de sujetos privados. Especial referencia a los contratistas y a los concesionarios

Liability of public administration when it acts through private subjects. Special reference to contractors and concessionaires

58 Regap

Regap



ESTUDIOS

MARÍA DOLORES RIVERA FRADE

Maxistrada da Sala do Contencioso-Administrativo  
Tribunal Superior de Xustiza de Galicia  
mdriverafrade@gmail.com

Recibido: 20/11/2019 | Aceptado: 19/12/2019

DOI: <https://doi.org/10.36402/10.36402/regap.v1i58.55>

**Resumo:** O réxime de responsabilidade patrimonial das administracións públicas cando actúan a través de suxeitos privados ofrece varias peculiaridades. Este traballo trata de darlles resposta ás preguntas que se pode facer o prexudicado nestes casos, como a quen se debe atribuír a responsabilidade, ante quen se debe presentar a reclamación, a través de que procedemento se vai tramitar e as distintas posibilidades que se ofrecen unha vez que remata o procedemento ou transcorre o prazo para resolvelo. No ámbito xudicial trátanse distintas cuestións que seguen xerando dúbidas: papel do contratista, concesionario e aseguradora no procedemento, a prescrición da acción ou a execución das sentenzas que condenan un suxeito privado.

**Palabras clave:** Responsabilidade patrimonial, Administración pública, leis 39/2015 e 40/2015, suxeitos privados, contratistas, concesionarios, aseguradora, procedemento administrativo, competencia xurisdiccional.

<sup>1</sup> A epígrafe I deste traballo contén partes que pertencen ao traballo "La responsabilidad patrimonial de la administración pública en las leyes 39/2015 y 40/2015"; que forma parte de la obra colectiva *Los retos actuales del derecho administrativo en el Estado autonómico*, Estudos en homenaxe ao profesor José Luis Carro Fernández-Valmayor, publicada en Dialnet no ano 2017, ISBN 978-84-948634-5-5.



**Resumen:** El régimen de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas cuando actúan a través de sujetos privados ofrece varias peculiaridades. Este trabajo trata de dar respuesta a las preguntas que se puede hacer el perjudicado en estos casos, como a quién se debe atribuir la responsabilidad, ante quién se debe presentar la reclamación, a través de qué procedimiento se va a tramitar, y las distintas posibilidades que se ofrecen una vez que finaliza el procedimiento o transcurre el plazo para resolverlo. En el ámbito judicial se tratan distintas cuestiones que siguen generando dudas: papel del contratista, concesionario y aseguradora en el procedimiento, la prescripción de la acción, o la ejecución de las sentencias que condenan a un sujeto privado.

**Palabras clave:** Responsabilidad patrimonial, Administración pública, leyes 39/2015 y 40/2015, sujetos privados, contratistas, concesionarios, aseguradora, procedimiento administrativo, competencia jurisdiccional.

**Abstract:** When public administrations acts through private subjects, the liability that is configurable on it presents several peculiarities. The present work tries to answer to questions that people in this cases, who is the responsible subject, where should the claim/appeal be submitted, what is the procedure to process it, and the different possibilities that can choose once the procedure is finished or the time limit to resolve it. In the judicial field, this paper deals with different questions that continue to produce doubts: role of the contractor, concessionaire and insurer in the procedure, the prescription of the action, or the execution of sentences that condemn a private subject.

**Key words:** Liability, Public Administration, private subjects, contractors, concessionaires, insurer, administrative procedure, jurisdictional competence.

**SUMARIO:** 1 Marco normativo. Especial referencia ao ámbito subxectivo das leis 39/2015 e 40/2015. 2 Procedemento administrativo. 2.1 Consideracións xerais. 2.2 Procedemento administrativo cando a Administración actúa a través de contratistas e concesionarios de servizos públicos. Alcance da súa responsabilidade. 3 Competencia xurisdiccional. 4 Procedemento xudicial. 5 Conclusión.

## 1 Marco normativo. Especial referencia ao ámbito subxectivo das leis 39/2015 e 40/2015

No ámbito do estudo da responsabilidade patrimonial das administracións públicas (en diante, AAPP), o marco normativo debe vir encabezado polo artigo 106.2 CE, segundo o cal:

*“Os particulares, nos termos establecidos pola lei, terán dereito a ser indemnizados por toda lesión que sufran en calquera dos seus bens e dereitos, salvo nos casos de forza maior, sempre que a lesión sexa consecuencia do funcionamento dos servizos públicos”.*

E a continuación pola Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público (en diante, LRXSP), cuxo artigo 32 establece que:

*“Os particulares terán dereito a ser indemnizados polas administracións públicas correspondentes, de toda lesión que sufran en calquera dos seus bens e dereitos, sempre que a lesión sexa consecuencia do funcionamento normal ou anormal dos servizos públicos salvo nos casos de forza maior ou de danos que o particular teña o deber xurídico de soportar de acordo coa lei”.*

Esta lei non fixo máis que continuar cunha regulación da responsabilidade patrimonial das AAPP deseñada na lei como unha responsabilidade xeral e directa que entra en xogo sempre que se cumpran os requisitos que exige a norma<sup>2</sup>, e sempre que se siga o procedemento previsto na Lei 39/2015, do 1 de outubro, do procedemento administrativo común das administracións públicas (en diante, LPAC)<sup>3</sup>.

A LRXSP apenas introduciu reformas ou novidades<sup>4</sup> no instituto da responsabilidade patrimonial<sup>5</sup>, o cal foi criticado por algúns autores que viron nesta lei a oportunidade de corrixir carencias da lexislación anterior, e de reducir a inseguridade xurídica e o protagonismo xudicial na aplicación do sistema<sup>6</sup>.

Pero si debemos fixarnos no ámbito subxectivo de ambas as dúas leis, tal como se recolle no artigo 2, pois se a Lei 30/92 no seu artigo 2 tan só se refería ás personificacións xurídico-públicas do sector público<sup>7</sup>, isto é, ás AAPP de base territorial e ás entidades xurídico-públicas que teñen a consideración de AAPP (e non ás personificacións xurídico-privadas do sector público), en cambio as leis LRXSP e LPAC estenden o seu ámbito de aplicación a todo o sector público.

Conforme o disposto no artigo 2, o sector público comprende tanto as AAPP de base territorial (Administración xeral do Estado, as administracións das comunidades autónomas, as entidades que integran a Administración local) como o sector público institucional, e este pola súa vez intégrase, conforme o artigo 2.2, por:

a) Calquera organismo público e entidade de dereito público vinculado ou dependente das AAPP.

b) As entidades de dereito privado vinculadas ou dependentes das AAPP, que quedarán suxeitas ao disposto nas normas desta lei que especificamente se refiran a

<sup>2</sup> Requisitos que coinciden substancialmente cos xa previstos na lei anterior, Lei 30/92, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común.

<sup>3</sup> Un balance sobre o onte e hoxe da responsabilidade patrimonial da Administración recóllese na obra de MARTÍN REBOLLO, L., "Ayer y hoy de la Responsabilidad patrimonial de la Administración: Un balance y tres reflexiones", *Revista de Administración Pública*, n. 150, xaneiro-abril 2000. Na súa esencia, constitúe a versión escrita da conferencia impartida na Facultade de Dereito da Universidade Autónoma de Madrid, o 16 de novembro de 1999, dentro do ciclo organizado polo Anuario da dita Facultade. AFDUAM 4 (2000), pp. 273-316.

<sup>4</sup> Se algunha novidade podemos destacar, son os cambios introducidos na regulación da responsabilidade patrimonial do Estado lexislador polas lesións que sufran os particulares nos seus bens e dereitos derivadas de leis declaradas inconstitucionais ou contrarias ao dereito da Unión Europea. A Comisión Europea decidiu abrirle a España un procedemento de infracción, e o 25 de xaneiro de 2018 envioulle un ditame motivado debido a que as normas deste país incumpren os principios de equivalencia e/ou de efectividade, xa que as actuais disposicións nacionais establecen condicións menos favorables no relativo á responsabilidade por unha infracción da lexislación da UE que pola responsabilidade debida a unha infracción da Constitución española, e porque ademais contén condicións de procedemento que non son acordes coa xurisprudencia consolidada do Tribunal de Xustiza da UE, facendo que sexa excesivamente difícil comprometer a responsabilidade do Estado por unha infracción da lexislación da UE, o que ten unha repercusión negativa na efectividade do dereito da UE.

<sup>5</sup> Sobre a responsabilidade das administracións públicas tras a nova Lei de réxime xurídico do sector público, pode lerse a obra de GARCÍA RUBIO, F., e FUENTES I GASÓ, R., *La responsabilidad de las Administraciones Públicas tras la nueva Ley de Régimen Jurídico del Sector Público. Cuatro estudios*, Colección: Derecho y Administración, Atelier, Barcelona, 2017.

<sup>6</sup> PIZARRO NEVADO, R., "Disposiciones generales, principios de actuación y funcionamiento del sector público", Gonsálbez Pequeño, H. (dir.), *El nuevo régimen jurídico del sector público*, El consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2016, p. 102.

<sup>7</sup> O artigo 2 (Ámbito de aplicación) establecía que: " 1. *Enténdese para os efectos desta lei por administracións públicas: a) A Administración xeral do Estado, b) As administracións das comunidades autónomas, c) As entidades que integran a Administración local. 2. As entidades de dereito público con personalidade xurídica propia vinculadas ou dependentes de calquera das administracións públicas terán así mesmo a consideración de Administración pública. Estas entidades suxeitarán a súa actividade á presente lei cando exerzan potestades administrativas, someténdose no resto da súa actividade ao que dispoñan as súas normas de creación*".

estas, en particular aos principios previstos no artigo 3 e, en todo caso, cando exerzan potestades administrativas.

c) As universidades públicas, que se rexerán pola súa normativa específica e supletoriamente polas previsións das leis 39/2015 e 40/2015.

Isto significa que toda reclamación de responsabilidade patrimonial que se presente fronte a estas administracións, e fronte a todas estas entidades, aínda que entre estas últimas algunhas sexan personificacións de dereito privado, sempre que actúen en exercicio de potestades públicas, se tramitará polas canles previstas na LPAC. E os actos que poñan fin a estes procedementos terán a consideración de actos administrativos suxeitos ao control da xurisdición contencioso-administrativa (artigos 1 e 2 e) da Lei 29/1998, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa, en diante LXCA).

No caso das entidades de dereito privado vinculadas ou dependentes das AAPP –personificacións xurídico-privadas do sector público, como son as sociedades públicas mercantís ou as fundacións públicas–, quedan sometidas ás normas da LPAC cando estas normas se refiran especificamente a elas e, en todo caso, cando exerzan potestades administrativas.

Non deixa de chamar a atención esta última previsión legal –que se repite no artigo 2.2 b) da LRXSP–, tendo en conta que o lexislador sempre quixo evitar a atribución de potestades públicas ás personificacións xurídico-privadas do sector público. E a xustificación presentábase sinxela: non teñen a consideración de Administración pública. O seu persoal é laboral e, conforme o disposto no artigo 9.2 do Real decreto lexislativo 5/2015, do 30 de outubro, polo que se aproba o Texto refundido da Lei do Estatuto básico do empregado público, o exercicio das funcións que impliquen a participación directa ou indirecta no exercicio das potestades públicas correspóndelles exclusivamente aos funcionarios públicos.

A disposición adicional duodécima da Lei 6/1997, do 14 de abril, de organización e funcionamento da Administración xeral do Estado (derrogada pola LRXSP), dispuña que:

*“As sociedades mercantís estatais (...) en ningún caso poderán dispoñer de facultades que impliquen o exercicio de autoridade pública”*. Do mesmo modo, a Lei 50/2002, do 26 de decembro, de fundacións, dispuña no seu artigo 46 (derrogado pola LRXSP) que *“As fundacións do sector público estatal (...) no poderán exercer potestades públicas”*.

No ámbito autonómico galego, a Lei 16/2010, do 17 de decembro, de organización e funcionamento da Administración xeral e do sector público autonómico de Galicia, no seu artigo 103.2, dispón que *“as sociedades mercantís autonómicas en ningún caso disporán de facultades que impliquen o exercicio de potestades administrativas”*; e o artigo 115.1 que *“as fundacións do sector público da Comunidade Autónoma non poderán exercer potestades públicas”*.

Non obstante, coas leis LRXSP e LPAC experimentábase o proceso inverso ao fenómeno que coñecemos como de fuxida do dereito administrativo, o cal veu caracterizando esta rama do ordenamento xurídico durante a segunda metade do século XX.

Unha manifestación deste proceso inverso atopámola igualmente na LRXSP, cuxo artigo 113, ao regular o réxime xurídico das sociedades mercantís estatais, establece

que “en ningún caso poderán dispor de facultades que impliquen o exercicio de autoridade pública, *sen prexuízo de que excepcionalmente a lei lle poida atribuír o exercicio de potestades administrativas*”<sup>8</sup>.

Respecto das universidades públicas, aínda que non se inclúan no apartado 3 do artigo 2 da LPAC (consideración de administracións públicas), o que non merece discusión ningunha é que se trata de institucións públicas creadas polos órganos lexislativos, dotadas de personalidade xurídica, e que prestan un servizo público, aínda que desenvolvan as súas funcións en réxime de autonomía (Lei orgánica 6/2001, do 21 de decembro, de universidades, en diante LOU). E, de conformidade co disposto no artigo 6.4 da LOU, as resolucións do reitor e os acordos do consello social, do consello de goberno e do claustro universitario, esgotan a vía administrativa e serán impugnables directamente ante a xurisdición contencioso-administrativa, de acordo co establecido na Lei 30/1992 (referencia que debe entenderse realizada á LPAC de conformidade co disposto na disposición derradeira cuarta).

Podemos recordar, respecto das corporacións de dereito público, que, aínda sendo asociacións de base privada que actúan en defensa de intereses profesionais e económicos comúns, se lles encomendan determinadas funcións públicas, de maneira que, se no exercicio desas funcións causan danos, a responsabilidade patrimonial se exixirá polas canles previstas na LPAC, e a resolución que poña fin a este procedemento será fiscalizable pola xurisdición contencioso-administrativa<sup>9</sup>.

Regap



ESTUDOS

## 2 Procedemento administrativo

### 2.1 Consideracións xerais

O artigo 14.2.3<sup>10</sup> da derrogada Lei 30/92 demandaba unha colaboración regulamentaria para regular tanto o procedemento xeral para a determinación da responsabilidade patrimonial como o procedemento abreviado.

Nin a LRXSP nin a LPAC conteñen unha previsión semellante, pois esta última xa recolle as especialidades procedementais no seo do procedemento administrativo común para a existencia da dita responsabilidade, e encárgase tamén de regular o procedemento abreviado<sup>11</sup>.

Mesmo a LRXSP, no seu artigo 32.9, se remite á LPAC en canto ao procedemento para determinar a responsabilidade das AAPP polos danos e perdas causados a terceiros durante a execución de contratos cando sexan consecuencia dunha orde inmediata e directa da Administración ou dos vicios do proxecto elaborado por ela mesma.

<sup>8</sup> Francisco Velasco denomínoa proceso de readministrativización das entidades privadas vinculadas ou dependentes, no blog do Instituto de Dereito Local da Universidade Autónoma de Madrid, [www.idluam.org](http://www.idluam.org).

<sup>9</sup> Artigo 2 c) da LXCA.

<sup>10</sup> “Para a determinación da responsabilidade patrimonial establecerase regulamentariamente un procedemento xeral con inclusión dun procedemento abreviado (...)”.

<sup>11</sup> Capítulo VI “Da tramitación simplificada do procedemento administrativo común”, artigo 96.

Agora ben, con tales previsións legais non queda esgotada toda a regulación da responsabilidade patrimonial<sup>12</sup>. A disposición derradeira décimo quinta da LPAC faculta o Consello de Ministros e os ministros de Presidencia e de Facenda e Administracións Públicas, no ámbito das súas competencias, para ditar cantas disposicións regulamentarias sexan necesarias para o seu desenvolvemento.

O procedemento regulado na LPAC, coas especialidades propias do procedemento de exixencia da responsabilidade patrimonial é o que debe tramitar a Administración, ben actúe sometida ao dereito administrativo, ben o faga nas súas relacións de dereito privado, e ben actúe directamente ou a través dunha entidade de dereito privado.

O artigo 35 (responsabilidade de dereito privado) establece que:

*“Cando as administracións públicas actúen, directamente ou a través dunha entidade de dereito privado, en relacións desta natureza, a súa responsabilidade exixirase de conformidade co previsto nos artigos 32 e seguintes, mesmo cando concorra con suxeitos de dereito privado ou a responsabilidade se lle exixa directamente á entidade de dereito privado a través da cal actúe a Administración ou á entidade que cubra a súa responsabilidade”.*

Este precepto non representa ningunha novidade respecto da normativa anterior, pois mantén o réxime de responsabilidade que xa se recollía no artigo 144 da derrogada Lei 30/92, na redacción dada pola Lei 4/1999<sup>13</sup>.

Así, ben actúen as AAPP directamente, ben o fagan a través dunha entidade de dereito privado (en réxime de contratación ou de concesión administrativa), a responsabilidade exixirase de conformidade co previsto nos artigos 32 e seguintes da LRXSP.

Polo tanto, unha vez presentada a reclamación de responsabilidade patrimonial, o procedemento tramitarase polas canles previstas na LPAC, e resolverase conforme os principios previstos na LRXSP.

O artigo 35 da LRXSP representa unha manifestación do carácter directo da responsabilidade das AAPP que se recolle no artigo 36 cando di que:

*“1. Para facer efectiva a responsabilidade patrimonial a que se refire esta lei, os particulares exixirán directamente á Administración pública correspondente as indemnizacións polos danos e perdas causados polas autoridades e persoal ao seu servizo.*

*A Administración correspondente, cando tivera indemnizado os lesionados, exixirá de oficio en vía administrativa das súas autoridades e demais persoal ao seu servizo a responsabilidade en que incorresen por dolo, ou culpa ou negligencia graves, logo de instrución de correspondente procedemento”.*

<sup>12</sup> CABO OLVERA, T., *El procedimiento para la exigencia de responsabilidad patrimonial a las Administraciones Públicas. Ley 39/2015 y Ley 40/2015. Normativa, jurisprudencia, doctrina y formularios*, Bosch, Barcelona, 2019.

<sup>13</sup> O artigo 144 (Responsabilidade de dereito privado) establecía que: *“Cando as administracións públicas actúen en relacións de dereito privado, responderán directamente dos danos e perdas causados polo persoal que se atope ao seu servizo, considerándose a actuación do mesmo acto propio da Administración baixo cuxo servizo se atope. A responsabilidade exixirase de conformidade co previsto nos artigos 139 e seguintes desta lei”.*

Só que o artigo 36 se refire á exigencia da responsabilidade patrimonial cando as AAPP actúen a través das súas autoridades e do persoal ao seu servizo, e en relacións suxeitas ao dereito administrativo<sup>14</sup>; e o artigo anterior refírese á exigencia da responsabilidade patrimonial cando as AAPP actúen en relacións de dereito privado, ben directamente ou a través de suxeitos privados, pero en ambos os dous casos o procedemento de exigencia de responsabilidade patrimonial vai ser o mesmo: o previsto na LCAP<sup>15</sup>.

No ámbito autonómico galego, o artigo 37.2 da Lei 1/2015, do 1 de abril, de garantía da calidade dos servizos públicos e da boa Administración (en diante Lei galega 1/2015), establece que:

*“Nos casos de xestión directa do servizo a través doutras entidades instrumentais do sector público diferentes das expresadas no apartado anterior (en alusión aos prestados a través de entidades privadas instrumentais) e nos casos de xestión indirecta do servizo, as relacións das persoas usuarias co prestador do servizo terán natureza xurídico-privada (...).”*

Malia dotar estas relacións dunha natureza xurídico-privada, a lei galega somete ao dereito administrativo –como o fai agora o artigo 35 da LRXSP– o réxime de responsabilidade derivada da prestación dos servizos públicos.

O artigo 40.1 da Lei galega 1/2015 permítelle ao usuario dirixir directamente a súa reclamación á Administración autonómica titular do servizo público, de acordo co establecido na lexislación básica estatal<sup>16</sup>, sen prexuízo do dereito a reclamar contra o prestador do servizo na vía xurisdiccional que corresponda nos casos en que non se pretenda a exigencia de responsabilidade patrimonial da Administración<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> A Audiencia Nacional na Sentenza do 6 de maio de 2013 (ROX: SAN 2242/2013), recurso: 93/2012, razoa que “*Non existe unha acción de responsabilidade patrimonial fronte ás autoridades e axentes ao servizo da Administración, nin directa nin indirecta, pois a única acción que o ordenamento contempla é a acción directa fronte á Administración pública*”. Tampouco se pode dirixir unha acción desta natureza ante a xurisdición civil, e así a STS do 17 de febreiro de 2006: “*Este sistema de opción (refírese á posibilidade de dirixirse contra a autoridade ou persoal) desapareceu a partir da entrada en vigor da Lei de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común de 1992 (...)*”. E a STC 15/2016, do 1 de febreiro de 2016 (BOE n. 57, do 7 de marzo de 2016), negou lexitimación ao funcionario para ser parte no proceso de responsabilidade obxectiva da Administración por ausencia de interese lexítimo, toda vez que a declaración de responsabilidade da Administración non comporta, automaticamente, beneficio ou prexuízo ningún na súa esfera xurídica. Será nun momento posterior, no do exercicio da acción de regreso, ou no da eventual incoación dun expediente sancionador, onde o demandante poderá formular alegacións, propor e practicar a proba admitida e, se é o caso, recorrer na vía xurisdiccional contencioso-administrativa contra a resolución definitiva e firme que se dite, manténdose así indemnes as súas posibilidades de defensa (FX 2).

<sup>15</sup> O que engade a nova lei é a extensión deste réxime aos casos en que a Administración actúe en relacións de dereito privado. Non a través do persoal ao seu servizo (que tamén, e así se recollía na lei anterior), senón a través dunha entidade de dereito privado, e mesmo cando concorra na produción do dano con suxeitos de dereito privado, ou cando a responsabilidade se exixa directamente á entidade de dereito privado a través da cal actúe a Administración, ou á entidade aseguradora que cubra a súa responsabilidade.

Este último engadido aseméllase ao introducido no artigo 2.e) da LXCA pola LO 19/2003, do 23 de decembro, nun afán de conseguir a unidade xurisdiccional cando se trata de reclamacións de responsabilidade patrimonial das AAPP, calquera que sexa a natureza da actividade ou o tipo de relación da que derive, non podendo ser demandadas por este motivo ante as ordes xurisdicionais civil ou social “mesmo cando na produción do dano concorran con particulares ou contén cun seguro de responsabilidade”.

<sup>16</sup> En referencia á Lei 30/92, e agora ás leis LRXSP e LPAC.

<sup>17</sup> Con esta previsión evítase que o prexudicado acuda á xurisdición contencioso-administrativa demandando unicamente a entidade de dereito privado, que non é Administración pública. E evítase que o prexudicado demande á Administración pública ante a xurisdición civil, o cal non sería posible a teor do disposto no artigo 2 e) da LXCA.

## 2.2 Procedemento administrativo cando a Administración actúa a través de contratistas e concesionarios de servizos públicos. Alcance da súa responsabilidade

No caso particular dos contratistas e concesionarios de servizos públicos<sup>18</sup>, o artigo 32.9 LRXSP é tamén claro en canto ao procedemento a seguir para determinar a responsabilidade das AAPP polos danos e perdas causados a terceiros con motivo da execución dos contratos e da prestación dos servizos públicos. E é, igualmente, o procedemento administrativo regulado na LCAP, coas peculiaridades propias deste tipo de reclamacións.

O artigo 32.9 establece:

*“Seguirase o procedemento previsto na Lei de procedemento administrativo común das administracións públicas para determinar a responsabilidade das administracións públicas polos danos e perdas causados a terceiros durante a execución de contratos cando sexan consecuencia dunha orde inmediata e directa da Administración ou dos vicios do proxecto elaborado por ela mesma sen prexuízo das especialidades que, se é o caso, estableza o Real decreto lexislativo 3/2011, do 14 de novembro, polo que se aproba o Texto refundido da Lei de contratos do sector público”.*

O Real decreto lexislativo 3/2011, do 14 de novembro, foi derrogado e substituído pola Lei 9/2017, do 8 de novembro, de contratos do sector público.

Esta regulación tampouco constitúe unha novidade, pois xa se recollía no Real decreto 429/93, do 26 de marzo, que aprobou o regulamento dos procedementos das AAPP en materia de responsabilidade patrimonial<sup>19</sup>, derrogado pola LCAP.

Para comprobar ata onde alcanza nestes casos a responsabilidade das AAPP<sup>20</sup>, temos que acudir, entón, á lexislación sectorial en materia de contratación pública, e en particular ao artigo 196, que regula a indemnización de danos e perdas causados a terceiros con motivo da execución do contrato<sup>21</sup>.

<sup>18</sup> A responsabilidade patrimonial concorrente das administracións públicas e de suxeitos privados foi obxecto de análise por GARCÍA SANZ, J., “En torno a la Responsabilidad patrimonial concorrente de las Administraciones Públicas y de sujetos privados”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n. 9, 2004. E pola súa parte a responsabilidade patrimonial dos contratistas do sector público foi obxecto de análise por MANTECA VALDELANDE, V., “Reclamación de responsabilidad a las Administraciones Públicas, Responsabilidad patrimonial de los contratistas del sector público”, *Actualidad Administrativa*, n. 8, Sección Práctica Profesional, quincena do 16 ao 30 de abril de 2011, p. 1028, tomo 1, editorial La Ley.

<sup>19</sup> Artigo 1.3 RD 429/1993: “Seguiranse os procedementos previstos nos capítulos II e III deste regulamento para determinar a responsabilidade das administracións públicas polos danos e perdas causados a terceiros durante a execución de contratos, cando sexan consecuencia dunha orde directa e inmediata da Administración ou dos vicios do proxecto elaborado por ela mesma, conforme a lexislación de contratos das administracións públicas, sen prexuízo das especialidades que, se é o caso, a dita lexislación establece. En todo caso darase audiencia ao contratista, notificándolle cantas actuacións se realicen no procedemento, para o efecto de que compareza neste, expoña o que ao seu dereito conveña e propoña cantos medios de proba estime necesarios”.

<sup>20</sup> As regras de distribución da responsabilidade entre a Administración vs. o contratista por HORGUÉ BAENA, C., “La responsabilidad del contratista por daños causados a terceros de los contratos administrativos”, *Revista de Administración Pública*, n. 147, setembro-décembro 1998 (<https://dialnet.unirioja>), e por BOCANEGRA SIERRA, R., “La responsabilidad civil de los concesionarios y contratistas de la Administración por daños causados a terceros”, *Documentación Administrativa*, n. 237-238, 1994 (<https://doi.org/10.24965/da.v0i237-238.5353>).

<sup>21</sup> Con contido equivalente ao artigo 214 de Real decreto lexislativo 3/2011, do 14 de novembro, polo que se aproba o Texto refundido da Lei de contratos do sector público, que regulaba a indemnización de danos e perdas do seguinte xeito: “ 1.



Neste artigo recóllese unha regra xeral e unhas excepcións.

A regra xeral:

*“1. Será obriga do contratista indemnizar todos os danos e perdas que se causen a terceiros como consecuencia das operacións que requira a execución do contrato”.*

E as excepcións:

*“2. Cando tales danos e perdas sexan ocasionados como consecuencia inmediata e directa dunha orde da Administración, será esta responsable dentro dos límites sinalados nas leis. Tamén será a Administración responsable dos danos que se causen a terceiros como consecuencia dos vicios do proxecto no contrato de obras, sen prexuízo da posibilidade de repetir contra o redactor do proxecto de acordo co establecido no artigo 315, ou no contrato de subministración de fabricación”.*

Para os concesionarios dos servizos públicos, o artigo 121.2 LEF establecía que:

*“Nos servizos públicos concedidos correrá a indemnización a cargo do concesionario, salvo no caso en que o dano teña a súa orixe nalgunha cláusula imposta pola Administración ao concesionario e que sexa de ineludible cumprimento para este”.*

No ámbito do réxime local<sup>22</sup>, o artigo 128 do Regulamento de servizos das corporacións locais, Decreto do 17 de xuño de 1955, tamén lle impón ao concesionario que xestione un servizo público de competencia das entidades locais a obriga de indemnizar a terceiros dos danos que lles ocasionase o funcionamento do servizo, salvo que se producisen por actos realizados en cumprimento dunha cláusula imposta pola corporación con carácter ineludible.

A mesma idea de excluír a responsabilidade da Administración cando a lesión nos bens ou dereitos dos particulares se produza a consecuencia do funcionamento dun servizo público concedido a un terceiro recóllese igualmente no artigo 288 c) da Lei 9/2017, que, ao establecer as obrigas xerais do concesionario, inclúe a de *“Indemnizar os danos que se causen a terceiros como consecuencia das operacións que requira o desenvolvemento do servizo, agás cando o dano sexa producido por causas imputables á Administración”*.

En termos semellantes aparece redactado o artigo 50 da Lei galega 1/2015, que, ao regular as obrigas do contratista, establece o seguinte:

*“1. O contratista estará suxeito ás obrigas recollidas na lexislación de contratos públicos e no réxime xurídico do servizo. 2. En particular, estará suxeito ás seguintes obrigas:*

---

*Será obriga do contratista indemnizar todos os danos e perdas que se causen a terceiros como consecuencia das operacións que requira a execución do contrato. 2. Cando tales danos e perdas fosen ocasionados como consecuencia inmediata e directa dunha orde da Administración, será esta responsable dentro dos límites sinalados nas leis. Tamén será a Administración responsable dos danos que se causen a terceiros como consecuencia dos vicios do proxecto elaborado por ela mesma no contrato de obras ou no de subministración de fabricación”.*

<sup>22</sup> Sobre a responsabilidade patrimonial das entidades locais pode lerse a obra do mesmo título de MARTÍN REBOLLO, L., *La responsabilidad patrimonial de las entidades locales*, Colección: Biblioteca de Derecho Municipal, Iustel, Madrid, 2005.

*f) Indemnizar polos danos que se causen a terceiros como consecuencia das operacións que requira o desenvolvemento do servizo, agás cando o dano sexa producido por causas imputables á Administración”.*

Podémonos preguntar a continuación cal pode ser a reacción do cidadán que sufriu un dano, moitas veces descoñecedor de que detrás dunhas obras públicas ou da prestación dun servizo público hai un suxeito privado vinculado á Administración en réxime de contratación ou concesión administrativa.

Como tamén nos podemos preguntar quen debe tramitar o procedemento de existencia de responsabilidade, a través de que canles e como debe finalizar o procedemento.

A resposta a esas preguntas tratamos de dala nos seguintes apartados.

A) Quen debe tramitar o procedemento:

O cidadán que sufriu o dano pode acudir directamente á Administración que crea responsable (titular do servizo público no ámbito do cal se produciu o dano), ou tamén poderá dirixirse fronte ao contratista, ou prestador do servizo público. Pero en ambos os dous casos será a Administración quen deba tramitar o correspondente procedemento de existencia de responsabilidade, para o cal o contratista ou o prestador do servizo estarán obrigado a remitir á Administración as reclamacións de responsabilidade que se poidan presentar ante eles.

Así se recolle no artigo 40 da Lei galega 1/2015, que, ao regular a responsabilidade patrimonial derivada da prestación dos servizos públicos de titularidade autonómica, establece o seguinte:

*“1. As reclamacións de responsabilidade patrimonial que poidan formular as persoas usuarias dos servizos públicos poderán dirixirse directamente á Administración autonómica titular do servizo público, de acordo co establecido na lexislación básica estatal (...)”.*

É máis, a propia lei, querendo reforzar a competencia da Administración na tramitación do procedemento, e querendo buscar unha solución ao incumprimento da obriga que lles atribúe ao contratista e ao concesionario de remitir as reclamacións de responsabilidade patrimonial que lle presentaran directamente as persoas usuarias, establece deseguido que *“O contrato incluírá expresamente esta obriga como obriga esencial, cuxo incumprimento será causa de resolución contractual”.*

Tendo en conta a opción que a lei lle ofrece ao cidadán de presentar a reclamación ben *directamente á Administración ben ante o contratista ou concesionario*, a presentación ante un ou outro interrompe o prazo de prescrición da acción, aínda que o prazo para resolver o procedemento non vai dar comezo senón desde que a reclamación teña entrada no rexistro da Administración ou organismo competente para a súa tramitación (artigo 21.2 b) LCAP).

B) A través de que canles:

O procedemento tramitarase de acordo coas normas procedementais que se recollen na LCAP para este tipo de procedementos (–de *acordo coas normas que regulan a*

*responsabilidade patrimonial da Administración* – di o artigo 40.2 da Lei galega 1/2015), só que engade un trámite de audiencia no artigo 82.5<sup>23</sup>:

*“Nos procedementos de responsabilidade patrimonial aos que se refire o artigo 32.9 da Lei de réxime xurídico do sector público, será necesario en todo caso dar audiencia ao contratista, notificándolle cantas actuacións se realicen no procedemento, para que compareza neste, expoña o que ao seu dereito conveña e propoña cantos medios de proba considere necesarios”.*

O mesmo trámite recóllese na Lei galega 1/2015, cuxo artigo 41 (Intervención do xestor do servizo no expediente de responsabilidade patrimonial) establece que:

*“1. Na tramitación do procedemento de responsabilidade patrimonial nos casos de servizos públicos en réxime de xestión indirecta darase audiencia ao contratista, e notificaránselle cantas actuacións se realicen no procedemento para que compareza nel, expoña o que ao seu dereito conveña e propoña cantos medios de proba considere necesarios”.*

Non obstante, nin esta norma nin as estatais que regulan o réxime xurídico da responsabilidade patrimonial exixen que na tramitación destes procedementos se dea audiencia xa non ás aseguradoras das empresas contratistas ou de prestación de servizos públicos<sup>24</sup>, senón ás compañías aseguradoras da Administración.

Isto non significa que as compañías aseguradoras poidan, e menos aínda deban, quedar á marxe da tramitación do procedemento, pois non se pode negar a súa condición de interesada ao abeiro do disposto no artigo 4.1 da LCAP, desde o momento en que os seus intereses poden resultar afectados pola decisión que se adopte no procedemento, e porque o artigo 16 da Lei 50/1980, do 8 de outubro, de contrato de seguro<sup>25</sup>, impón ao tomador do seguro a obriga de comunicar ao asegurador o acontecemento do sinistro nun prazo máximo de sete días desde que se ten coñecemento deste ou no máis amplo que fixe a póliza.

Cuestión distinta é que na práctica a aseguradora da Administración sexa ou non chamada no procedemento de responsabilidade patrimonial como interesada e compareza ou non nel, e que se lle ofrezan os trámites de audiencia e práctica de proba, e finalmente se lle notifique a resolución. Nos pregos contractuais, e en particular nos pregos de prescricións técnicas para a contratación dos seguros de responsabilidade civil/patrimonial da Administración, non se adoita facer ningunha mención ao

<sup>23</sup> Este trámite xa aparecía recollido no derogado Real decreto 429/1993, no seu artigo 1.3 *“En todo caso darase audiencia ao contratista, notificándolle cantas actuacións se realicen no procedemento, para o efecto de que compareza neste, expoña o que ao seu dereito conveña e propoña cantos medios de proba considere necesarios”.*

<sup>24</sup> Entendo que as cuestións relativas ás pólizas de seguro subscritas con estas compañías para a cobertura da responsabilidade civil que derive da súa actuación representa unha cuestión interna entre asegurador e asegurado, e terán que resolverse entre elas, acudindo, se é o caso, á xurisdición civil.

<sup>25</sup> O artigo 16 LCS establece que *“O tomador do seguro ou o asegurado ou o beneficiario deberán comunicar ao asegurador o acaecemento do sinistro dentro do prazo máximo de sete días de telo coñecido, salvo que se fixara na póliza un prazo máis amplo. En caso de incumprimento, o asegurador poderá reclamar os danos e perdas causados pola falta de declaración. Este efecto non se producirá se se proba que o asegurador tivo coñecemento do sinistro por outro medio. O tomador do seguro ou o asegurado deberá, ademais, darlle ao asegurador toda clase de informacións sobre as circunstancias e consecuencias do sinistro. En caso de violación deste deber, a perda do dereito á indemnización só se producirá no suposto de que tivese concorrido dolo ou culpa grave”.*

respecto, limitándose a indicar aspectos como o obxecto do seguro, as sumas aseguradas, os límites da responsabilidade, o alcance temporal e xeográfico do seguro, os riscos cubertos ou as prestacións do asegurador.

C) Como debe finalizar o procedemento:

C.1) Pronunciamento sobre a cal das partes contratantes lle corresponde a responsabilidade dos danos, e sobre o *quantum* indemnizatorio:

No acordo que poña fin ao procedemento, a Administración deberá decidir (“informar” di a LCSP) a cal das partes contratantes lle corresponde a responsabilidade dos danos.

O artigo 214 do Real decreto legislativo 3/2011 establecía que:

*“3. Os terceiros poderán requirir previamente, dentro do ano seguinte á produción do feito, ao órgano de contratación para que este, oído o contratista, se pronuncie sobre a cal das partes contratantes lle corresponde a responsabilidade dos danos. O exercicio desta facultade interrompe o prazo de prescrición da acción.*

*4. A reclamación daqueles formularase, en todo caso, conforme o procedemento establecido na lexislación aplicable a cada suposto”.*

E o artigo 196.3 da vixente Lei 9/2017 LCSP establece que:

*“Os terceiros poderán requirir previamente, dentro do ano seguinte á produción do feito, ao órgano de contratación para que este, oído o contratista, informe sobre a cal das partes contratantes lle corresponde a responsabilidade dos danos. O exercicio desta facultade interrompe o prazo de prescrición da acción”.*

O contido de ambos os dous preceptos é practicamente idéntico ao que xa se recollía no artigo 97.1 do Real decreto legislativo 2/2000, do 16 de xuño, polo que se aproba o Texto refundido da Lei de contratos das administracións públicas:

*“Os terceiros poderán requirir previamente, dentro do ano seguinte á produción do feito, ao órgano de contratación para que este, oído o contratista, se pronuncie sobre a cal das partes contratantes lle corresponde a responsabilidade dos danos. O exercicio desta facultade interrompe o prazo de prescrición da acción”.*

E antes no artigo 98.1 da Lei 13/95, do 18 de maio, de contratos das administracións públicas, e con similar contido o artigo 92 do Regulamento de contratación das corporacións locais<sup>26</sup>.

Especificamente para os contratos de xestión de servizos públicos, os artigos 123 da Lei de expropiación forzosa e 137 do seu regulamento establecían que:

*“Cando se trate de servizos concedidos, a reclamación dirixirase á Administración que outorgou a concesión, na forma prevista no parágrafo 2 do art. 122, a cal resolverá tanto sobre a procedencia da indemnización como sobre quen debe*

<sup>26</sup> O Regulamento xeral de contratación aprobado polo Decreto 3410/75 mantívose vixente ata que entrou en vigor o Real decreto 1098/2001, do 12 de outubro, que aprobou o novo Regulamento xeral da Lei de contratos das administracións públicas. Así mesmo, mantívose no artigo 198 da Lei 30/2007, do 30 de outubro, de contratos do sector público, e despois no artigo 214 do Real decreto legislativo 3/2011, do 14 de novembro, que aprobou o Texto refundido da Lei de contratos do sector público.

*pagala, de acordo co parágrafo 2 do art. 121. Esta resolución deixará aberta a vía contencioso-administrativa, que poderá utilizar o particular ou o concesionario, se é o caso”.*

Neste contexto normativo pódese afirmar que a lexislación sectorial obriga a Administración, como órgano de contratación ante o que presenta a reclamación o particular, de resolvela e pronunciarse tanto sobre a procedencia da indemnización como sobre quen debe aboala. E se algunha dúbida puidese xerar o cambio de redacción do artigo 196.3 da LCSP, pois abandona o termo pronúnciese” e substitúeo polo de “*informe*”; esta dúbida queda despxada, polo menos no ámbito de actuación da Administración autonómica galega, no artigo 41.2 da Lei 1/2015, ao establecer o seguinte:

*“O procedemento instruírase de acordo coas normas que regulan a responsabilidade patrimonial da Administración e determinará se existe responsabilidade patrimonial da Administración, por ser o dano producido por causas imputables á Administración, ou se existe responsabilidade patrimonial do contratista”.*

Sobre a interpretación que mereceron as normas en materia de contratación pública e, polo tanto, sobre o posicionamento da Administración como órgano de contratación á hora de resolver as reclamacións presentadas polos particulares, o Tribunal Supremo (en diante, TS), na Sentenza do 25 de outubro de 2016 –recurso 2537/2015– (ROX: STS 4625/2016), faise eco do longo e tortuoso percorrido polo que atravesou este réxime e a súa interpretación, levando ao dito tribunal a crear unhas liñas de xurisprudencia non de todo coincidentes, como se deixa constancia na Sentenza do 30 de outubro de 2003 (recurso de casación 3315/1999) e na anterior do 30 de abril de 2001 (recurso de casación 9396/1996).

Fixarémonos entón no que sostén o TS na Sentenza do 25 de outubro de 2016. O TS razoa que:

*“Cando o dano se impute a un concesionario –ou contratista–, de conformidade co establecido nos mencionados preceptos, o prexudicado debe dirixirse contra a Administración titular do servizo e outorgante da concesión; debendo esta, con audiencia de todas as partes afectadas, determinar se a imputación do dano debe realizarse, conforme ese sistema de repartición de responsabilidade, ben ao concesionario ou á Administración”.*

Baseándose niso, podemos concluír que, cando o prexudicado presenta unha reclamación fronte á Administración pública, e detrás da produción do dano está a actuación dun contratista ou dun concesionario, a Administración deberá pronunciarse non só sobre a concorrencia dos requisitos da responsabilidade patrimonial, senón, e para o caso de que concorran estes requisitos, sobre a quen corresponde a responsabilidade, se a ela, se ao contratista/concesionario, ou se a ambas as dúas, e ademais deberá pronunciarse sobre o *quantum* indemnizatorio que corresponda, sen que poida reservalo a un ulterior procedemento.

Regap



ESTUDIOS

Esta obriga aparece reforzada no artigo 41.3 da Lei galega 1/2015, do que debemos destacar a posición de garante que atribúe á Administración, dispoñendo que:

*“Se no procedemento se determina a existencia de responsabilidade patrimonial do contratista, a Administración, como garante da posición das persoas usuarias, en virtude da lei e no uso das súas potestades contractuais, ordenará a aquel o aboamento da indemnización á persoa usuaria e indicarlle un prazo para iso”.*

Así o interpretou o TSXG na Sentenza do 19 de decembro de 2018 (ROX: STSX GAL 5032/2018).

C.2) Execución do acto que pon fin ao procedemento administrativo de declaración de responsabilidade do contratista ou concesionario:

A lei galega ofrece unha solución para conseguir que o acordo que determina a responsabilidade do contratista ou do concesionario se poida executar na propia vía administrativa e pola propia Administración sen que o prexudicado se vexa obrigado a acudir á vía xudicial, ben ante a xurisdición contencioso-administrativa pola vía do artigo 29.2 LXCA (execución de acto firme), ben ante a xurisdición civil fronte ao contratista.

Co obxecto de que a Administración poida acudir aos mecanismos coercitivos propios da execución dos seus actos administrativos, a lei cualifica de créditos de dereito público as cantidades que a Administración recoñeza a favor dos prexudicados, pois deste xeito poderá recadalas en vía executiva (artigos 97 e ss. da LCAP).

Con esta previsión o lexislador galego opta por atribuír á Administración un papel que vai máis alá do papel arbitral en que se cría que actuaban, para converterse nun papel de verdadeiro garante. E mesmo como responsable última do servizo público poderá aboar esas cantidades directamente ao prexudicado sen prexuízo da súa posterior repetición fronte ao contratista.

Así, a Lei galega 1/2015, no seu artigo 41.3 e 4 (Intervención do xestor do servizo no expediente de responsabilidade patrimonial), establece que:

*“En caso de incumprimento da resolución polo contratista, as cantidades determinadas pola Administración no procedemento terán a consideración de crédito de dereito público, para os efectos da súa recadación polo órgano competente da Administración. As cantidades recadadas serán obxecto de entrega á persoa usuaria do servizo prexudicado.*

*Así mesmo, o réxime xurídico do servizo poderá prever o aboamento das cantidades determinadas no procedemento directamente por parte da Administración como responsable última do servizo e a súa posterior exixencia como crédito de dereito público ao contratista.*

*Os pregos dos contratos deberán facer referencia ao previsto neste artigo”.*

C.3) Efectos do incumprimento da obriga da Administración de pronunciarse sobre a cal das partes contratantes corresponde a responsabilidade dos danos:

A cuestión máis polémica xorde en canto aos efectos da pasividade da Administración ante este tipo de reclamacións.

Aquí hai que distinguir dúas situacións, a do silencio administrativo, e a da resolución expresa que denega a reclamación por entender que non concorren os requisitos da responsabilidade patrimonial, pero sen chegar a entrar a analizar a cuestión de fondo, ao non admitir ou desestimar a reclamación baseándose noutras cuestións, como por exemplo a prescrición da acción, a falta de lexitimación activa, etc., sen chegar a pronunciarse sobre a responsabilidade do contratista/concesionario.

Sexa cal sexa o pronunciamento ou os pronunciamentos que se diten, o acto que poña fin ao procedemento de reclamación de responsabilidade patrimonial queda suxeito ao control xudicial, e poderá ser impugnado por quen se entenda prexudicado nos seus intereses, de modo que poderá selo polo reclamante (porque non se recoñecera a responsabilidade patrimonial, ou porque a estimación da reclamación é parcial, ou porque se declara a responsabilidade do contratista/concesionario e o prexudicado quere que o sexa tamén ou en exclusiva a Administración), ou pola empresa contratista/concesionaria, ou por ambas as dúas partes.

Nos casos de silencio, de dirixirse a reclamación en vía xudicial unicamente fronte á Administración, esta non poderá alegar a súa falta de responsabilidade, atribuíndoa ao contratista, pois como xa se pronunciaron os tribunais:

*“Cando a Administración demandada incumpre o disposto e non dá a coñecer o prexudicado, se dos danos por el sufridos debe responder a propia Administración, ou ben a contratista das obras, a teor do art. 98 citado, a Administración non pode exonerarse de responsabilidade, imputándolle a ela o resarcimento dos danos causados”<sup>27</sup>.*

Non se pode descoñecer o corpo de doutrina que se veu formando nesta materia, amplamente aceptada polos tribunais e xulgados do contencioso-administrativo, segundo o cal naqueles casos en que a Administración se limita a declinar a súa responsabilidade nos feitos, sen indicarlle ao prexudicado cal das partes debe responder polos danos causados, esta omisión constitúe motivo suficiente para atribuírlle a responsabilidade polos danos, sen que poida verse exonerada pola aplicación da regra xeral de atribución de responsabilidade prevista na normativa sobre contratación pública, que con carácter xeral lle atribúe a obriga de indemnizar á empresa contratista.

Esta doutrina foi aceptada e asumida pola Sala do Contencioso-Administrativo do TSX de Galicia en sentenzas como a do 4 abril de 2003 (Recurso contencioso-administrativo n. 4561/1999).

Nada exclúe considerar que o artigo 196 da LCSP se refire ás relacións internas entre contratista e Administración, sen que o seu contido se poida invocar fronte ao prexudicado nos casos en que a Administración omitiu un pronunciamento sobre a responsabilidade en atención á repartición da carga indemnizatoria nos termos previstos na mesma norma. Non se pode esquecer, por outra parte, que a Administración posúe a titularidade do servizo e un deber de supervisión do cumprimento do contrato.

A omisión deste pronunciamento supón que, para garantir os dereitos do particular reclamante, se impoña a responsabilidade patrimonial á Administración. A

<sup>27</sup> SAN do 17 de setembro de 2003 e STS do 25 de outubro de 2016.



xurisprudencia establece o principio de que a Administración, titular do servizo público, non pode desentenderse dos danos causados pola actuación da empresa que o xestiona, polo que debe resolver sobre a procedencia da indemnización e sobre quen debe pagala, quedando no caso contrario obrigada a responder. Nos supostos en que a Administración non actúa desa forma (sen pronunciamento de responsabilidade nin de suxeito responsable) o prexudicado pode validamente reclamar xudicialmente da Administración e, se esta resulta condenada, xa repetirá contra o concesionario<sup>28</sup>.

O TS na Sentenza do 30 de marzo de 2009 –recurso 10680/2004– razoou que:

*“En interpretación da norma citada (que era do artigo 97 da Lei de contratos das administracións públicas, 13/95) mesmo cando se refire aos contratos de obra é trasladable “mutatis mutandis” ao suposto agora analizado, a xurisprudencia ten expresado que a natureza netamente obxectiva da responsabilidade patrimonial da Administración lle impide a esta, que actúa na esfera das súas atribucións para satisfacer un servizo público, desprazar esta ao contratista, mero executor material, sen prexuízo da acción de repetición daquela contra este (Sentenzas do 19 de maio de 1987 (RX 1987, 3615) e do 23 de febreiro de 1995 (RX 1995, 1280)), xa que se ben as obras foron adxudicadas a unha empresa contratista, non pode esquecerse que a súa responsabilidade sería subxectiva, mentres que a da Administración é directa e obxectiva, todo iso, insístese, sen que obste a unha posible acción de reintegro que a Administración pode formular fronte ao contratista (sentenzas do 13 de febreiro de 1987 (RX 1987, 2975) e do 27 de decembro de 1989 (RX 1989, 9229), e incluso debe engadirse que cando os poderes públicos non atribuíron ao contratista a responsabilidade na vía administrativa sería contrario a un elemental sentido de xustiza material intentar desviar tal responsabilidade en sede xurisdiccional en prexuízo do administrado, criterio este avalado pola Sentenza do 23 de decembro de 1987 (RX 1987, 9705)”.*

Se se produce unha pasividade da Administración e o cidadán decide acudir á vía xudicial impugnando o que sería unha desestimación presunta por silencio administrativo da súa reclamación, a Administración non pode invocar a regra xeral de responsabilidade do contratista/concesionario.

E, polo tanto, se se demostra a concorrencia dos requisitos da responsabilidade patrimonial (dano, antixuridicidade do dano, funcionamento do servizo público e nexo causal), a Administración terá que responder fronte ao prexudicado, sen prexuízo da acción de repetición fronte ao contratista/concesionario.

Este criterio mantívose vixente en posteriores pronunciamentos do TS, dos que son exemplo os seguintes: STS do 30 de novembro de 2011 –recurso: 5978/2009– (ROX: STS 8708/2011). Nesta sentenza o TS ofrece unha solución aos casos en que se chegue a apreciar unha concorrencia de culpas:

---

<sup>28</sup> Entre outras, sentenzas do 9 de maio de 1989 e do 12 de febreiro de 2000.

*“O Avogado do Estado mantén que a responsabilidade polos feitos que orixina- ron o incendio sería imputable ao contratista encargado da execución das obras, debendo declararse a inadmisibilidade do presente recurso.*

*Pois ben, os recorrentes presentaron reclamación previa á vía xudicial narran- do os feitos e indicando os danos sufridos, non obtendo resposta por parte da Administración recorrida, quen se abstivo de ditar resolución ningunha indicando a existencia de responsabilidade da empresa contratista, limitándose a deixar transcorrer os prazos que posibilitaron que operase o silencio negativo. Como se deduce do artigo 98 da Lei 13/95, de contratos das administracións públicas, e do artigo 134 do Regulamento xeral de contratación, aprobado polo Real de- creto 3410/1975, a reclamación do prexudicado debe dirixirse á Administración contratante, que debe pronunciarse sobre a procedencia da indemnización, a súa contía e a cal das partes contratantes corresponde a responsabilidade dos danos. A Administración, ante a petición formulada polos demandantes, como xa indi- camos, gardou silencio non cumprindo o preceptuado nos artigos anteriormente citados e, aínda que o responsable dos danos fose o contratista, ao non telo así declarado, a responsabilidade, se é o caso, debe asumila a Administración deman- dada, sen prexuízo do seu desprazamento sobre o que realmente sexa responsable, que é quen ten a obriga de soportala, segundo doutrina xurisprudencial reitera- da (STS do 9 de maio de 1989, do 9 de maio de 1995, 8 de xullo de 2000 e 7 de abril de 2001) e mantida na STS do 8 de maio de 2001, ditada nun recurso para unificación de doutrina que casa a sentenza do Tribunal a quo que facía recaer sobre a prexudicada as consecuencias do silencio da Administración contratante, mantendo a doutrina de precedentes sentenzas. Non procedendo, polo tanto, a non-admisión do recurso porque non se dirixise a acción contra o contratista.*

*Noutra orde de cousas, se se tivese producido a concorrencia de culpas dos Concellos afectados polo incendio na produción ou nos seus efectos, como esgrime a Avogacía do Estado, iso determinaría unha minoración na contía da indemnización que se fixase, pero, en ningún caso, a súa consecuencia sería a inadmisibilidade do recurso presentado fronte á Administración para que se determine se existe e en que grao responsabilidade desta”.*

STS do 11 de febreiro de 2013 –recurso: 5518/2010– (ROX: STS 647/2013):

*“En primeiro termo, debe chamarse a atención sobre o tempo empregado pola Administración en efectuar o pronunciamento sobre a responsabilidade do con- tratista, pois a reclamación da indemnización polos danos presentouse fronte á Administración que o interesado considerou responsable do mantemento e conser- vación da autovía, a Consellería de Obras Públicas e Transportes, o 26 de xaneiro de 1999, e esta demorou a resolución do expediente ata o 27 de novembro de 2007, isto é, 8 anos e 10 meses despois da reclamación, o que non se corresponde coa finalidade do pronunciamento previsto no artigo 98.3 LCAP, de indicar ao terceiro interesado a intervención do contratista e a súa responsabilidade.*

*Pero, ademais, neste caso, a Resolución da Consellería de Obras Públicas e Transportes do 27 de novembro de 2007, en contra do que sostén a Administración*

*recorrente, non declarou a responsabilidade do contratista. Na súa parte dispositiva limitouse a sinalar que a responsabilidade dos danos pode corresponder ou non ao contratista (“corresponde, de existir, á empresa adxudicataria”), declaración que non ten encaixe no artigo 98.3 LCAP, que prevé un pronunciamento sobre “a cal das partes contratantes corresponde a responsabilidade dos danos”. Pero, a pesar de tan imprecisa declaración, a Resolución do 27 de novembro de 2007 deixou claro, ao longo da súa fundamentación, a inexistencia da responsabilidade do contratista, pois no FD 16 a, tras analizar o actuado no expediente sobre a presenza do anaco de madeira na calzada, e á vista da falta de acreditación do período de tempo durante o que a dita madeira permaneceu na estrada, chegou á conclusión de que “...o servizo de conservación actuou correctamente...” e de que “...así mesmo, a falta de sinalización do perigo que o servizo de conservación descoñecía, tampouco é reprochable...” á empresa adxudicataria do servizo de conservación da autovía.*

*Non se entende moi ben, entón, que, se a Administración recorrente considerou na resolución impugnada que a empresa contratista actuou correctamente, denuncie non obstante neste recurso de casación que a sentenza de instancia infrinxiu o artigo 98.3 LCAP, ao non declarar a responsabilidade da empresa contratista.*

*Se a Administración recorrente considerou inexistente a responsabilidade do contratista e se, ademais, considera que tampouco concorren os requisitos exixidos polo artigo 139 da Lei 30/1992 relativos á súa propia responsabilidade, nesta teseitura, como di a sentenza desta Sala do 30 de marzo de 2009 (recurso 10680/2004), citada pola sentenza impugnada, o debate xurisdiccional debe centrarse neste último aspecto, “...sen que sexa admisible que ante os tribunais a Administración cambie de estratexia e defenda que o dano, cuxa existencia ninguén discute, debe imputarse á empresa adxudicataria do contrato de obras na execución da cal se causou, pois iría contra a súa anterior vontade...” , manifestada de forma expresa na resolución que puxo fin ao expediente de responsabilidade patrimonial”.*

Nin sequera a Administración pode eludir esta responsabilidade alegando que a dilación ou demora na tramitación do procedemento obedece á intervención de moitos subcontratistas: STS do 14 de outubro de 2013 –recurso: 704/2011– (ROX: STS 4996/2013):

*“O segundo motivo xira sobre a interpretación que debe darse ao art. 97 do Texto refundido da Lei de contratos das administracións públicas, aprobado polo Real decreto legislativo 2/2000, precepto que o recorrente considera infrinxido pola sentenza.*

*Di este precepto que será obriga do contratista indemnizar todos os danos e perdas que se causen a terceiros como consecuencia das operacións que requira a execución do contrato e que, cando tales danos e perdas sexan ocasionados como consecuencia inmediata e directa dunha orde da Administración, será esta responsable dentro dos límites sinalados nas leis. Tamén sinala esta norma que será a Administración responsable dos danos que se causen a terceiros como consecuencia*

dos vicios do proxecto elaborado por ela mesma no contrato de obras ou no de subministración de fabricación.

No apartado terceiro habilítase os terceiros a requirir previamente, dentro do ano seguinte á produción do feito, o órgano de contratación para que este, oído o contratista, se pronuncie sobre a cal das partes contratantes lle corresponde a responsabilidade dos danos. O exercicio desta facultade interrompe o prazo de prescrición da acción.

A Comunidade de Madrid argumenta que neste asunto se limitou a actuar de mediador para conseguir que a contratista adxudicataria da obra respondese das consecuencias derivadas da súa actuación, sen que se lle poida imputar falta de dilixencia, como fai a sentenza, pois o tempo transcorrido desde a presentación da solicitude por RENFE –10 de decembro de 2007–, ata o momento en que se ditou a Orde do 15 de setembro de 2009, do conselleiro de Transportes e Infraestruturas, estaba xustificada pola existencia de diferentes subcontratistas aos que o contratista culpabilizaba do accidente. Ademais, sostén que os danos producidos na vía do AVE non se deberon a unha orde directa e inmediata da Administración autonómica, nin existían vicios no proxecto que xustificasen a súa responsabilidade, sendo esta exclusiva do contratista, dado que os feitos derivaron da execución material da obra con independencia de que fose realizada por el ou por subcontratas.

Debemos comezar o exame da cuestión recordando que a regra xeral nestes casos é a da responsabilidade do contratista polos danos e perdas causados a terceiros como consecuencia da execución do contrato de obras, debido a que a súa intervención rompe o nexo causal, exonerando a Administración. Agora ben, por excepción, tendo en conta a titularidade administrativa da operación e o fin público que se trata de satisfacer, a propia norma examinada precisa que responde a Administración contratante cando os danos deriven de xeito inmediato e directo das súas ordes ou dos vicios do proxecto elaborado por ela mesma. Por isto mesmo, a norma referida á responsabilidade do contratista impón unha disciplina procedementa, á que nos referimos na nosa Sentenza do 30 de marzo de 2009 (rec. 10680/2004), que é citada pola sentenza de instancia, na que destacamos que cabe que os prexudicados, conforme os autoriza o apartado 3 do artigo 97 do Texto refundido da Lei de contratos das administracións públicas, se dirixan ao órgano de contratación para que, logo de audiencia do contratista, se pronuncie sobre a quen (este último ou a Administración mesma) lle toca responder dos danos, decisión susceptible das impugnacións administrativas e xurisdiccionais que procedan (artigo 107 da Lei 30/1992, 106, apartado 1, da Constitución, 1 e 25 da Lei 29/1998 ). Se resolve que a responsabilidade é do primeiro, o órgano de contratación deixará expedita a vía para que os prexudicados se dirixan contra el; noutro caso, seguirá a canle establecida no Regulamento dos procedementos das administracións públicas en materia de responsabilidade patrimonial, aprobado polo Real decreto 429/1993, do 26 de marzo (BOE do 4 de maio), porque así o dispón o seu artigo 1, apartado 3.

Regap



ESTUDIOS

*Dado que o apartado 3 do artigo 97 configura como unha facultade a posibilidade dos terceiros prexudicados de dirixirse ao órgano de contratación para que se pronuncie sobre o suxeito responsable, cabe tamén que reclamen directamente a Administración contratante ao abeiro dos artigos 106, apartado 2, da Constitución e 139 da Lei 30/1992. Nesta tesitura, segundo dixemos na nosa Sentenza do 30 de marzo de 2009, a dita Administración pode optar entre dúas alternativas: considerar que concorren os requisitos para declarar a existencia de responsabilidade ou estimar que están ausentes e que, polo tanto, non procede esa declaración; na primeira hipótese poden ofrecerse, pola súa vez, dúas saídas posibles; a saber: entender que a responsabilidade corresponde ao contratista ou que, por darse os supostos que contempla o apartado 2 do repetido artigo 97, sexa ela mesma quen ten que facer fronte á reparación. Neste último caso así o acordará e no outro deberá reconducir aos interesados cara á canle adecuada, abríndolles o camiño para que fagan efectivo o seu dereito ante o adxudicatario responsable. O que non pode facer é limitarse a declarar a súa irresponsabilidade, pechando aos prexudicados as portas para actuar contra a empresa obrigada a resarcilos. Así llo impiden non só o espírito do artigo 97 do Texto refundido da Lei de contratos das administracións públicas, que quere un pronunciamento administrativo previo sobre a imputación do dano, calquera que sexa o modo en que se suscite a cuestión, senón principios básicos do noso sistema administrativo en xeral, como os de boa fe e confianza lexítima (artigo 3, apartado 1, da Lei 30/1992), e do seu procedemento en particular, que obrigan a impulsalo de oficio e a pór en coñecemento dos interesados os defectos que presentan os seus actos co fin de que os emenden en tempo oportuno (artigos 71, 74, apartado 1, e 76, apartado 2, da mesma lei)”.*

### 3 Competencia xurisdiccional

En sede de responsabilidade patrimonial as AAPP poden concorrer con suxeitos privados na produción do dano.

Nestes casos ao prexudicado ofrécenselle as seguintes posibilidades:

1) Acudir á xurisdición civil fronte ao suxeito privado, á marxe de que exista ou non un vínculo xurídico entre a Administración e o suxeito privado.

2) Acudir á xurisdición contencioso-administrativa fronte á Administración pública.

3) Acudir á xurisdición contencioso-administrativa fronte á Administración pública e fronte aos suxeitos privados.

Nestes dous últimos casos o recorrente verase obrigado a acudir á xurisdición contencioso-administrativa por imperativo legal<sup>29</sup>. Así o dispón o artigo 2 e) da LXCA, segundo o cal:

<sup>29</sup> Un estudo sobre a cuestión de que orde xurisdiccional debe coñecer das reclamacións de responsabilidade extracontractual fronte a contratistas ou concesionarios recóllese na obra de HORGUÉ BAENA, C., “La responsabilidad del contratista por daños causados a terceros en la ejecución de los contratos administrativos”, cit., desde a perspectiva do disposto no artigo 123 LEF, o artigo 134 do RCXE, e o artigo 98 LCAP.

*“A orde xurisdiccional contencioso-administrativa coñecerá das cuestións que se susciten en relación con:*

*e) A responsabilidade patrimonial das administracións públicas, calquera que sexa a natureza da actividade ou o tipo de relación de que derive, non podendo ser demandadas aquelas por este motivo ante as ordes xurisdicionais civil ou social, mesmo cando na produción do dano concorran con particulares ou conten cun seguro de responsabilidade”.*

E así o dispón igualmente a Lei orgánica do poder xudicial no seu artigo 9.4:

*“... Coñecerán, así mesmo, das pretensións que se deduzan en relación coa responsabilidade patrimonial das administracións públicas e do persoal ao seu servizo, calquera que sexa a natureza da actividade ou o tipo de relación de que derive. Se á produción do dano concorren suxeitos privados, o demandante deducirá tamén fronte a eles a súa pretensión ante esta orde xurisdiccional. Igualmente, coñecerán das reclamacións de responsabilidade cando o interesado accione directamente contra a aseguradora da Administración, xunto á Administración respectiva. Tamén será competente esta orde xurisdiccional se as demandas de responsabilidade patrimonial se dirixen, ademais, contra as persoas ou entidades públicas ou privadas indirectamente responsables daquelas...”.*

O texto do artigo 9.4 LOPX que acabamos de transcribir foi o resultado da modificación que tivo lugar pola Lei orgánica 19/2003, pois antes, e con motivo da reforma operada pola Lei orgánica 6/1998, do 13 de xullo, o contido do citado precepto era o seguinte:

*“... Coñecerán, así mesmo, das pretensións que se deduzan en relación coa responsabilidade patrimonial das administracións públicas e do persoal ao seu servizo, calquera que sexa a natureza da actividade ou o tipo de relación de que derive. Se á produción do dano concorren suxeitos privados, o demandante deducirá tamén fronte a eles a súa pretensión ante esta orde xurisdiccional...”.*

Pola súa parte o artigo 2 e) da LXCA, na súa redacción orixinaria, establecía que a orde xurisdiccional contencioso-administrativa coñecerá das cuestións que se susciten en relación coa *“responsabilidade patrimonial das administracións públicas, calquera que sexa a natureza das actividades ou o tipo de relación que derive, non podendo ser demandadas aquelas por este motivo ante as ordes xurisdicionais civil ou social”*.

A lei xurisdiccional de 1956 xa recollía unha cláusula xeral de competencia da xurisdición contencioso-administrativa<sup>30</sup>, tratando de reafirmar a unidade xurisdiccional cando se suscitasen cuestións sobre a responsabilidade patrimonial da Administración pública, evitando deste xeito a peregrinación de xurisdicións. Pero esta regra quebrou cando, uns meses máis tarde, a Lei de réxime xurídico da Administración do Estado do 26 de xullo de 1957, no seu artigo 41, dispuxo que cando o Estado actuase en relacións de dereito privado a responsabilidade debería exixirse ante os tribunais ordinarios.

<sup>30</sup> Artigo 3: *“A xurisdición contencioso-administrativa coñecerá de: As cuestións que se susciten sobre a responsabilidade patrimonial da Administración pública”.*



Esta situación, que deu lugar a que a responsabilidade patrimonial das AAPP se exixise na maior parte das ocasións ante a xurisdición civil<sup>31</sup>, mantívose ata a promulgación da Lei 30/92, cuxo artigo 144 pretendeu axudar no restablecemento da unidade xurisdicional ao dispor que:

*“Cando as administracións públicas actúen en relacións de dereito privado, res-ponderán directamente dos danos e perdas causados polo persoal que se atope ao seu servizo, considerándose a actuación deste, acto propio da Administración baixo o servizo da cal se atope. A responsabilidade exíxirase de conformidade co previsto nos artigos 139 e seguintes desta lei”.*

Con estas previsións pretendíase reinstaurar a unidade xurisdicional nesta materia, que despois se viu reforzada na LXCA.

Non obstante, o Tribunal Supremo (Sala Especial de Conflitos Xurisdicionais) deu un paso atrás no ano 2001 (ATS do 27 de decembro de 2001)<sup>32</sup> ao resolver o conflito negativo de competencia formulado entre o Xulgado Central do Contencioso-Administrativo n. 4 de Barcelona, e o Xulgado de Primeira Instancia n. 20 de Barcelona, e declarou competente para coñecer dunha reclamación formulada contra a Red Nacional de Ferrocarriles Españoles (Renfe) e contra Mapfre Seguros Generales,

<sup>31</sup> A xurisdición civil aplicaba o criterio da *vis atractiva* para admitir a súa competencia en todos os casos e non só cando se dirixía a reclamación fronte á Administración e fronte a un suxeito privado.

<sup>32</sup> A continuación reproducécese, polo seu interese, o Auto do TS do 27 de decembro de 2001: (...) admitida a lexitimación de RENFE en calidade de parte demandada, o que xustificaría a declaración da competencia da xurisdición contencioso-administrativa, polas razóns expostas, debe contemplarse, ao mesmo tempo, a presenza, tamén como codemandada de Mapfre Seguros Generales, Compañía de Seguros y Reaseguros, a cal non comparece no proceso por ter corrido á produción do dano, circunstancia que en nada cambiaría a conclusión xa adiantada, senón como contratante dunha póliza de seguro, contra a cal e en virtude do disposto no artigo 76 da Lei do contrato de seguro, Lei 50/1980, do 8 de outubro (RCL 1980\2295), «O prexudicado ou os seus herdeiros terán acción directa contra o asegurador para exixirle o cumprimento da obriga de indemnizar, sen prexuízo do dereito do asegurador para repetir contra o asegurado, no caso de que sexa debido a conduta dolosa deste, o dano ou perda causado a terceiro». Como pode apreciarse, a chamada ao proceso da compañía de seguros non resulta caprichosa nin ten o carácter de subsidiaria, pois a lei outórgalle ao prexudicado o exercicio dunha «acción directa ou contra a aseguradora. Iso implica, segundo declarou a xurisprudencia da Sala Civil do Tribunal Supremo (sentenzas do 30 de decembro de 1995 [RX 1995\9663], 3 de abril [RX 1996\2880] e 3 de outubro de 1996 [RX 1996\7009]), o dereito do prexudicado a manter indemne o seu patrimonio, sempre que a acción se exerza dentro dos límites da cobertura pactada. Tamén declarou a xurisprudencia que a acción directa contra a compañía aseguradora ten a súa orixe no contrato de seguro, sendo a obriga ao pagamento da compañía aseguradora a mesma (salvo as excepcións que proclama o artigo 76 da Lei do contrato de seguro [RCL 1980\2295]) que correspondería a quen contratou a póliza, polos danos e perdas causados. (...) a posibilidade de demandar conxuntamente ao axente causante do dano, neste caso unha Administración pública e a compañía aseguradora do risco, contemplada polo ordenamento xurídico como unha garantía dos cidadáns ante o incremento e gravidade dos riscos que orixina a convivencia, non pode ser descoñecida polas normas procesuais, obstaculizando «de facto» un dereito que lle concede a norma. Sen descoñecer a polémica doutrinal que este singular e especialísimo suposto orixinou, ao non estar contemplada, de forma expresa, a presenza das compañías aseguradoras no proceso contencioso-administrativo, dada a súa especial natureza, cando se exige a responsabilidade patrimonial dunha Administración pública, o razoable, mentres a lei non recolla, como fixo cos suxeitos concorrentes á produción do dano, unha chamada expresa ao proceso contencioso, manter, neste suposto, a tradicional e xa clásica «vis atractiva» da xurisdición civil, recoñecida no artigo 9.2 da Lei orgánica do poder xudicial (RCL 1985\1578, 2635), cando establece: «Os xulgados e tribunais da orde civil coñecerán, ademais das materias que lles sexan propias, de todas aquelas que non estean atribuídas a outra orde xurisdicional». Pola contra, obrigaríase o prexudicado a establecer dous procesos distintos, ante dúas xurisdicións diferentes, a civil para a compañía aseguradora, e a contencioso-administrativa para a Administración. Tal alternativa, á marxe dos problemas de economía procesual, risco de resolucións non de todo acordos en ambas as dúas ordes xurisdicionais, provocaría unha mingua das garantías do cidadán e, en último termo, un debilitamento do seu dereito constitucional á tutela xudicial efectiva. Por todo iso, procede declarar que a competencia para coñecer da reclamación presentada pola procuradora dona Carmen Ramí Villar, en nome e representación de don Rodolfo, contra a Red Nacional de Ferrocarriles Españoles (RENFE e Contra Mapfre Seguros Generales, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A., corresponde á xurisdición civil.



Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A., o Xulgado de Primeira Instancia n. 20 de Barcelona.

A Sala de Conflitos do TS afirmou a competencia da xurisdición civil para o coñecemento da reclamación presentada, baseándose en que a reclamación se dirixiu non só fronte á Administración, senón tamén fronte á súa compañía aseguradora, entendendo entón que se estaban a cuestionar temas de dereito privado.

Neste contexto, e cando se pensaba que co último inciso do artigo 2 e) da LXCA se eliminara toda posibilidade de acudir á xurisdición ordinaria para reclamar unha responsabilidade patrimonial da Administración pública, non foi así, polo menos ata que o lexislador reformou a LXCA no ano 2003, a través da LO 19/2003, do 23 de decembro (disposición adicional 14), e engadiu ao artigo 2 e) o seguinte apartado: “*mesmo cando na produción do dano concorran con particulares contén cun seguro de responsabilidade*”.

Pero é que ademais o artigo 21 da LXCA, obxecto de reforma pola mesma lei, considerou parte demandada no proceso contencioso-administrativo: *b) As aseguradoras das administracións públicas, que sempre sexan parte demandada xunto coa Administración a quen aseguren.*

Así mesmo, a reforma da LOPX, levada a cabo pola LO 19/2003, recoñeceu expresamente a competencia da orde xurisdicional contencioso-administrativa cando o interesado acciona directamente contra o asegurador da Administración, xunto á Administración respectiva.

Pero os conflitos de competencia non cesaron, pois en posteriores autos da Sala de Conflitos do Tribunal Supremo do 19 de xullo de 2009, 22 de xuño de 2011, 24 de abril de 2015 (ROX: ATS 2964/2015) e do 19 de decembro de 2016 (ROX: ATS 12363/2016), ou no máis recente Auto do 30 de maio de 2018 (ROX: ATS 6028/2018) –Conflito de Competencia: 21/2017–, atribuíuse á xurisdición civil a competencia para o coñecemento de reclamacións dirixidas contra Renfe<sup>33</sup> (entidade pública empresarial e polo tanto organismo público: Administración pública) por danos persoais por caídas ou golpes no interior dun tren, ou na baixada deste. Esta decisión adoptouse baseándose na natureza xurídica de Renfe<sup>34</sup> e o tipo de actuación causante da reclamación: “*o feito do que dimana a reclamación non garda relación coa formación de vontade dos órganos de Renfe, e non é consecuencia do exercicio de potestades administrativas, senón que se*

<sup>33</sup> A disposición adicional terceira da Lei 39/2003, do 17 de novembro, do sector ferroviario, creou a entidade pública empresarial Renfe-Operadora, como organismo público dos previstos no entón vixente artigo 43.1, b) da Lei 6/1997, do 14 de abril (LOFAXE), con personalidade xurídica propia, plena capacidade de obrar e patrimonio propio, quedando adscrita, como Administración de tutela, ao Ministerio de Fomento. Renfe-Operadora, como empresa prestadora do servizo de transporte ferroviario, asumiu os medios e activos que RENFE tivera afectos á prestación de servizos ferroviarios.

<sup>34</sup> Natureza híbrida: por un lado, son organismos públicos, con personalidade xurídica de dereito público, consideración de Administración, e, conseguintemente, os actos que realicen en tal concepto teñen a natureza de actos da Administración suxeitos a dereito administrativo, revisables pola orde xurisdicional contencioso-administrativa. Pero, por outro lado, son sociedades mercantís sometidas ao ordenamento xurídico privado (FD 2.º). Polo que se refire ao seu réxime xurídico, establece o artigo 134 da Lei 40/2015 que as entidades públicas empresariais se rexen polo dereito privado, agás na formación da vontade dos seus órganos, no exercicio das potestades administrativas que teñan atribuídas e nos aspectos especificamente regulados para estas nesta lei, na súa lei de creación, os seus estatutos, a Lei de procedemento administrativo común; o Real decreto lexislativo 3/2011, do 14 de novembro; a Lei 33/2003, do 3 de novembro; e o resto de normas de dereito administrativo xeral e especial que lle sexan de aplicación (con anterioridade, artigo 53.2 da LOFAXE).

### *enmarca na actividade de prestación do servizo ferroviario da entidade pública empresarial Renfe–Operadora*<sup>35</sup>.

Non obstante, a Sala de Conflitos do TS en Auto do 8 de xuño de 2018 (ROX: ATS 6306/2018) – número do procedemento: 5/2018 – entendeu que a xurisdición contencioso-administrativa era a competente para coñecer das reclamacións dirixidas fronte a Adif, pois entre as «competencias e funcións do Administrador de Infraestruturas Ferroviarias», o artigo 21.1.n) da Lei 39/2003, do 17 de novembro, do sector ferroviario (e agora o artigo 23.1.m) da Lei 38/2015, do 29 de setembro, do sector ferroviario), inclúe a «resolución das reclamacións de responsabilidade patrimonial que se formulen respecto da súa actuación». No mesmo sentido prevese no artigo 3.1.s) do Estatuto da entidade pública empresarial Administrador de Infraestruturas Ferroviarias. E esta competencia ou función de Adif para a resolución de reclamacións de responsabilidade patrimonial que se formulen respecto da actuación deste, que haberá que entender referida á actividade incluída no contexto da prestación do servizo que Adif ten asignada e que dea lugar á reclamación dun usuario do dito servizo, insírese de xeito nítido no ámbito do dereito administrativo.

No procedemento no que se formulou ese conflito de competencia, a demanda dirixiuse conxuntamente fronte a Adif e Renfe. E entendeuse aplicable o disposto no último inciso do artigo 9.4 LOPX, e o artigo 2.e) LXCA, os cales se interpretaron no sentido de que corresponde aos tribunais contencioso-administrativos a competencia para o coñecemento de reclamación dirixida ao propio tempo ante Adif e a operadora Renfe.

Por razóns semellantes ás que se recollen nos autos da Sala de Conflitos do Tribunal Supremo do 24 de abril de 2015, do 19 de decembro de 2016 e do 30 de maio de 2018, esta sala especial atribuíu á xurisdición civil a competencia para coñecer unha reclamación dirixida fronte a Metro Madrid, S.A. (entidade pública empresarial), polos danos e perdas sufridos por unha viaxeira de Metro Madrid, como consecuencia do mal funcionamento das portas de peche dun dos vagóns<sup>36</sup>. Ou para coñecer dunha reclamación dirixida fronte SEPES<sup>37</sup>.

O certo é que os artigos 9.4 da LOPX e 2.e) da LXCA, na redacción dada pola LO 19/2003, puxeron fin á competencia da orde civil para o coñecemento das demandas dirixidas conxuntamente contra a Administración e contra a súa aseguradora.

Pero non cando a demanda se dirixe unicamente fronte á aseguradora, pois o artigo 9.4 LOPX, despois da reforma do ano 2003, foi interpretado, como logo veremos, polos AATS (Sala de Conflitos) do 18 de outubro de 2004 e 28 de xuño de 2004 no sentido de que:

<sup>35</sup> Algúns tribunais estenderon esta doutrina a outros casos nos que se exige responsabilidade fronte a outras entidades públicas empresariais, como o caso de SEPES, entidade pública empresarial do solo: STSX Andalucía do 223 de outubro de 2017 (ROX: AND15555/2017), n. de Recurso: 168/2016.

<sup>36</sup> Na medida en que os danos denunciados terían sido causados con ocasión da prestación dos servizos de transporte, no marco dunha relación contractual, a acción exercitada sería de responsabilidade civil contractual. Nin a reclamación se basea nun contrato administrativo, pois a relación que vincula a Metro Madrid coa viaxeira demandante non se rexe pola Lei de contratos do sector público; nin se dirixe contra un organismo público para revisar unha actividade administrativa susceptible de impugnación. ATS do 26 de febreiro de 2019 (ROX: ATS 2293/2019).

<sup>37</sup> ATS do 17 de decembro de 2018 (ROX: ATS 13913/2018).

*“A reforma introducida pola LO 19/2003, do 23 de decembro, no art. 9.4 LOPX, no sentido de atribuír á orde xurisdiccional contencioso-administrativa as reclamacións de responsabilidade cando o interesado accione directamente contra o asegurador da Administración, refírese ao suposto de que se reclame contra aquela “xunto á Administración respectiva”, o que exclúe o suposto de terse demandado unicamente a compañía de seguros”.*

Como di o Auto da Sala de Conflitos do TS, do 12 de marzo de 2013:

*“o lexislador quere que non quede fenda ningunha en materia de responsabilidade patrimonial das administracións públicas que permita o coñecemento do asunto a outra orde xurisdiccional, razón pola que lle atribúe á contencioso-administrativa tanto o coñecemento das accións directas (dirixidas contra a Administración e a súa aseguradora) como as establecidas contra calquera outra entidade, pública ou privada, aínda que as mesmas, só dunha forma indirecta, sexan responsables, xunto á Administración, dos danos e perdas causados, para recoñecer unha única excepción a este sistema naqueles supostos en que os prexudicados, ao abeiro do artigo 76 da Lei do contrato de seguro, se dirixan directa e exclusivamente contra a compañía aseguradora dunha Administración pública, de forma que nestes casos o coñecemento da acción corresponde aos tribunais da orde civil e iso porque “nesta tesitura a competencia debe corresponder necesariamente á xurisdición civil, pois non cabe acudir aos tribunais do contencioso-administrativo sen actuación ou omisión administrativa previa que revisar nin Administración demandada que condenar”.*

E engade:

*“Os inconvenientes de orde práctica que poidan derivar do mantemento da duplicidade xurisdiccional neste punto concreto non poden sobreporse a un dereito substantivo outorgado aos prexudicados por unha norma do ordenamento xurídico vixente, que, ademais, constitúe un pilar do noso sistema en relación co contrato de seguro, emparentado coa tutela xudicial efectiva e coa vontade do lexislador de protexer os prexudicados, como manifestou a Sentenza da Sala do Tribunal Supremo do 30 de maio de 2007. E é que o feito de que para determinar a responsabilidade do asegurador haxa que analizar, cos parámetros propios do dereito administrativo, a conduta da Administración asegurada non resulta de ningún xeito extravagante. O artigo 42 da Lei 1/2000 de axuízamento civil prevé tal escenario con toda naturalidade, admitindo un exame prexudicial que só producirá efectos no proceso de que se trate”.*

Este criterio é o que segue mantendo a Sala de Conflitos do TS. Proba diso é o ATS do 24 de abril de 2015 –recurso 4/2015– (ROX ATS 2965/2015)<sup>38</sup>.

<sup>38</sup> *“Esta Sala de Conflitos vén mantendo, de forma reiterada, que lle corresponde á orde xurisdiccional contencioso-administrativa o coñecemento das reclamacións que, por responsabilidade patrimonial, se dirixan contra as administracións públicas, ben individualmente, ben conxuntamente contra a aseguradora e os particulares que causasen ou contribuísen á produción do dano. Non obstante, cando a acción de responsabilidade se exercita única e exclusivamente contra persoas xurídicas privadas (concesionaria e/ou aseguradora), opción que compete á reclamante, o seu coñecemento vén atribuído á orde xurisdiccional civil.*

Deste xeito o panorama que se nos presenta no momento actual sobre a repartición de xurisdicións cando se reclama unha indemnización por danos e perdas actuando a Administración a través de suxeitos privados (contratistas/concesionarios) é o seguinte:

A) Demandas dirixidas fronte ao contratista/concesionario da Administración pública: xurisdición civil.

STS (Sala do Civil) 22 de outubro de 2012 –recurso 500/2010– (ROX STS 7374/2012)<sup>39</sup>; AAP A Coruña (Sede Santiago de Compostela) do 19 de novembro de 2008 –recurso: 438/2008– (ROX: AAP C 636/2008)<sup>40</sup>; SAP Lleida do 26 de maio de 2017 (ROX: AAP L 353/2017)<sup>41</sup>; SAP Madrid do 13 de marzo de 2018 (ROX AAP M 938/2018)<sup>42</sup>.

---

*Para o efecto, cabe citar os autos desta Sala Especial de Conflitos de Competencia do 19 de novembro de 2007 (conflicto competencia 17/07), do 19 de febreiro de 2008 (CC 39/07), do 22 de setembro de 2008 (CC 14/08), do 18 de decembro de 2009 (CC 14/09), do 28 de xuño de 2010 (CC 4/10), do 19 de decembro de 2013 (CC 25 e 36/13), do 12 de xuño de 2014 (CC 41/13) e do 4 de decembro de 2014 (CC 25/14) (...). No caso aquí examinado, a prexudicada optou polo exercicio da acción de responsabilidade civil extracontractual contra a UTE PAVIMENTOS MADRID ZONA 3 (integrada polas mercantís TRABIT, S.A., IMESAPI, S.A. e API, S.A.) e a aseguradora GROUPAMA, CIA. DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A., presentando, correctamente, demanda de xuízo ordinario ante os Xulgados de Primeira Instancia, sendo indebidamente rexeitada a competencia polo Xulgado de Primeira Instancia n. 5, ao que se repartiu, e, xa que son esas dúas mercantís as únicas fronte ás que se pretende a indemnización –dado que o recurso deducido ante o Xulgado do Contencioso contra a Resolución do Concello do 13 de decembro de 2010 se rexeitou, por extemporáneo, en auto, actualmente firme– procede declarar a competencia do expresado Xulgado de Primeira Instancia n. 5 desta capital!'*

<sup>39</sup> "A parte recorrente funda a súa posición favorable a entender competente para coñecer do presente asunto a xurisdición contencioso-administrativa en que o artigo 9.4 LOPX (modificado pola LO 6/1998) dispón que as reclamacións que se deduzan en relación coa responsabilidade patrimonial das administracións públicas e do persoal ao seu servizo, calquera que sexa a natureza da actividade ou o tipo de relación da que derive, deberán substanciarse ante os órganos da xurisdición contencioso-administrativa. Este precepto non impide que a acción de responsabilidade civil poida ser dirixida contra o contratista dunha obra pública cando se considere que lle compete a el a responsabilidade polos danos causados en virtude da negligencia en que puidese incurrir sen intervención da Administración. (...) Neste sentido, aínda cando dialécticamente se aceptase a tese da parte recorrente no sentido de que o demandado actuaba como contratista dunha obra pública, este feito non determinaría a incompetencia da xurisdición civil, posto que a demanda se dirixe contra o suposto contratista por entender que incorreu en negligencia con independencia de actuar da Administración e con iso causou o dano. Da proba practicada non se infire que o dano sexa debido á actuación da Administración, ao cumprimento dunha orde emanada por ela nin aos vicios do proxecto por ela elaborado (...)."

<sup>40</sup> "A dificultade en determinar a xurisdición competente preséntase cando é demandado de responsabilidade unicamente o concesionario. Desde un punto de vista estrito, a sociedade privada concesionaria non é Administración pública, e é dudable que estea comprendida na expresión "persoal ao seu servizo" do artigo 9-4.º da citada LOPX. En todo caso, como se argumenta na sentenza da AP de Pontevedra (Sección 3.ª) do 16 de xaneiro de 2002 e da AP da Coruña (Sección 1.ª) do 26 de marzo de 2003 "a acción exercida non é xenuinamente a de responsabilidade das administracións públicas, xa que non se dirixe contra ningunha Administración pública, senón exclusivamente contra unha entidade concesionaria dun servizo público, e o apartado d) do artigo 2 da Lei reguladora da xurisdición contencioso-administrativa só permite impugnar directamente os actos dos concesionarios ante esa xurisdición cando a lexislación sectorial o autorice".

<sup>41</sup> "Ante o feito de que non exista imputación de dano a algunha Administración pública e que as pretensións estean dirixidas contra suxeitos privados –neste caso unha Unión Temporal de Empresas, aínda cando sexa concesionaria dun servizo público– debe entenderse competentes os tribunais e xulgados da orde xurisdiccional civil, que, segundo o disposto no art. 9.2 da Lei 6/1985, do 1 de xullo EDL 1985/8738, son os que "coñecerán ademais das materias que lle son propias, de todas aquelas que non estean atribuídas a outra orde xurisdiccional". Per afegir tot seguit que: "O coñecemento da responsabilidade extracontractual da Administración só queda atribuído á xurisdición contencioso-administrativa cando a dita reclamación se dirixa fronte a unha Administración pública, mais non cando –como no presente caso– a acción se exerce exclusivamente fronte á empresa contratista que xestiona un servizo público e que ten forma societaria privada e mercantil con personalidade xurídica propia. Distinta sería a solución a adoptar se o demandante dirixise a acción conxuntamente contra a Administración concedente titular do servizo e contra a entidade mercantil que o xestiona sobre a base de argumentar que se trata dun dano causado polo anormal funcionamento dun servizo público; de terse feito así, sería aplicable o disposto no art. 2.e) da Lei da xurisdición contencioso-administrativa e 9.4 da Lei orgánica do poder xudicial, correspondendo o coñecemento do asunto á xurisdición contencioso-administrativa, pero como de modo único e exclusivo se demandou a concesionaria do servizo, esquecendo a Administración como tal, a xurisdición competente é a civil".

<sup>42</sup> "Considera esta sala que existe un sistema dual, alternativo e opcional, polo que o prexudicado pode optar entre a vía administrativa ou a vía civil de reclamación e, derivadamente, entre a xurisdición contencioso-administrativa e a xurisdición civil. Non existe argumento ningún para unha restrición de ningún dos títulos de responsabilidade que como ente concertado e como sociedade prestadora de servizos lles corresponde ás sociedades sanitarias concertadas. Estas sociedades asumen un dobre título de imputación da responsabilidade, dunha parte, como entes privados que se ven sometidos ao tipo de responsabilidade,

A posibilidade de acudir á xurisdición civil fronte ao contratista/concesionario non se pode converter nunha obriga polo feito de que o TS na Sentenza do 25 de outubro de 2016 (recurso 2537/2015) chegue a dicir que:

*“Así como a exigencia de responsabilidade no suposto de que sexa imputable ao concesionario deberá facerse valer pola vía ordinaria do proceso civil e ante esa orde xurisdiccional – neste sentido Auto da Sala de Conflitos de Xurisdición do 24 de abril de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:2965a)–; no suposto de que se impute o dano ao concesionario, pero por ordes impostas pola Administración, sendo esta a responsable, o réxime de responsabilidade segue os trámites procedementais e procesuais establecidos con carácter xeral para a responsabilidade patrimonial das administracións públicas. Así pois, cando o dano se impute a un concesionario –ou contratista–, de conformidade co establecido nos mencionados preceptos, o prexudicado debe dirixirse contra a Administración titular do servizo e outorgante da concesión; debendo esta, con audiencia de todas as partes afectadas, determinar se a imputación do dano debe realizarse, conforme ese sistema de repartición de responsabilidade, ben ao concesionario ou á Administración; deixando aberta a vía civil para aquel primeiro caso e a vía administrativa para a segunda”.*

Nin polo feito de que o artigo 40.1 da Lei galega 1/2015 diga que as reclamacións de responsabilidade patrimonial que poidan formular as persoas usuarias dos servizos públicos poderán dirixirse directamente á Administración autonómica titular do servizo público, de acordo co establecido na lexislación básica estatal *“sen prexuízo do dereito das persoas usuarias a reclamar contra o prestador do servizo na vía xurisdiccional que corresponda nos casos en que non se pretenda a exigencia de responsabilidade patrimonial da Administración”.*

Isto último non pode ser entendido como unha obriga do prexudicado de acudir á xurisdición civil para reclamar fronte ao contratista ou prestador do servizo. Unha interpretación das normas que conduza a este criterio significaría baleirar de contido todas as previsións legais que citamos ata agora, en virtude das cales se obriga a Administración a pronunciarse sobre a determinación ou, se é o caso, a repartición

---

*mesmo, prevista na ordenación de consumidores e usuarios (art. 148, parágrafo 2 do TRLXCU) e doutra parte en canto que son xestoras dun servizo público. Así foi apreciado en Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza, Sala do Contencioso, da Coruña (A) Sección: 1, do 10 de febreiro de 2016, do seguinte teor: «2 Con carácter previo precisaremos que resulta incuestionable a competencia da orde contencioso-administrativa para axuizar e dirimir a responsabilidade sanitaria da Administración matriz ou dos centros concertados segundo deriva da disposición adicional 12 a da Lei 4/1999 (en harmonía co criterio consolidado do Tribunal Supremo). Iso non afecta ao principio xeral de execución do contratos a risco e ventura do contratista, que se proxecta sobre a asistencia sanitaria prestada na modalidade de concerto (ou mediante convenio de funcionalidade equivalente), pero si á vertente procesual da canle idónea para reclamála, pois por imperativo da unidade xurisdiccional derivada da citada disposición adicional, corresponderalles aos tribunais contencioso-administrativos determinar se existe ou non responsabilidade polos danos e perdas reclamados e se a indemnización debe ser satisfeita pola Administración, pola entidade xurídico-privada concertada ou mesmo por ambas as dúas, se existe concorrencia de responsabilidades. Iso non impide, tal como sinalou a Sala de Conflitos do Tribunal Supremo (AATS do 9 de abril de 2003 e do 19 de xuño de 2009) mesmo podería corresponder á xurisdición ordinaria o axuizamento da acción de responsabilidade que se dirixa exclusivamente contra o contratista, posibilidade que está en mans do particular segundo a súa estratexia procesual e para o caso de que considere que todo título e responsabilidade da imputación recae exclusiva e directamente sobre a entidade privada concertada, por considerar que incurreu en negligencia á marxe de todo título ou intervención da Administración (líña apuntada con carácter xeral pola STS do 2 de outubro de 2009). O que debe quedar claro é que no ámbito contencioso-administrativo non se podería exercer a demanda directa e unicamente fronte á entidade privada concertada xa que é condición sine qua non que a mesma combata unha actuación administrativa e sexa demandada tamén a Administración”.*

Regap



ESTUDIOS

da responsabilidade, cando ademais o papel da Administración nestes casos debe ir máis alá dun papel cuasiarbitral, e debe converterse nun papel de verdadeiro garante do cidadán, que é, como vimos, polo que opta o lexislador galego na Lei 1/2015.

O Consello Consultivo, no Ditame 364/2018, do 7 de novembro de 2018, sostén que:

*“Consideradas as circunstancias descritas, e despois dunha minuciosa análise da citada doutrina xurisprudencial, este órgano consultivo estima que o pronunciamiento da Administración nestes supostos debe limitarse exclusivamente á declaración da responsabilidade do contratista, de darse os presupostos legais para o efecto, quedando, nese momento, expedita a vía xurisdiccional civil para o reclamante”*,

e engade que:

*“Este órgano consultivo emite informe favorable sobre a proposta de resolución remitida, unicamente no que se refire á declaración de responsabilidade da contratista, porque a determinación do quantum indemnizatorio corresponderá, se é o caso, á xurisdición civil”*.

Pero tales consideracións non teñen amparo na doutrina xurisprudencial exposta ao longo deste traballo, nin na propia normativa autonómica (Lei galega 1/2015), cuxo artigo 41.3 establece que:

*“Se no procedemento se determina a existencia de responsabilidade patrimonial do contratista, a Administración, como garante da posición das persoas usuarias, en virtude da lei e no uso das súas potestades contractuais, ordenará a aquel o aboamento da indemnización á persoa usuaria e indicarlle un prazo para iso”*.

E como di o TSXG na Sentenza do 19 de decembro de 2018 (recurso n. 554/2018):

*“O contido deste precepto reforza a obriga da Administración de pronunciarse, como aquí fixo, sobre a determinación do quantum indemnizatorio que corresponda, sen que poida reservalo a un ulterior procedemento, e menos aínda á xurisdición civil, salvo que o prexudicado escolla voluntariamente esta xurisdición para dirixirse exclusivamente fronte ao concesionario (suposto ao que se refire o Auto ditado pola Sala Especial de Conflitos de Competencia do Tribunal Supremo do 24 de abril de 2015 (Conflicto negativo de competencia número 4/2015)”*.

B) Demandas en exercicio da acción directa contra a aseguradora da Administración: xurisdición civil.

Autos da Sala de Conflitos de Competencia do 22/03/2010 –conflitos de competencia 23/2009, 25/2009 e 27/2009–, 18/10/2010 –CC 21/2010–, 17/10/2011 –CC 27/2011–, 3/10/2011 –CC 28/2011–, 5/12/2011 –CC 46/2011–, 24/09/2012 –CC 22/2012 e CC 4/2013–. SSTs do 30 de maio 2007; do 21 de maio 2008 e do 11 de febreiro 2011), STS 15 de outubro de 2013 –recurso: 1578/2011– (ROX: STS 4953/2013)<sup>43</sup>.

<sup>43</sup> “Trátase dun problema que foi resolto reiteradamente por esta sala atribuíndo competencia á xurisdición civil cando a demanda se dirixe no exercicio da acción directa do artigo 76 LCS, contra o asegurador da Administración antes e despois da reforma do artigo 9 da LOPX e que foi tamén corroborado por numerosos autos da Sala de Conflitos do TS”.



### C) Demandas en exercicio da acción directa contra a aseguradora da Administración en sede de responsabilidade civil sanitaria: xurisdición civil.

ATS (Sala do Civil) do 14 de xaneiro de 2014<sup>44</sup>, Recurso número 3417/2012. ATS 16 de novembro de 2016 –recurso: 3142/2014– (ROX: ATS 10306/2016)<sup>45</sup>.

<sup>44</sup> Declara a sala que este problema foi resolto reiteradamente atribuíndo competencia á xurisdición civil cando a demanda se dirixe no exercicio da acción directa do artigo 76 LCS, contra o asegurador da Administración (SSTS do 30 de maio 2007, do 21 de maio 2008 e do 11 de febreiro 2011), antes e despois da reforma do artigo 9 da LOPX e que foi tamén corroborado por numerosos autos da Sala de Conflitos deste Tribunal (autos de data 22/03/2010 –conflicto de competencia 23/2009, 25/2009 e 27/2009–, 18/10/2010 –CC 21/2010–, 17/10/2011 –CC 27/2011–, 3/10/2011 –CC 28/2011–, 5/12/2011 –CC 46/2011–, 24/09/2012 –CC. 22/2012 e CC 4/2013–).

A reforma da LOPX levada a cabo pola LO 19/2003 (norma procesual aplicable por razóns temporais, dado que a demanda se presentou o 2 de abril de 2009) reconece expresamente a competencia da orde xurisdicional contencioso-administrativa cando o interesado accione directamente contra o asegurador da Administración, xunto á Administración respectiva. Con iso púxose fin á competencia da orde civil para o coñecemento das demandas dirixidas conxuntamente contra a Administración e o asegurador, pero este precepto foi interpretado polos AATS (Sala de Conflitos) do 18 de outubro de 2004 e do 28 de xuño de 2004 (tendo en conta a inclusión do último inciso, que non figuraba nalgúns textos prelexislativos) no sentido de que, segundo expresión do primeiro dos citados autos, “a reforma introducida pola LO 19/2003, do 23 de decembro, no artigo 9.4 LOPX, no sentido de atribuír á orde xurisdicional contencioso-administrativa as reclamacións de responsabilidade cando o interesado accione directamente contra o asegurador da Administración, refírese ao suposto de que se reclame contra aquela “xunto á Administración respectiva”, o que exclúe o suposto de terse demandado unicamente a Compañía de Seguros”. Como di o auto da Sala de Conflitos do 12 de marzo de 2013, “o lexislador quere que non quede abertura ningunha en materia de responsabilidade patrimonial das administracións públicas que permita o coñecemento do asunto a outra orde xurisdicional, razón pola que atribúe á contencioso-administrativa tanto o coñecemento das accións directas (dirixidas contra a Administración e a súa aseguradora) como as establecidas contra calquera outra entidade, pública ou privada, aínda que as mesmas, só dunha forma indirecta, sexan responsables, xunto á Administración, dos danos e perdas causados, para recoñecer unha única excepción a este sistema naqueles supostos en que os prexudicados, ao abeiro do artigo 76 da Lei do contrato de seguro, se dirixan directa e exclusivamente contra a compañía aseguradora dunha Administración pública, de forma que nestes casos o coñecemento da acción corresponde aos tribunais da orde civil e iso porque “nesta tesitura a competencia debe corresponder necesariamente á xurisdición civil, pois non cabe acudir aos tribunais do contencioso-administrativo sen actuación ou omisión administrativa previa que revisar nin Administración demandada que condenar”. Ademais, a Sentenza do 15 de outubro de 2013 non atopa óbice na intervención procesual posterior do Instituto á hora de aplicar a dita doutrina. Segundo declara, «As reflexións que preceden e a conclusión á cal conducen non quedan contraditas pola circunstancia de que o Instituto Catalán da Saúde comparecese ante o Xulgado de Primeira Instancia mostrándose parte no procedemento instado inicialmente contra Zurich. Esta intervención, que só lle permite adquirir a condición de parte demandada se o demandante decide dirixir a demanda fronte a este (STS do 20 de novembro de 2011), e que non ten máis interese que o fracaso da demanda dirixida exclusivamente contra a compañía aseguradora, non altera a natureza da acción exercida ao abeiro do artigo 76 da Lei do contrato de seguro nin por conseguinte o réxime de competencia (auto 21/2010). Sinala o auto da Sala de Conflitos do 12 de marzo de 2013: “Os inconvenientes de orde práctica que podían derivar do mantemento da duplicidade xurisdicional neste punto concreto non poden sobreporse a un dereito substantivo outorgado aos prexudicados por unha norma do ordenamento xurídico vixente, que, ademais, constitúe un pilar do noso sistema en relación co contrato de seguro, emparentado coa tutela xudicial efectiva e coa vontade do lexislador de protexer os prexudicados, como manifestou a Sentenza da Sala do Tribunal Supremo do 30 de maio de 2007. É e que o feito de que para determinar a responsabilidade do asegurador haxa que analizar, cos parámetros propios do dereito administrativo, a conduta da Administración aseguradora non resulta en modo ningún extravagante. O artigo 42 da Lei 1/2000 de auxizamento civil prevé tal escenario con toda naturalidade, admitindo un exame prexudicial que só producirá efectos no proceso de que se trate”.

<sup>45</sup> Como di o auto da Sala de Conflitos do 12 de marzo de 2013, “o lexislador quere que non quede fenda ningunha en materia de responsabilidade patrimonial das administracións públicas que permita o coñecemento do asunto a outra orde xurisdicional, razón pola que atribúe á contencioso-administrativa tanto o coñecemento das accións directas (dirixidas contra a Administración e a súa aseguradora) como as establecidas contra calquera outra entidade, pública ou privada, aínda que estas, só dunha forma indirecta, sexan responsables, xunto á Administración, dos danos e perdas causados, para recoñecer unha única excepción a este sistema naqueles supostos en que os prexudicados, ao abeiro do artigo 76 da Lei do contrato de seguro, se dirixan directa e exclusivamente contra a compañía aseguradora dunha Administración pública, de forma que nestes casos o coñecemento da acción corresponde aos tribunais da orde civil e iso porque nesta tesitura a competencia debe corresponder necesariamente á xurisdición civil, pois non cabe acudir aos tribunais do contencioso-administrativo sen actuación ou omisión administrativa previa que revisar nin Administración demandada que condenar...”. En consecuencia, o motivo non se admite tendo en conta que a acción que se exercita é a acción directa do artigo 76 LCS fronte á aseguradora en virtude da póliza de responsabilidade civil sanitaria, que determina a teor da doutrina da sala que o coñecemento da acción corresponde aos tribunais da orde civil.



Baixo este apartado merece unha mención especial a Sentenza ditada polo TS, Sala do Civil –en Pleno– do 5 de xuño de 2019 –recurso: 2992/2016– (ROX: STS 1840/2019).

A Sala do Civil do TS móstranos nesta sentenza, de forma completa e didáctica, a doutrina do alto tribunal non só en canto á competencia da orde civil para coñecer da acción directa que se exerce fronte ás aseguradoras da Administración, senón tamén a obriga da xurisdición civil de estudar nestes procedementos a responsabilidade do asegurado conforme os criterios que a este lle son propios.

No procedemento en que se ditou a citada sentenza exercíase a acción directa contra a aseguradora do Servizo Madrileño de Saúde, en reclamación de prexuízos por negligencia médica. E a singularidade do caso estriba en que o prexudicado xa recibira a cantidade fixada en vía administrativa por responsabilidade patrimonial da Administración pública sanitaria.

No procedemento seguido ante a xurisdición civil introduciuse como *ratio decidendi* a vinculación desta xurisdición ao resolto pola Administración no expediente previo de responsabilidade patrimonial.

Sobre o carácter autónomo da acción directa prevista no artigo 76 LCS, o TS sostén o seguinte:

*“Afirmouse que a acción directa é unha acción autónoma que nada ten que ver coa acción subrogatoria, pois o prexudicado non se subroga nos dereitos do asegurado, senón que o seu dereito nace dun modo indirecto e por disposición legal dun contrato de seguro ao que en principio é alleo.*

*O dereito do terceiro prexudicado fronte ao asegurador goza de autonomía profunda respecto ao que aquel ten fronte ao asegurado causante do dano, pois trátase de dereitos diversos, que non deben confundirse.*

*Ao día de hoxe é doutrina pacífica que a acción directa non é subsidiaria da acción contra o responsable senón que goza de autonomía procesual e que para exercela non é precisa que se substancie previamente a reclamación en vía administrativa, pois precisamente unha das vantaxes da dita acción, que pola súa vez constitúe o seu fundamento, é evitar esa reclamación previa e a submisión á autotutela decisoria e as dilacións que tal actuación previa leva consigo.*

*Aínda que non se trate dun suposto de responsabilidade nacida de asistencia sanitaria, resulta apropiado para o que se acaba de afirmar recoller o que sostén a Sentenza 283/2014, do 20 de maio.*

*Senta, como doutrina reiterada, que, en virtude do contrato de seguro de responsabilidade civil “a autonomía do dereito do prexudicado ten marcados os seus límites pola lei e polo propio contrato de seguro”. É dicir, a acción directa do art. 76 LCS ten características e límites particulares, “pois o art. 73 LCS preceptúa que o asegurador responde dentro dos límites do contrato e da lei, co que xa temos unha fronteira ineludible para a acción directa”.*

*En similares termos a STS 485/2018, do 11 de setembro.*

*“O demandante, aínda que só demande á aseguradora, non poderá limitarse a invocar que a Administración asegurada lle causou un dano e a probar que o dito*

*dano está cuberto na póliza, senón que debe acreditar e obter un pronunciamento de que a Administración incorreu en responsabilidade patrimonial.*

*A contrapartida é que a aseguradora poderá exceptuar á pretensión dirixida na súa contra polo prexudicado, non só a culpa exclusiva da vítima, senón calquera outra circunstancia impeditiva da responsabilidade patrimonial”.*

A sentenza abunda sobre a doutrina xurisprudencial na que apoia tales afirmacións (FD terceiro, apartado 3).

En canto á competencia da xurisdición civil para pronunciarse prexudicialmente sobre a existencia de responsabilidade da Administración cando se exerza só a acción directa fronte á aseguradora, o TS dedica o apartado 4 do fundamento de dereito terceiro da súa sentenza, e con cita dos autos 3/2010, 4/2010 e 5/2010, do 22 de marzo de 2010, da Sala Especial de Conflitos de Competencia do Tribunal Supremo, sostén que:

*“Non parecen existir dúbidas acerca de que a xurisdición civil se poida e deba pronunciar prexudicialmente sobre a existencia de responsabilidade da Administración cando se exerza só a acción directa fronte á aseguradora, o que expresamente vén contemplado no art. 42 LAC.*

*Con dúas puntualizacións: que o pronunciamento prexudicial sobre se a Administración incorreu en responsabilidade patrimonial verificarase conforme a normativa desta, é dicir, conforme os artigos 139 e ss. da Lei 30/1992, así como que será para os únicos efectos do proceso, sen que iso supoña recoñecerlle competencia á xurisdición civil para declarar a responsabilidade da Administración pública asegurada (informe do Consello de Estado 331/1995, do 9 de maio), para o que se debe seguir o procedemento administrativo previsto legalmente”.*

A utilidade didáctica da sentenza reflíctese no apartado quinto do mesmo fundamento de dereito (terceiro), en que expón as diferentes posibilidades que se abren ao prexudicado cando acontece un sinistro polo que puidese exixirse responsabilidade patrimonial a unha Administración sanitaria, a saber:

*“(i) Que o prexudicado exerza contra a aseguradora da Administración a acción directa que prevé o art. 76 LCS, obviando seguir o procedemento administrativo previsto legalmente para reclamar responsabilidade e conseguinte indemnización desta.*

*Neste suposto, no que o prexudicado se dirixe, ao abeiro do art. 76 LCS, directa e exclusivamente contra a compañía aseguradora, a competencia para coñecer da acción corresponde necesariamente á xurisdición civil, pois non cabe acudir aos tribunais do contencioso-administrativo sen actuación ou omisión administrativa previa que revisar nin Administración demandada que condenar (STS do 15 de outubro de 2013, rec. 1578/2011).*

*Pero iso será para os únicos efectos prexudiciais polo que se refire á responsabilidade da Administración (art. 42.1 LAC), isto é, que só produce efectos no proceso civil e non no contencioso-administrativo, se chegase a existir, pois para que así*

*fose, isto é, se se pretendese demandar responsabilidade da Administración e condena desta, será preciso seguir a vía administrativa e contencioso-administrativa. E, como se expuxo, a prexudicialidade da responsabilidade da Administración, para os únicos efectos do proceso civil, debe verificarse conforme parámetros administrativos.*

*(ii) Que o prexudicado acuda á vía administrativa e contencioso-administrativa e que, unha vez declarada a responsabilidade da Administración e a súa condena, exerza contra a aseguradora desta a acción directa prevista no art. 76 LCS.*

*Neste caso a acción directa circunscribírase ao contrato de seguro, pois o presuposto técnico da responsabilidade do asegurado, que é a Administración, consta como vinculante, por ser aquela a única xurisdición que a pode condenar, isto é, a contencioso-administrativa.*

*Así se infire da Sentenza 625/2014, do 25 de febreiro.*

*(iii) Que o prexudicado opte por seguir o expediente administrativo de responsabilidade patrimonial e, ditada resolución pola Administración, sexa consentida por aquel ao non impugnala na vía contencioso-administrativa.*

*Naturalmente a cuestión xurídica que se puidese suscitar é se con posterioridade á resolución administrativa ou con anterioridade pero no curso da tramitación do expediente incoado, o prexudicado exerce a acción directa do art. 76 LCS contra a aseguradora da Administración.*

*A resolución administrativa ditada pode ser desestimando a existencia da responsabilidade ou asumindo a súa existencia e fixando a cuantificación da indemnización a satisfacer.*

*Este último suposto é o de autos e, polo tanto, o que vai merecer a nosa atención e axuizamento”.*

E, por último, en canto ao valor que se lle debe dar á resolución ditada pola Administración dentro do procedemento incoado contra a aseguradora ante a xurisdición civil, ao abeiro do artigo 76 LCS, e en canto ao que podían impugnar os reclamantes ante a xurisdición contencioso-administrativa, os apartados 6 e 7 son do seguinte teor:

*“É incuestionable que a parte demandante, no seu lexítimo dereito de opción ao que se fixo mención, optou voluntaria e libremente por acudir á vía administrativa previa para exixir da Administración unha indemnización do dano padecido por ser responsable da causa que o orixinou.*

*A reclamación patrimonial interpúxose con data do 7 de agosto de 2012 e ditouse resolución que puxo termo ao expediente o 3 de setembro de 2014.*

*Cando o expediente administrativo se atopaba en trámite, xa avanzado e con informe emitido polo inspector médico, a parte actora exerceu a acción directa contra a aseguradora en demanda datada o 9 de xaneiro de 2014 e presentada o 15 dese mes e ano.*

*A resolución administrativa resolveu “estimar a reclamación de danos e perdas formulada..., recoñecéndolles o dereito a percibir unha indemnización total actualizada por importe de 334.684,66 euros polos danos e perdas ocasionados”.*

*Esta resolución deveu firme xa que os que presentaron a reclamación patrimonial, que coinciden cos actores deste preito, non a impugnaron ante a xurisdición contencioso-administrativa.*

*7.- Diso colíxese que o único que podían impugnar os reclamantes ante a xurisdición contencioso-administrativa era o quantum indemnizatorio no caso de que discrepasen del, xa que a Administración asumiu a súa responsabilidade.*

*Se a iso se une, segundo expuxemos, que a aseguradora non pode quedar obrigada máis alá da obriga do asegurado, así como que a xurisdición contencioso-administrativa é a única competente para condenar á Administración, mentres que a xurisdición civil só coñece da súa responsabilidade e consecuencias para os efectos prexudiciais no proceso civil, convirase en que sería contrario á legalidade que se utilizase a acción directa para impugnar o acto administrativo, que se consentira, para os únicos efectos indemnizatorios.*

*Conseguírase así o recoñecemento en vía civil dunha responsabilidade da entidade aseguradora distinta cualitativa e cuantitativamente á que con carácter firme foi recoñecida e declarada polo órgano competente para iso ao culminar o procedemento administrativo legalmente previsto, que foi consentido polos prexudicados ao non acudir á xurisdición contencioso-administrativa, única que podería revisala.*

*Coa consecuencia de que sería condenada a aseguradora no proceso civil, en aplicación do art. 76 LCS, a unha cantidade superior á obriga da Administración asegurada, que de terse satisfeito se podería ter por extinguida.*

*Polo tanto, cando, como é o caso, existe unha estimación, total ou parcial, da reclamación, ponse en marcha unha serie de mecanismos que xustifican a solución que propugnamos.*

*Así: (i) fixada a indemnización, a aseguradora ou a propia asegurada poden pagala e extinguir o crédito; (ii) unha vez declarada a responsabilidade e establecida a indemnización, se o prexudicado non acode á vía contenciosa, eses pronunciamentos quedan firmes para a Administración; (iii) poden producirse, potencialmente, todos os efectos propios das obrigas solidarias, ademais do pagamento, xa mencionado; e (iv) a indemnización que queda firme en vía administrativa é o límite do dereito de repetición que o art. 76 LCS recoñece á aseguradora”.*

Esta doutrina foi reproducida, en parte, na posterior Sentenza do 8 de xullo de 2019 –recurso: 761/2017– (ROX: STS 2508/2019).

D) Incumprimento pola aseguradora da obriga que xorde do contrato de seguro concertado entre esta e a Administración local: xurisdición civil.

STS (Sala do Civil) do 27 de xuño de 2017 –recurso: 758/2015– (ROX: STS 2717/2017). Aplicación da doutrina dos actos separables<sup>46</sup>.

<sup>46</sup> Demanda dun Concello en reclamación de cantidade contra unha entidade aseguradora con base no contrato de seguro de responsabilidade civil/patrimonial na actividade da Administración local. O obxecto sobre o que versaba a demanda centrábase no incumprimento por parte da aseguradora do contrato suscrito entre as partes ante a súa negativa a proceder ao aboamento das indemnizacións aos prexudicados derivados dos danos e perdas ás vivendas lindeiras producidos durante a execución das obras destinadas á construción dun edificio promovido polo Concello demandante, sendo a orde xurisdiccional competente a civil. O TS estimou o recurso a distinguir entre a fase de preparación e adxudicación do contrato

E) Demandas contra a Administración en existencia de responsabilidade patrimonial que deriva directamente dunha relación contractual de carácter civil: xurisdición civil. ATS Sala de Conflitos do 21 de marzo de 2017 (A42/29/16)<sup>47</sup>.

F) Acción de repetición exercida pola Administración fronte ao contratista/concesionaria): xurisdición contencioso-administrativa.

Este tipo de accións foron coñecidas pola xurisdición contencioso-administrativa como sucede coa resolta na STS do 20 de novembro de 2018 –recurso: 1685/2017– (ROX: STS 4019/2018), aínda que dela imos destacar o pronunciamento sobre a necesidade ou non de que a Administración tramite un procedemento no que se exerza esta acción.

O caso analizado na STS do 20 de novembro de 2018 era de responsabilidade patrimonial por asistencia sanitaria. Nel, a Dirección do Servizo Canario de Saúde desestimou o recurso de reposición interposto por Hospiten (centro sanitario concertado) contra a resolución que recoñecía o dereito dun particular a percibir unha indemnización por unha defectuosa asistencia sanitaria “*sen prexuízo da posterior acción de repetición que se puidese exercer fronte ao centro concertado, o Hospital Bellevue*”.

Días despois a directora do Servizo Canario de Saúde ditou unha nova resolución pola que se exercía a acción de repetición contra o hospital Hospiten Bellevue, dispoñendo o seguinte:

*Primeiro. – Exercer contra Hospiten a repetición do importe aboado polo Servizo Canario da Saúde, en concepto de indemnización polos danos causados na asistencia sanitaria prestada a Don (...) Segundo. – Requirit a Hospiten para que proceda ao pagamento voluntario de (...), no lugar, forma e prazo que se detalla a continuación (...). Contra o presente acto, que pon fin á vía administrativa, cabe interpor (...).*

Contra esta última resolución Hospiten interpuxo recurso contencioso-administrativo argumentando en esencia que a Administración non seguiu procedemento ningún para exercer a acción de repetición:

*“A pesar da existencia legal, tendo producido indefensión as actuacións administrativas ao omitirse a imprescindible contradición, non existir motivación (no*

---

–cuxa impugnación se debería decidir ante a xurisdición contencioso-administrativa– daqueles conflitos que xurdan entre a Administración e a aseguradora en canto aos efectos e extinción do contrato –que sería competencia da xurisdición civil–.

<sup>47</sup> A responsabilidade solicitada derivaba directamente dunha relación contractual, pola cal o reclamante cedera o uso dun terreo da súa propiedade para que nel o Concello situase o vertedoiro municipal. As pretensións exercidas fundábanse en que o Concello nin deu un correcto uso á parcela, ao non cumprir coas prescricións ambientais aplicables a un vertedoiro, nin tampouco restituíu a parcela nas condicións en que debía facelo. O TS entende que non se trata propiamente dun contrato administrativo, senón dun contrato civil, atípico, de cesión de uso dun terreo. E que a pretensión exercida non se atopa entre as materias que a LOPX e a LXCA atribúen aos tribunais da orde contencioso-administrativa. O contrato de cesión de uso concertado entre as partes está excluído da aplicación do Real decreto lexislativo 3/2011, do 14 de novembro, polo que se aprobou o Texto refundido da Lei de contratos do sector público (en diante, LCSP), que expresamente deixa fóra do seu ámbito de aplicación os «contratos de compravenda, doazón, permuta, arrendamentos e demais negocios xurídicos análogos sobre bens inmobles (...)» (artigo 4.1 p). Conforme o artigo 21.2 LCSP, a orde xurisdiccional civil é a competente para resolver as controversias que xurdan entre as partes en relación cos efectos, cumprimento e extinción dos contratos privados, de maneira que nos atopamos ante un contrato subscrito por unha Administración pública, pero non ante un contrato administrativo. “*Neste sentido pronunciámonos noutras ocasións, entre elas, no auto do 5 de decembro de 2014 (recurso n. 26/2014), con ocasión dun contrato de arrendamento. En consecuencia, debemos concluír que, na medida en que o contrato concertado entre as partes non é un contrato administrativo e non está suxeito á lexislación de contratos do sector público, a competencia para coñecer da acción de responsabilidade civil contractual non corresponde aos tribunais do contencioso-administrativo, senón aos civís*”.

*texto da resolución impugnada, nin esta estar precedida de informes ou ditames previos), e concluír as actuacións administrativas cun resultado gravoso”.*

Engadía que no expediente para o recoñecemento da responsabilidade patrimonial non se acreditara a concorrencia de dolo, culpa ou negligencia graves, criterios que serían os legalmente exixidos de modo ineludible para posibilitar o inicio da denominada vía de regreso ou repetición.

O TS rexeitou a postura do centro concertado argumentando o seguinte:

*“cando ante unha reclamación de indemnización de danos e perdas por deficiente asistencia sanitaria formulada por un prexudicado á Administración, tendo sido prestada a asistencia por unha entidade privada en réxime de concerto coa Administración; se a propia Administración tramita o procedemento e no deste se dá plena intervención á entidade concertada, declárase na resolución que pon fin a este que procede a responsabilidade e se fixan as indemnizacións procedentes, pero imputando a devandita responsabilidade ao centro privado concertado, impondo a obriga de que proceda ao pagamento das indemnizacións con dereito de reintegro do centro concertado, esa mesma resolución, unha vez que adquire firmeza, é título suficiente para reclamar a Administración as cantidades aboadas á entidade concertada, sen necesidade de iniciar un novo procedemento para eses fins concretos”.*

G) Acción de repetición exercida pola aseguradora do contratista fronte á Administración: xurisdición contencioso-administrativa.

Unha acción desta natureza foi obxecto de análise pola xurisdición contencioso-administrativa na Sentenza do Xulgado do Contencioso-Administrativo número 13 de Barcelona do 9 de decembro de 2008 (ditada no proceso abreviado n. 393/2007), respecto da cal o TS en Sentenza do 1 de febreiro de 2012 –recurso: 24/2009– (ROX: STS 1498/2012) desestimou un recurso de casación en interese de lei interposto polo Concello.

Neste procedemento a controversia versou sobre a reclamación que a un Concello lle dirixiu a aseguradora que pagara o total da indemnización imposta solidariamente ao dito Concello e á empresa asegurada por unha anterior sentenza da orde contencioso-administrativa.

Pola súa banda, o TSX de Galicia en Sentenza do 30 de abril de 2003 (recurso 4213/1999) nun suposto semellante resolveu o seguinte:

*“A reclamación que por medio do presente recurso contencioso-administrativo exerce a entidade aseguradora “Plus Ultra” fronte á Administración demandada, co obxecto de que se lle aboe a metade dos gastos aos que foron condenadas solidariamente aquela Administración e a empresa contratista “Ginés Navarro, S.A.” –asegurada da recorrente– na Sentenza firme ditada pola Audiencia Provincial de Pontevedra do 12 de marzo de 1997, aínda que se apoia no exercicio da acción de repetición regulada no artigo 1.158 do Código civil, non por iso converte a xurisdición civil na xurisdición competente para coñecer este tipo de reclamacións. Aínda que a reclamación da recorrente non se apoie na existencia dunha relación*



*xurídica directa, ben de carácter administrativo, ben de carácter privado, entre ela e a Administración, da que puidese derivar con claridade a natureza da débeda reclamada e, pola súa vez a natureza civil ou administrativa da cuestión, non se pode descoñecer que a actriz, ao aboar a totalidade do importe indemnizador fixado na sentenza civil, en virtude das relacións de seguro que a vinculan cunha das condenadas no dito procedemento, subrogouse na posición xurídica desta, tratándose da entidade “Ginés Navarro, S.A.”, coa que a Consellería de Ordenación do Territorio e Obras Públicas da Xunta de Galicia si mantiña unha relación xurídico-administrativa derivada dun contrato de execución de obras públicas adxudicado pola Administración a aquela empresa, relación que é a que provocou, precisamente, que ambas as dúas fosen chamadas ao procedemento civil como demandadas nel, e que fosen condenadas ambas as dúas como responsables solidarias.*

*Estamos, en definitiva, ante o exercicio dunha reclamación que deriva da estimación, efectuada neste caso por unha resolución xudicial, dunha pretensión indemnizatoria que foi exercida por un particular con apoio na doutrina da responsabilidade patrimonial da Administración, polo que o tema que se somete a debate neste procedemento, no que se trata de distribuír a cota de responsabilidade entre os condenados solidariamente, pode englobarse dentro dunha concepción ampla da chamada responsabilidade patrimonial, que, como sostén o letrado da Administración demandada, inclúe toda petición reparadora fronte da Administración, e que fai competente a esta xurisdición contencioso-administrativa para o seu coñecemento, tratando con iso de lograr a eficacia do principio de unidade xurisdiccional para o coñecemento das pretensións de responsabilidade patrimonial da Administración pública, que tanto se defendeu polo Tribunal Supremo”.*

H) Reclamación de danos polos traballadores da empresa contratista: xurisdición social.

STS do 14 de outubro de 2010 –recurso de casación 3560/2006–, e STS do 29 de outubro de 2010 –recurso: 4459/2006– (ROX: STS 5979/2010).

En canto á responsabilidade da Administración por danos ocasionados a terceiros cando actúa a través de contratistas e concesionarios, nos termos previstos na lexislación de contratos do sector público, o TS sostén que estas normas se refiren a terceiros alleos á orde contractual establecida entre a Administración e os contratistas, excluindo polo tanto os traballadores vinculados co contratista por relacións laborais, de maneira que o exame da responsabilidade da Administración ou do contratista cando se trate de danos sufridos polos traballadores desta durante a execución do contrato queda excluído do establecido no artigo 196 LCSP, e corresponde única e exclusivamente á orde social, pois a responsabilidade nace das relacións laborais entre o contratista, ou subcontratista, e os seus empregados.

O TS na Sentenza do 14 de outubro de 2010 abordou como cuestión litixiosa a procedencia da responsabilidade patrimonial da Administración, concretamente da Autoridade Portuaria de Cartagena, a partir do accidente sufrido por un mergullador



que, ao servizo dunha empresa contratista, realizaba determinados traballos para a construción dun peirao deportivo ou dársena para embarcacións de recreo. Estas obras foran adxudicadas pola Xunta do Porto de Cartagena. A sentenza resolveu que non era procedente declarar a responsabilidade patrimonial da Administración portuaria xa que a Administración non incumprira o disposto no entón vixente artigo 97 da Lei de contratos, ao ter en consideración que:

*“O precepto citado vén referido á responsabilidade por danos ocasionados a terceiros, debendo entender, dentro do ámbito da norma en que se incardina o precepto que con iso se refire a terceiros alleos á orde contractual establecida entre a Administración e os contratistas que resulten afectados pola realización das obras, excluindo, polo tanto, os vinculados co contratista por relacións laborais, o exame de cuxa responsabilidade, polo tanto, queda excluído do establecido no dito precepto e corresponde única e exclusivamente á orde social pois nace das relacións laborais entre o contratista e o seu empregado”.*

E engade:

*“O anterior non se ve afectado polo feito de que a Administración nomease, como é obrigado, un director e axudante de dirección da obra que, en contra do que a sentenza afirma, non ten por función controlar a aplicación das medidas de seguridade e as actuacións do persoal laboral dependente do contratista ou sub-contratista, senón, pola contra, velar e comprobar a correcta realización da obra contratada nos termos previstos no contrato”.*

En parecidos termos pronunciouse a STS do 29 de outubro de 2010, en que tamén se xulgaba a posible responsabilidade patrimonial da Administración, neste caso por razón do accidente sufrido por un traballador que foi arrastrado por un tren mentres realizaba, como empregado dunha empresa contratista da Administración, determinadas obras de mantemento da vía férrea. Tamén neste caso se rexeitou a responsabilidade da Administración por tratarse dunha cuestión que pertencía ao ámbito da relación contractual entre o traballador e a súa empresa.

## 4 Procedemento xudicial

1) En relación co incumprimento da obriga que pesa sobre a Administración de pronunciarse sobre a repartición de responsabilidade ex artigo 196.3 da Lei LCSP, na vía xudicial podémonos atopar ante distintas situacións:

A) Cando na vía xudicial a demanda se dirixe unicamente fronte á Administración e non comparece a empresa contratista/concesionaria como codemandada. Nestes casos é aplicable a doutrina exposta baixo o apartado C.3 *“Efectos do incumprimento da obriga da Administración de pronunciarse sobre a cal das partes contratantes corresponde a responsabilidade dos danos”.*

B) Cando na vía xudicial a demanda se dirixe unicamente fronte á Administración, pero comparece no procedemento a empresa contratista/concesionaria como

codemandada. Nestes casos é frecuente que, mentres que a Administración trata de atribuír á contratista/concesionaria a responsabilidade na produción dos danos, esta trate de demostrar que os danos e perdas causados a terceiros durante a execución de contratos son consecuencia dunha orde inmediata e directa da Administración ou dos vicios do proxecto elaborado por ela mesma.

Pero se na demanda só se contén unha petición de condena da Administración, e o que se impugna é un silencio administrativo, tamén rexerá a doutrina exposta baixo o apartado C.3, sen prexuízo do dereito de repetición que corresponda á Administración fronte ao contratista/concesionario.

C) Cando na vía xudicial se impugna un silencio administrativo pero a demanda diríxese non só fronte á Administración, senón tamén fronte á empresa contratista/concesionaria. Nestes casos entendo que a sentenza deberá examinar o grao de responsabilidade en que unha e outra incorresen na produción dos danos, co correspondente pronunciamento de condena dunha ou outra, ou de ambas as dúas con carácter solidario, segundo o resultado da proba practicada.

D) Se o prexudicado decide esperar por unha resolución expresa, non poderá invocar o criterio exposto baixo o apartado C.3 se a Administración, aínda que sexa extemporaneamente, resolve conforme o previsto no artigo 196.3 LCSP e se pronuncia sobre quen é o responsable dos danos.

E) Se o prexudicado decide impugnar unha desestimación presunta por silencio administrativo, e extemporaneamente, estando en marcha o procedemento xudicial, a Administración resolve de forma expresa, se o fai conforme o previsto na norma, isto é, decidindo quen é o responsable dos danos, o recorrente poderá solicitar a ampliación do recurso a esa resolución extemporánea ao abeiro do disposto no artigo 36 LXCA, de entender que non é conforme cos seus intereses. Por exemplo, cando se atribúe responsabilidade ao contratista ou concesionario e o que quere o reclamante é que se lle atribúa en exclusiva á Administración, ou solidariamente a ambas as dúas, ou cando a estimación sexa parcial porque se aprecie unha compensación de culpas, ou porque non se estima a pretensión indemnizatoria na súa totalidade, etc.

F) Cando no acto administrativo non se pronuncia sobre a repartición de responsabilidade e desestima a reclamación por outros motivos, como, por exemplo, por prescrición, falta de lexitimación, etc.

2) En relación co cumprimento da obriga que pesa sobre a Administración de pronunciarse sobre a repartición de responsabilidade *ex* artigo 196.3 da Lei LCSP, na vía xudicial podémonos atopar ante estas situacións:

A) Que se admita a responsabilidade en exclusiva da Administración e se estime a reclamación do reclamante.

B) Que se admita unha responsabilidade solidaria da Administración e do contratista, estimándose a reclamación do reclamante. Este acto administrativo dificilmente será impugnado polo reclamante, pero si pode selo polo contratista.

C) Que se lle atribúa a responsabilidade en exclusiva ao contratista, estimándose a reclamación do reclamante, acto que poderá ser impugnado tanto polo reclamante

(por entender que tamén se debe atribuír responsabilidade solidaria, ou en exclusiva, á Administración) como polo contratista.

D) Que se lle atribúa a responsabilidade en exclusiva ao contratista, estimándose parcialmente a reclamación do reclamante, ben por apreciar unha concorrencia de culpas, ou por non se entender xustificadas determinados danos, caso en que o acto poderá ser impugnado tanto polo reclamante como polo contratista.

E) Que se faga un pronunciamento sobre quen sería o responsable dos danos, pero desestímase a reclamación por apreciar a prescrición da acción, unha falta de lexitimación, etc. Aínda que estes casos quizais sexan máis inusuais, pois de apreciar a Administración a prescrición da acción, unha falta de lexitimación ou calquera outra circunstancia que a exima da obriga de entrar a analizar a concorrencia dos requisitos da responsabilidade patrimonial –como o sería tamén no caso de ter por desistido o reclamante unha vez requirido para emendar algún defecto da súa solicitude e non o emendase–, a Administración apreciará a prescrición, ou a falta de lexitimación, etc., sen entrar naquela análise, nin na do suxeito responsable.

3) Papel do contratista, concesionario e aseguradoras no procedemento xudicial

En canto á aseguradora da Administración, o artigo 21.1 LXCA é claro ao outorgarlle a consideración de parte demandada.

*“Considérase parte demandada: c) As aseguradoras das administracións públicas, que sempre serán parte codemandada xunto coa Administración a quen aseguren”.*

Isto é o que obriga a emprazar no procedemento xudicial a aseguradora da Administración, mesmo cando non se pida a condena na demanda.

Incluso nestes casos, poderá interpor recurso de apelación contra a sentenza que se dite no procedemento, na cal se condene a aseguradora (a Administración).

Así se pronunciou o TSXG na Sentenza ditada o 13 de febreiro de 2019 –recurso de apelación n. 395/2018–:

*“Non se pode negar lexitimación pasiva neste procedemento á aseguradora apelante desde o momento en que a propia lei así lla recoñece, ao dispor no artigo 21.1 c) LXCA que son consideradas parte demandada as aseguradoras das administracións públicas, que sempre serán parte codemandada xunto coa Administración a quen aseguren.*

*Aínda que no escrito de demanda non se solicitase, nin na sentenza se estendese, o pronunciamento de condena á aseguradora da Administración, este dato non elimina a lexitimación pasiva da que goza, e con ela a lexitimación para recorrer contra a sentenza ditada neste procedemento, pois o interese lexítimo que xustifica o recoñecemento ex lege de lexitimación nestes procedementos debe recoñecerse entón para recorrer en apelación a sentenza na que se condena a Administración coa que subscribiu unha póliza de seguro.*

*Por iso o recurso presentado pola aseguradora “Segurcaixa Adeslas, S.A.” foi correctamente admitido”.*

Quen está obrigada a efectuar a emprazamento da aseguradora é a propia Administración (art. 49.1 LXCA) aínda que, e dado que a compañía aseguradora vai responder unicamente dentro dos límites cuantitativos do contrato de seguro, se na



póliza se estipulou unha franquía ou outras limitacións de responsabilidade, non será necesario que a aseguradora sexa chamada ao procedemento se o sinistro non entra dentro da cobertura da póliza.

Agora ben, os contratos de seguros que poidan subscribir as administracións públicas coas compañías aseguradoras son contratos privados, o que significa que as cuestións que se susciten sobre a cobertura do seguro e demais cuestións relacionadas coa interpretación e execución do contrato de seguro, deberán dilucidarse ante a xurisdición civil, e non ante a xurisdición contencioso-administrativa.

Neste tipo de procedementos tamén é obrigado o emprazamento da contratista e da concesionaria, como tivo ocasión de sinalar o TS na Sentenza do 24 de maio de 2007 –recurso: 5950/2003– (ROX: STS 3524/2007), á que lles seguiron outras como a STS do 15 de xuño de 2010, que declarou a nulidade das actuacións xudiciais por non citar o contratista ou concesionario e causarlle indefensión.

Na STS do 24 de maio de 2007 impugnábanse as desestimacións presuntas por silencio administrativo, por parte da Xefatura de Estradas do Estado en Pontevedra, dunhas reclamacións de responsabilidade patrimonial polos danos e perdas sufridos pola recorrente a causa da parada da explotación da súa factoría da súa propiedade por corte na subministración de auga. Nesta sentenza o TS sostivo que:

*“A irregularidade da situación procesual determinante de indefensión resulta tamén no suposto examinado da circunstancia non alegada polo Avogado do Estado, pero observada por esta sala, da falta de localización individual da empresa contratada cuxo interese na resolución do proceso, dado que a Administración demandada sostén e trata de demostrar que a responsabilidade a ela soamente incumbe, é evidente”.*

Non obstante, en canto á aseguradora do empregado público que causara o dano, a Sentenza do TSXG do 21 de novembro de 2018 (ROX: STSX GAL 4864/2018), recurso: 265/2018, negoulle lexitimación e interese lexitimo no procedemento ao non ser a aseguradora da Administración sanitaria, e polo tanto negoulle lexitimación para recorrer contra a sentenza ditada no procedemento en que xa se descartaba a posibilidade de entrar a examinar a responsabilidade civil que puidese corresponder á enfermeira (causante do dano), e polo tanto a que puidese corresponder á súa aseguradora.

#### 4) Inexistencia de litisconsorcio pasivo necesario:

Se algunha das entidades emprazadas (sexa a aseguradora, sexa a contratista/concesionaria) decide non comparecer no procedemento, non por iso se poderá apreciar a existencia dun litisconsorcio pasivo necesario, figura que non é aplicable na xurisdición contencioso-administrativa, conforme se sinalou en diferentes pronunciamentos xudiciais, como a sentenza do TSX de Cataluña do 7 de abril de 2014, ou a do TSX de Castela e León do 19 de novembro de 2014, e xa antes na STS do 25 de maio de 2010.

Como xa tivo ocasión de pronunciarse o Tribunal Supremo na súa Sentenza, entre outras, do 10 de outubro de 1988, esta excepción carece de operatividade no proceso contencioso-administrativo –non de lesividade–, xa que o recurso non se interpón contra persoas determinadas, senón contra un acto, e deveñen demandados automaticamente a Administración autora deste e todos aqueles aos cales tivese orixinado

dereitos, correspondendo a lexitimación pasiva no procedemento, conforme o artigo 29.1.a) – artigo 21.1.a) da vixente LXCA–, á Administración da que proviñese o acto contra o que se recorreu.

Se a iso lle engadimos a natureza das reclamacións de responsabilidade patrimonial, fundamentadas no funcionamento anormal dos servizos públicos, resulta que o recurso dirixido contra a Administración a quen se lle encomendan estes servizos públicos fai innecesaria a concorrencia doutros particulares no procedemento.

Como xa se sinala na Sentenza do TSX de Galicia do 15 de outubro de 1998, de existir unha pluralidade de responsables dun feito danoso, iso dá lugar a unha situación de solidariedade, na cal non cabe falar de litisconsorcio pasivo necesario xa que o prexudicado é libre de reclamar contra calquera dos responsables; e, se a Administración non é responsable, a consecuencia será simplemente a desestimación do recurso.

E aínda que o artigo 21.1 b) da LXCA di que no proceso contencioso-administrativo se considerará parte demandada as persoas ou entidades cuxos dereitos ou intereses lexítimos puidesen quedar afectados pola estimación das pretensións do demandante, iso non significa que nos supostos de reclamación de responsabilidade patrimonial se poida falar dunha situación litisconsorcial pasiva necesaria, que, constituíndo unha excepción propia do ordenamento procesual civil, non debe trasladarse á xurisdición contencioso-administrativa dunha forma xenérica, desde o momento en que nesta xurisdición se arbitra un mecanismo do chamamento a autos dos interesados que é moi diferente do sistema establecido pola Lei de axuízamento civil. E así no proceso civil é o demandante o único que pode sinalar que debe ser chamado ao proceso, e en cambio no proceso contencioso-administrativo o demandado é a Administración autora do acto administrativo. A presenza e intervención doutros interesados en calidade de demandados non depende tanto do recorrente, senón inicialmente da propia Administración autora do acto, quen ten obriga de emprazar cantos aparezan interesados no expediente, conforme o disposto no artigo 49 da Lei 29/98, do 13 de xullo, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa, de maneira que, de entender que alguén máis que ela debe ser chamada ao procedemento, é a súa obriga pór en coñecemento desa outra persoa ou organismo público a súa existencia.

A Sentenza da Audiencia Nacional 206/2016, do 9 maio –recurso 55/14– (XUR 2016\120945), é claramente expresiva desta doutrina.

A AN razoa o seguinte:

*“Non obstante, dáse a circunstancia de que a lei desta xurisdición regula de modo completo a válida constitución da relación xurídico-procesual nos seus aspectos subxectivo, obxectivo e causal, facendo innecesario o complemento da lexislación procesual civil e, ademais, no noso procedemento non existen situacións de litisconsorcio, activo ou pasivo, de carácter necesario, senón, en calquera caso, de natureza voluntaria e dispositiva, de modo que resulta inviable impedir o normal desenvolvemento do proceso pola razón de que a parte recorrente non dirixise a acción fronte a terceiros distintos da Administración autora do acto, disposición, inactividade ou vía de feito que en cada caso se axuíza.*

*En canto á intervención dos terceiros no proceso, a previsión normativa pode resumirse, no substancial, no disposto no artigo 19 da Lei xurisdiccional, que en relación cos particulares consagra a regra xeral de que “están lexitimados ante a orde xurisdiccional contencioso-administrativa: a) As persoas físicas ou xurídicas que posúan un dereito ou interese lexítimo”, así como no artigo 49, que garante a presenza destes interesados no proceso, pois o seu apartado primeiro ordena á Administración traer ao proceso “cantos aparezan como interesados nel, emprazándoos para que poidan comparecer como demandados no prazo de nove días...”, mentres que o apartado terceiro somete ao control xudicial o exame acerca da regularidade de tales emprazamentos, afirmando que “(o xuíz ou tribunal) comprobará que se efectuaron as debidas notificacións para emprazamento e, se advertise que son incompletas, ordenará á Administración que se practiquen as necesarias para asegurar a defensa dos interesados que sexan identificables”. Este réxime de intervención no proceso pode verse alterado en determinadas circunstancias particulares, derivadas das relacións xurídicas establecidas no seo do procedemento administrativo previo. A diferenza do que sucedía no pasado, coa nova lei é posible a chamada de terceiros como eventuais responsables, que poden ser polo tanto condenados xunto á Administración ou en lugar desta. Para o caso da responsabilidade patrimonial, tal conclusión é deducible tanto do artigo 9.4 da Lei orgánica do poder xudicial (RCL 1985, 1578 e 2635) como do artigo 2.e) da Lei desta xurisdición, da que cabe inferir, implicitamente, esta posibilidade, pois ao residenciar exclusivamente ante a nosa xurisdición as cuestións que se susciten acerca da responsabilidade patrimonial da Administración, dá cabida á presenza de suxeitos privados para determinar a súa participación na produción do feito danoso e a correlativa capacidade para responder deles, de forma conxunta ou alternativa coa imputable á Administración, o que permite concluír a posibilidade de que estes terceiros poidan ser formalmente demandados e, por iso, eventualmente condenados no proceso contencioso-administrativo. Cabe citar tamén a este respecto o artigo 98 da Lei de contratos das administracións públicas, sobre danos causados polo contratista como consecuencia das operacións necesarias para a execución do contrato.*

*Agora ben, unha cousa é que o demandante poida dirixir a súa acción contra persoas alleas á Administración, ampliando con iso o ámbito subxectivo dos posibles responsables e garantindo así, en maior medida, o éxito da súa pretensión e a plena satisfacción do seu dereito, e outra ben distinta que aquel se vexa obrigado, so pena de inadmisibilidade, a demandar estes terceiros aos que se poida imputar a concorrencia na produción do dano.*

*Polo demais, o artigo 9.4 da Lei orgánica do poder xudicial (RCL 1985, 1578, 2635), que é unha regra de determinación da competencia xurisdiccional en materia de responsabilidade patrimonial e que, ademais, constitúe unha expresión da unidade xurisdiccional, habilita o recorrente pero non lle ordena dirixir a súa acción fronte aos suxeitos privados, pois a interpretación máis acorde coa índole e finalidade do precepto é a de considerar que, posto que a Administración só pode*



*ser demandada ante a nosa xurisdición cando se lle reclame responsabilidade patrimonial por causa do funcionamento dos seus servizos públicos “calquera que sexa a natureza da actividade ou o tipo de relación de que derive” (artigo 9.4 LOPX ( RCL 1985, 1578, 2635)), a eventual responsabilidade concorrente dos suxeitos privados deberá dilucidarse precisamente neste proceso, para así asegurar a unidade xurisdicional, impedindo dividir a continencia da causa, fonte de posibles decisións xurisdicionais contraditorias, pero a expresión legal “se á produción do dano concorresen suxeitos privados, o demandante deducirá tamén fronte a eles a súa pretensión ante esta orde xurisdicional” non pode interpretarse, a pesar dos seus taxativos termos gramaticais, como un mandato que aboque o recorrente á necesidade imperiosa, baixo sanción procesual, de demandar a estes terceiros, senón, como máximo, como a prohibición de separar unha e outra pretensión, remitíndoas a xurisdicións diferentes por razón da distinta identidade ou natureza do imputado como responsable. Razón que impide apreciar, sen prexuízo das accións legais que puidesen exercerse á marxe do presente proceso, a causa de inadmisibilidade en debate”.*

### 3) Prescrición da acción:

O artigo 1973 do Código civil establece que a prescrición das accións se interrompe polo seu exercicio ante os tribunais, por reclamación extraxudicial do acreedor e por calquera acto de recoñecemento da débeda polo debedor.

Na vía administrativa, a reclamación que presente o prexudicado interrompe a prescrición fronte á aseguradora, fronte ao contratista e fronte ao concesionario.

E o artigo 196.3 da vixente Lei 9/2017 LCSP establece que:

*“Os terceiros poderán requirir previamente, dentro do ano seguinte á produción do feito, o órgano de contratación para que este, oído o contratista, informe sobre a cal das partes contratantes corresponde a responsabilidade dos danos. O exercicio desta facultade interrompe o prazo de prescrición da acción”.*

E na vía xudicial, tendo en conta o exposto sobre a competencia xurisdiccional, xa podemos adiviñar que, se o prexudicado acode á xurisdición civil fronte á Administración en exercicio dunha acción de responsabilidade patrimonial, non vai interromper o prazo para acudir á xurisdición contencioso-administrativa, porque a presentación da demanda civil representa unha manifesta falta de dilixencia do recorrente, ao ser clara e evidente a competencia da orde contencioso-administrativa para o coñecemento das reclamacións desta natureza.

A xurisprudencia do Tribunal Supremo afirma que a prescrición de calquera acción se interrompe pola interposición de reclamacións en ámbitos xurisdicionais distintos cando as regras sobre competencia non sexan claras –por todas, sentenzas da Sección Sexta da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo do 26 de maio de 1998 ou a do 18 de xaneiro de 2006–, referidas respectivamente á interrupción da prescrición por exercicio dunha acción civil e dunha acción penal.

Pero como di tamén o TC na súa Sentenza 194/2009, do 28 de setembro:

Regap



ESTUDOS



*“A interpretación realizada polo órgano xudicial sobre que o prazo de prescripción non cabe interromperse nos supostos en que sexa manifesta a falta de dilixencia da parte por ser evidente a incompetencia da orde xurisdiccional á que se dirixa a primeira reclamación non pode cualificarse de arbitraria nin de irrazoable”.*

4) ¿Pódese condenar os suxeitos privados?:

A posibilidade de condena do suxeito privado na sentenza que se dite no proceso contencioso-administrativo é admitida polo TS desde a súa Sentenza do 26 de setembro de 2007, obxecto de cita nas posteriores, como as do 21 de novembro de 2007 e do 14 de outubro de 2010: *“admitimos a posibilidade de que a orde xurisdiccional contencioso-administrativa se pronuncie sobre a condena de particulares con exclusión do recoñecemento de responsabilidade da Administración”.*

A propia Sala Terceira do Tribunal Supremo (STS 21.11.2007 Sección Sexta) admite que se pode condenar pola xurisdición contencioso-administrativa só o contratista e, evidentemente, tamén a súa compañía de seguros.

5) Execución das sentenzas que condenan un suxeito privado:

O proceso de execución de sentenzas que regulan os artigos 103 e seguintes da LXCA está deseñado para executar sentenzas de condena de dar ou de facer dirixidas á Administración pública.

Pero iso non significa que neste ámbito da responsabilidade patrimonial non existan mecanismos ao alcance do xuíz para executar as sentenzas que dite na orde xurisdiccional contencioso-administrativa condenando suxeitos privados, pois as mesmas garantías que o lexislador ofrece a favor de quen se viu favorecido por unha sentenza condenatoria da Administración deben estenderse a quen se viu favorecido por unha sentenza en que o suxeito condenado sexa un suxeito de dereito privado, só que nestes casos para executar esta sentenza o xuíz terá que acudir ás normas de execución de sentenzas previstas na LAC (e en particular as que se recollen no título IV (Execución en diñeiro), artigos 571 e ss.) de aplicación supletoria no proceso contencioso-administrativo, de conformidade co disposto na disposición derradeira primeira da Lei xurisdiccional.

## 5 Conclusión

Son múltiples as cuestións, tanto de carácter substantivo como de carácter procedemental, que xiran arredor do réxime de responsabilidade patrimonial das administracións públicas cando actúan a través de suxeitos privados e, en particular, cando o fan a través de contratistas e concesionarios.

A resposta que ofrecen os tribunais, a través dos seus pronunciamentos xudiciais, ás preguntas que se fai o prexudicado ou vítima dun dano detrás do cal hai un suxeito privado vinculado á Administración en réxime de contratación ou concesión administrativa acomódase esencialmente á letra das normas de aplicación.

Aínda que é verdade que, salvo a lexislación galega, que é un pouco máis completa no ámbito substantivo, as leis estatais básicas e a de contratos do sector público, así como as leis procesuais no ámbito do procedemento xudicial, non ofrecen unha

regulación clara e concreta sobre todas as cuestións formuladas e tratadas neste traballo, unha combinación do que din xuíz e lexislador permite atopar solucións que, sen chegar a consolidar un réxime de responsabilidade obxectiva nestes casos, representen unha garantía para o cidadán que sufriu o dano.

Pero seguen persistindo discrepancias xurídicas e xudiciais sobre moitas das cuestións analizadas, como se viu ao longo deste traballo, sobre todo en canto á xurisdición competente para coñecer das impugnacións presentadas segundo a opción escollida polo prexudicado para facer valer a súa pretensión indemnizatoria, e en maior medida cando detrás da produción de dano nos atopamos con entidades públicas con natureza xurídica híbrida.

## Bibliografía

- BOCANEGRA SIERRA, R., “La responsabilidad civil de los concesionarios y contratistas de la Administración por daños causados a terceros”, *Documentación Administrativa*, n. 237-238, 1994 (<https://doi.org/10.24965/da.voi237-238.5353>).
- CABO OLVERA, T., *El procedimiento para la exigencia de responsabilidad patrimonial a las Administraciones Públicas. Ley 39/2015 y Ley 40/2015 Normativa, jurisprudencia, doctrina y formularios*, Bosch, Barcelona, 2019.
- GARCÍA RUBIO, F., e FUENTES I GASÓ, R., *La responsabilidad de las Administraciones Públicas tras la nueva Ley de Régimen Jurídico del Sector Público. Cuatro estudios*, Colección: Derecho y Administración, Atelier, Barcelona, 2017.
- GARCÍA SANZ, J., “En torno a la Responsabilidad patrimonial concurrente de las Administraciones Públicas y de sujetos privados”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n. 9, 2004.
- HORGUÉ BAENA, C., “La responsabilidad del contratista por daños causados a terceros de los contratos administrativos”, *Revista de Administración Pública*, n. 147, setembro-deseembro 1998 (<https://dialnet.unirioja.es>).
- MANTECA VALDELANDE, V., “Reclamación de responsabilidad a las Administraciones Públicas, Responsabilidad patrimonial de los contratistas del sector público”, *Actualidad Administrativa*, n. 8, Sección Práctica Profesional, quincena do 16 ao 30 de abril de 2011, p. 1028, tomo 1, Editorial La Ley, 2011.
- MARTÍN REBOLLO, L., “Ayer y hoy de la Responsabilidad patrimonial de la Administración: Un balance y tres reflexiones”, *Revista de Administración Pública*, n. 150, xaneiro-abril 2000.
- MARTÍN REBOLLO, L., *La responsabilidad patrimonial de las entidades locales*, Colección: Biblioteca de Derecho Municipal, Iustel, Madrid, 2005.
- PIZARRO NEVADO, R., “Disposiciones generales, principios de actuación y funcionamiento del sector público”, Gonsálbez Pequeño, H. (dir.), *El nuevo régimen jurídico del sector público*, El consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2016.

Regap



ESTUDIOS

## Relación de sentencias

### Tribunal Constitucional

STC 15/2016, de 1 de febrero de 2016 (BOE n. 57, de 7 de marzo de 2016)

### Tribunal Supremo

#### Sala do Contencioso-Administrativo

- STS do 30 de abril de 2001 –recurso de casación: 9396/1996–
- STS do 30 de outubro de 2003 –recurso de casación: 3315/1999–
- STS do 24 de maio de 2007 –recurso: 5950/2003– (ROX: STS 3524/2007)
- STS do 30 de marzo de 2009 –recurso: 10680/2004–
- STS do 14 de outubro de 2010 –recurso de casación: 3560/2006–
- STS do 29 de outubro de 2010 –recurso: 4459/2006– (ROX: STS 5979/2010)
- STS do 30 de novembro de 2011 –recurso: 5978/2009– (ROX: STS 8708/2011)
- STS de 1 febreiro de 2012 –recurso: 24/2009– (ROX: STS 1498/2012)
- STS do 11 de febreiro de 2013 –recurso: 5518/2010– (ROX: STS 647/2013)
- STS do 14 de outubro de 2013 –recurso: 704/2011– (ROX: STS 4996/2013)
- STS do 25 de outubro de 2016 –recurso: 2537/2015– (ROX: STS 4625/2016)
- STS do 20 de novembro de 2018 –recurso: 1685/2017– (ROX: STS 4019/2018)

#### Sala do Civil

- STS do 22 de outubro de 2012 –recurso: 500/2010– (ROX: STS 7374/2012)
- STS do 15 de outubro de 2013 –recurso: 1578/2011– (ROX: STS 4953/2013)
- ATS do 14 de xaneiro de 2014 –recurso: 3417/2012–
- ATS do 16 de novembro de 2016 –recurso: 3142/2014– (ROX: ATS 10306/2016)
- STS do 27 de xuño de 2017 –recurso: 758/2015– (ROX: STS 2717/2017)
- STS do 5 de xuño de 2019 –recurso: 2992/2016– (ROX: STS 1840/2019)
- STS do 18 de xullo de 2019 –recurso: 761/2017– (ROX: STS 2508/2019)

#### Sala de Conflictos de Competencia:

- AATS de 22/03/2010 –conflictos de competencia 23/2009, 25/2009 e 27/2009–, 18/10/2010 –CC 21/2010–, 17/10/2011 –CC 27/2011–, 3/10/2011 –CC 28/2011–, 5/12/2011 –CC 46/2011–, 24/09/2012 –CC 22/2012 e CC 4/2013–
- ATS do 24 de abril de 2015 –recurso 4/2015– (ROX: ATS 2965/2015)
- ATS do 19 de decembro de 2016 (ROX: ATS 12363/2016)
- ATS do 21 de marzo de 2017 (A42/29/16)

- ATS do 30 de maio de 2018 –CC: 21/2017– (ROX: ATS 6028/2018)
- ATS do 8 de xuño de 2018 –CC 5/2018– (ROX: ATS 6306/2018)
- ATS do 17 de decembro de 2018 (ROX: ATS 13913/2018)
- ATS do 26 de febreiro de 2019 (ROX: ATS 2293/2019)

## Audiencia Nacional

- SAN do 6 de maio de 2013 –recurso: 93/2012– (ROX: SAN 2242/2013)
- SAN do 9 de maio de 2016 –recurso: 55/14– (XUR 2016\120945)

## Tribunais superiores de xustiza

- STSXG do 4 de abril de 2003 (recurso contencioso-administrativo n.4561/1999)
- STSXG do 30 de abril de 2003 (recurso 4213/1999)
- STSX Andalucía do 23 de outubro de 2017 (ROX: AND15555/2017)
- STSXG do 21 de novembro de 2018 –recurso 265/2018– (ROX: STSX GAL 4864/2018)
- STSXG do 18 de decembro de 2018 (recurso 554/2018)
- STSXG do 19 de decembro de 2018 (ROX: STSX GAL 5032/2018)
- STSXG do 13 de febreiro de 2019 (recurso de apelación n.395/2018)

## Audiencias provinciais

- AAP A Coruña (sede Santiago de Compostela) do 19 de novembro de 2008 –recurso: 438/2008– (ROX: AAP C 636/2008)
- SAP Lleida do 26 de maio de 2017 (ROX: AAP L 353/2017)
- SAP Madrid do 13 de marzo de 2018 (ROX: AAP M 938/2018)

## Abreviaturas

AAPP: Administracións públicas  
AAP: Auto Audiencia Provincial  
AATS: Autos do Tribunal Supremo  
Adif: Administrador de Infraestruturas Ferroviarias  
AN: Audiencia Nacional  
ATS: Auto do Tribunal Supremo  
CC: Conflito de competencia  
CE: Constitución española  
LCS: Lei de contrato de seguro  
LCSP: Lei de contratos do sector público  
LAC: Lei de axuízamento civil  
LXCA: Lei de xurisdición contencioso-administrativa

regap



ESTUDIOS

LO: Lei orgánica

LOPX: Lei orgánica do poder xudicial

LOU: Lei orgánica de universidades

LPAC: Lei procedemento administrativo común das administracións públicas

LRXSP: Lei de réxime xurídico do sector público

Renfe: Rede Nacional de Ferrocarriles Españoles

SAP: Sentenza Audiencia Provincial

STC: Sentenza do Tribunal Constitucional

STS: Sentenza do Tribunal Supremo

TC: Tribunal Constitucional

TS: Tribunal Supremo

TSX: Tribunal Superior de Xustiza

TSXG: Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

# Estrutura orgánica da Mutualidade Xeral Xudicial

Estructura orgánica de la Mutualidad General Judicial

Organic structure of the General Mutual Insurance Scheme for the Judiciary



CARMEN NÚÑEZ FIAÑO

Maxistrada suplente do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia  
Doutora en Dereito  
carmen.nunez.fiano@gmail.com

Recibido: 18/11/2019 | Aceptado: 19/12/2019

DOI: <https://doi.org/10.36402/10.36402/regap.v1i58.58>

Regap



ESTUDIOS

**Resumo:** Este traballo analiza a estrutura orgánica da Mutualidade Xeral Xudicial, recentemente modificada, pondo de relevo as diferenzas que se observan respecto das regulacións precedentes, así como as vicisitudes destas. Igualmente, analízanse as disfuncións e anomalías que fundamentan a reforma operada en 2019 para, desde o seu coñecemento, valorar a idoneidade dos cambios introducidos.

**Palabras clave:** Mutualidade Xeral Xudicial (MUXEXU), estrutura orgánica, Comisión Reitora, Consello Xeral, Presidente, representación, sistema de elección.

**Resumen:** Este trabajo analiza la estructura orgánica de la Mutualidad General Judicial, recientemente modificada, poniendo de relieve las diferencias que se observan respecto de las regulaciones precedentes, así como las vicisitudes de estas. Igualmente, se analizan las disfunciones y anomalías que fundamentan la reforma operada en 2019 para, desde su conocimiento, valorar la idoneidad de los cambios introducidos.

**Palabras clave:** Mutualidad General Judicial (MUGEJU), estructura orgánica, Comisión Rectora, Consejo General, Presidente, representación, sistema de elección.

**Abstract:** The present work analyzes the organic structure of the MUGEJU, recently modified, highlighting the differences observed with respect to the previous regulations, as well as the vicissitudes of these. Likewise, the dysfunctions and anomalies that underlie the reform operated in 2019 are analyzed to assess the suitability of the changes introduced.

**Key words:** General Mutual Insurance Scheme for the Judiciary (*Mutualidad General Judicial*; MUGEJU), organizational structure, Governing Commission, General Council, Chairman, representation, election system.

**SUMARIO:** 1 Introducción. 1.1 Ámbito deste traballo. 1.2 Fitos normativos na composición da Mutualidade Xeral Xudicial. 2 Análise dos cambios orgánicos relevantes da Mutualidade Xeral Xudicial. 2.1 Estrutura inicial. 2.1.1 Asemblea Xeral. 2.1.2 Xunta de Goberno. 2.1.3 Presidente. 2.1.4 Outros órganos. 2.2 Reforma de 2006. 2.2.1 Motivos determinantes da nova regulamentación orgánica da Mutualidade Xeral Xudicial. 2.2.2 Especial referencia á Sentenza do Tribunal Supremo do 31 de marzo de 2008. 2.2.3 Órganos da Mutualidade e o seu funcionamento baixo a vixencia do Real decreto 1206/2006. 2.2.3.a Asemblea Xeral. 2.2.3.b Comisión Permanente. 2.2.3.c A Xerencia. 3 Actual estrutura orgánica. 3.1 Xustificación do Real decreto 96/2019. 3.2 Alcance da reforma. 3.2.1 Consello Xeral. 3.2.2 Comisión Reitora. 3.2.3 Xerencia. 3.2.4 Delegados Provinciais. 4 Disposicións comúns. 5 Conclusións.

# 1 Introducción

## 1.1 Ámbito deste traballo

Malia que tanto na Lei 109/1963, do 20 de xullo, de bases dos funcionarios civís do Estado<sup>1</sup>, como no texto articulado de 1964<sup>2</sup> se prevía a aprobación dunha lei reguladora da Seguridade Social de tal colectivo, esta non vería a luz ata pasados dez anos. Con igual contido que o da base I.2.a) do primeiro texto legal e do artigo 2.2.a) do segundo, a Lei 29/1975, do 27 de xuño, sobre Seguridade Social dos funcionarios civís do Estado<sup>3</sup> (LSSFCE), excluíu do seu ámbito de aplicación o persoal ao servizo da Administración de xustiza<sup>4</sup>, cuxo réxime especial de Seguridade Social, conforme a disposición adicional segunda, sería regulado por unha lei especial, aínda que adaptada ás súas directrices e en réxime de mutualismo, a través dunha Mutualidade de Funcionarios da Administración de Xustiza.

Houbo que agardar case tres anos máis ata a efectiva inserción da Administración de xustiza no sistema de Seguridade Social<sup>5</sup>, a través do RDlei 16/1978, do 7 de xuño<sup>6</sup>.

A implantación do Réxime Especial de Seguridade Social do Persoal ao Servizo da Administración de Xustiza (RESSPAX) pretendía acabar coas deficiencias da situación anterior dentro dunhas directrices concretas: a tendencia á unidade, a participación

<sup>1</sup> BOE n. 175, do 23 de xullo de 1963.

<sup>2</sup> Aprobouse polo Decreto 315/1964, do 7 de febreiro, publicado no BOE n. 40, do 15 de febreiro de 1964.

<sup>3</sup> BOE n. 155, do 30 de xuño de 1975.

<sup>4</sup> Dispuña o artigo terceiro. Dous, d) da Lei 29/1979: "Quedan excluídos deste réxime especial e seguirán rexéndose polas súas normas específicas: ... Os funcionarios ao servizo da Administración de xustiza".

<sup>5</sup> Integración que algún autor considera meramente formal, conformando ao seu xuízo un mecanismo de previsión xustaposto. De tal opinión é RODRÍGUEZ CARDO, I. A., "La progresiva homogeneización de los regímenes de Seguridad Social de los funcionarios públicos: novedades en el primer semestre de 2009", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n. 84, 2009, p. 185. GARCÍA NINET, J. I., e DOLZ LAGO, M. J., "Regímenes Especiales de Funcionarios Públicos", De la Villa Gil, L. E. (dir.), *Derecho de la Seguridad Social*, 5.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 895-896, afirman que os funcionarios públicos, a pesar do mantemento de singulares mecanismos de protección propios da previsión social administrativa, están incluídos no Sistema de Seguridade Social a través dos réximes especiais. Cualifican os réximes especiais de funcionarios como periféricos BLASCO LAHOZ, J. F., LÓPEZ GANDÍA, J., e MOMPARLER CARRASCO, M. A., *Regímenes Especiales de la Seguridad Social*, 12.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 37. Vid. tamén, CANALES GIL, Á., *El sistema español de clases pasivas del Estado*, Cedecs, Barcelona, 1996, p. 340. Tamén de fronteirizos, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., "La necesaria integración de la protección social de los funcionarios públicos en el Régimen General de la Seguridad Social. Una tarea pendiente", *Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF)*, n. 183, 1998, pp. 85 e ss.

<sup>6</sup> BOE n. 137, do 9 de xuño de 1978.



dos interesados no goberno da nova mutualidade e a prestación da necesaria cobertura económica polo Estado. A diversidade de mecanismos de cobertura<sup>7</sup> articulados a través das clases pasivas, axuda familiar e prestacións que derivaban dos montepíos do século XIX<sup>8</sup>, asumidas por algunhas mutualidades, xeraron diferenzas obxectivas na protección social do persoal da Administración de xustiza e, a consecuencia diso, non poucas desigualdades<sup>9</sup>. O establecemento deste réxime especial pretendía, esencialmente, a eliminación destas diferenzas e anomalías; mostra diso é que o lexislador na exposición de motivos consignaba a súa preocupación por tales deficiencias e manifestaba a súa vontade de corrixilas: “*sequera sexa para que a asistencia sanitaria, urxente e inaprazable, sexa prestada de xeito eficaz e unitario a tan importante colectivo de funcionarios*”.

O RDlei 16/1978 creou a Mutualidade Xeral Xudicial (MUXEXU), encargada de xestionar o réxime especial que instauraba<sup>10</sup>. Non obstante, deixou subsistentes as mutualidades que integraban a Agrupación Mutuo-Benéfica de Funcionarios da Administración de Xustiza, cos seus réximes e fontes de financiamento, co fin de que quedasen garantidos os dereitos adquiridos polos mutualistas, aínda que se contemplaba a súa integración no Fondo Especial da MUXEXU, como de feito se produciu<sup>11</sup>. En calquera caso, declarouse a compatibilidade dos mecanismos de cobertura regulados nesta norma legal cos das citadas mutualidades, que eran as que ata ese momento prestaban con carácter obrigatorio asistencia social aos seus asociados. A excepción estaba nas continxencias e prestacións relacionadas nos artigos 9 e 10 do RDlei 16/1978, que deixarían de ser cubertas pola Agrupación Mutuo-Benéfica desde a entrada en vigor do réxime especial, asumíndoas a propia MUXEXU.

Este ente xestor<sup>12</sup> do RESSPAX adscrito ao Ministerio de Xustiza configúrase pola súa norma creadora como unha persoa xurídica de dereito público<sup>13</sup>, con capacidade xurídica e patrimonio propio para o cumprimento dos seus fins<sup>14</sup>, dotándoo dunha

<sup>7</sup> Da mesma opinión, ALARCÓN CARACUEL, M. R., e GONZÁLEZ ORTEGA, S., *Compendio de Seguridad Social*, 4.ª ed., Editorial Tecnos, Madrid, 1991, p. 357; o ESTEVE SEGARRA, A., *Derecho de la Seguridad Social*, 7.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 622, que plasma a diversidade de mecanismos de cobertura deste colectivo.

<sup>8</sup> Sobre antecedentes do mutualismo, ALONSO OLEA, M., “Régimen Jurídico de la Seguridad Social”, *Revista de Administración Pública*, n. 19, 1956, p. 162; tamén MORENO RUIZ, R., “La génesis del mutualismo moderno en Europa”, *REVESCO. Revista de Estudios Cooperativos*, n. 72, 2000, pp. 202 e ss., ou ÁVALOS MUÑOZ, L. M., “Antecedentes Históricos del Mutualismo”, *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, n. 12, 1991, pp. 42 e ss. Tamén *vid.* RUMEU DE ARMAS, A., *Historia de la previsión social en España. Cofradías-Gremios-Hermandades-Montepíos*, Ediciones El Albir, Barcelona, 1981.

<sup>9</sup> Neste sentido, GONZALO GONZÁLEZ, B., e NUÑO RUBIO, J. L., “*Tipología estructura y caracteres de la protección social de los funcionarios públicos en España*”, 1.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 35.

<sup>10</sup> Sobre a xestión do RESSPAX, BLASCO LAHOZ, J. F., LÓPEZ GANDÍA, J., e MOMPALAR CARRASCO, M. Á., *Regímenes Especiales de la Seguridad Social*, cit., pp. 540.

<sup>11</sup> En relación coa integración das mutualidades preexistentes no Fondo Especial da MUXEXU, MARTÍNEZ MOYA, J., e SÁEZ RODRÍGUEZ, C. (coords.), *La protección social de la Carrera Judicial*, 1.ª ed., AEBOE, Madrid, 2018, pp. 187-188.

<sup>12</sup> Sobre a natureza xurídica do ente xestor do RESSPAX, *vid.* BLASCO LAHOZ, J. F., *Seguridad Social, Régimen General, Regímenes Especiales y prestaciones no contributivas*, 5.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 1477.

<sup>13</sup> Sobre o concepto, *vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E., “El concepto de personalidad jurídica en el Derecho Público”, *Revista de Administración Pública*, n. 129, 1992, pp. 195-210.

<sup>14</sup> O artigo terceiro. Dous do Real decreto lei 16/1978 excluía a MUXEXU do ámbito de aplicación da LRXEEA, recoñecéndolle na mesma extensión que ao Estado o beneficio procesual de pobreza, franquía postal e especial taxa telegráfica e exención tributaria.

determinada estrutura e composición informada pola necesidade de garantir a participación dos interesados no goberno da nova Mutualidade.

Á estrutura orgánica actual da MUXEXU dedícase este estudo, desde un exame comparativo das precedentes que se considera ineludible para determinar o alcance da recente reforma operada polo RD 96/2019, do 1 de marzo, de reordenación e actualización da estrutura orgánica da MUXEXU<sup>15</sup> e, se é o caso, constatar a adaptación dos cambios introducidos aos fins que os xustifican.

## 1.2 Fitos normativos na composición da Mutualidade Xeral Xudicial

Na regulación do aspecto orgánico da Mutualidade destacan tres fitos normativos, a saber:

- O RD 3283/1978, do 3 de novembro, polo que se aproba o Regulamento da MUXEXU<sup>16</sup>.

- O RD 1206/2016, de 20 de outubro, polo que se regulan a composición e funcións dos órganos de goberno, administración e representación da MUXEXU<sup>17</sup>.

- O RD 96/2019, do 1 de marzo, de reordenación e actualización da estrutura orgánica da MUXEXU.

Inicialmente, a estrutura organizativa da MUXEXU configúrase no RDlei 16/1978, do 7 de xuño, e no Regulamento da Mutualidade, aprobado por RD 3283/1978, do 3 de novembro. Na súa orixe foi dotada de órganos de ámbito nacional, Asemblea Xeral, Xunta de Goberno, Presidente e Xerente; e de ámbito provincial, como o eran o Delegado e a Xunta Consultiva. Esta estrutura acabou completándose coas unidades orgánicas, con nivel de servizo, que regulou o RD 2703/1981, do 19 de outubro<sup>18</sup>; concretamente: a Secretaría Xeral, o Servizo de Prestacións e o Servizo de Administración Financeira e Contabilidade. Conforme a normativa de 1978, a Asemblea Xeral era o órgano supremo; non obstante, o exercicio efectivo das funcións de dirección e xestión recaía na Xunta de Goberno e o Presidente, que, ademais, exercía a representación da Mutualidade.

A estrutura inicial e características mantéñense nos artigos 6 e 8 do RDlex. 3/2000, do 23 de xuño, polo que se aproba o Texto refundido das disposicións legais vixentes sobre o réxime especial de Seguridade Social do persoal ao servizo da Administración de xustiza (TRRESSPAX)<sup>19</sup>, que incorporou a normativa con rango de lei anterior, derogándoa expresamente<sup>20</sup>. Non obstante, o Regulamento da MUXEXU de 1978 cubriu un período de transitoriedade, provocado pola Lei 53/2002, do 30 de decembro, de

<sup>15</sup> BOE n. 61, do 12 de marzo de 2019.

<sup>16</sup> BOE n. 26, do 30 de xaneiro de 1979.

<sup>17</sup> BOE n. 264, do 4 de novembro de 2006.

<sup>18</sup> BOE n. 278, do 20 de novembro de 1981.

<sup>19</sup> O RDleg. 3/2000, do 23 de xuño, que aprobou o texto refundido das disposicións legais vixentes sobre o RESSPAX, publicouse no BOE n. 154, do 28 de xuño de 2000.

<sup>20</sup> A disposición derogatoria única, expresamente derroga o Real decreto lei 16/1978.

medidas fiscais, administrativas e de orde social<sup>21</sup>, que derogou aqueles preceptos do texto refundido sen substituílos. O dito período concluíu coa aprobación do RD 1206/2006, do 20 de outubro, que introduciu un cambio substancial nos órganos da mutualidade e o seu funcionamento. Esta norma, aínda que mantén os delegados provinciais, abandona a clasificación da anterior, diferenciando entre órganos de participación no control e vixilancia (a Asemblea Xeral e a Comisión Permanente, presididas por un mesmo Presidente), e o órgano de efectiva dirección e xestión, a Xerencia.

O terceiro e último fito publicouse no BOE do pasado 12 de marzo de 2019. Tanto o título do RD 96/2019 como a súa exposición de motivos delimitan a reforma abordada en termos de reordenación e actualización da estrutura anterior. Desde o Goberno chámase a atención sobre os límites da modificación, que se cualifica como continuísta da regulación anterior<sup>22</sup>. Como se verá nos apartados seguintes, non só se crean novos órganos en substitución dos precedentes, senón que tamén se modifica o método de elección e funcións, polo que, malia a vontade declarada, o certo é que a reforma de 2019, segundo se plasma no preámbulo da norma, define *ex novo* o seu marco xurídico de organización e funcionamento.

## 2 Análise dos cambios orgánicos relevantes da Mutualidade Xeral Xudicial

### 2.1 Estrutura inicial

Como xa se expuxo no apartado anterior, a norma que creou a MUXEXU como ente xestor do RESSPAX, dotándoa de personalidade xurídica e patrimonio propio para o cumprimento dos seus fins, determinou tamén os órganos de goberno e administración: a Asemblea Xeral, a Xunta de Goberno, o Presidente e o Xerente<sup>23</sup>.

Os artigos cuarto e seguintes do RDlei 16/1978 perfilaban de xeito moi conciso estes órganos.

#### 2.1.1 Asemblea Xeral

O primeiro a destacar da regulación de 1978 é a configuración da Asemblea Xeral como órgano supremo. Á vista das atribucións competenciais, esa primacía dentro da estrutura outorgáballe, fundamentalmente, o seu labor de control, fiscalización e aprobación, se é o caso, da memoria e o balance de cada exercicio, do proxecto do

<sup>21</sup> BOE n. 313, do 31 de decembro de 2002.

<sup>22</sup> O secretario de Estado de Xustiza e presidente da nova Comisión Reitora do ente, don Manuel Jesús Dolz Lago, puntualizou que a "nova normativa non fai borrón e conta nova sobre a estrutura anterior, senón a súa actualización por medio da reordenación... Reordénase, a partir do existente, para actualizarse", en *Mutua judicial, Revista sobre la Mutualidad General Judicial*, n. 43, 2019, p. 3.

<sup>23</sup> Sobre a estrutura inicial da MUXEXU, *vid.* LÓPEZ LORENZO, Á., *La protección social de los Funcionarios Públicos*, Editorial da Universidade de Granada, Granada, 2007, pp. 280 a 282.

orzamento anual ou dos plans de investimento propostos pola Xunta de Goberno, así como o establecemento do réxime das prestacións propias do mutualismo xudicial<sup>24</sup>.

A segunda peculiaridade radicaba na súa composición e, en particular, na forma de elección dos seus membros. Integrábase en orixe por 34 compromisarios elixidos polos mutualistas pertencentes ás distintas carreiras ou corpos ao servizo da Administración de xustiza. A cada unha das demarcacións que constituían circunscricións de audiencias territoriais corresponderíanlle dous compromisarios, salvo ás de Madrid e Barcelona, que serían catro para cada unha. A metade debía pertencer á carreira, corpo ou escala para cuxo ingreso se exixía título de ensino superior universitario, e a outra metade ao corpo ou escala aos que poida accederse sen tal titulación. A designación réxese polo sistema de maioría e, en caso de empate, primará a maior antigüidade. O nomeamento dura catro anos e os membros renovaranse por metade cada dous.

Coa entrada en vigor da Lei orgánica 6/1985, do 1 de xullo, do poder xudicial<sup>25</sup> (LOPX), que crea os tribunais superiores de xustiza suprimindo as audiencias territoriais; e a Lei 38/1988, do 28 de decembro, de demarcación e planta xudicial<sup>26</sup>, que establece no seu artigo 2 que a xurisdición dos tribunais superiores de xustiza se estende ao ámbito territorial da súa respectiva Comunidade Autónoma, cómpre adaptar a estrutura da Asemblea Xeral da Mutualidade á nova organización xudicial. Tal modificación lévase a cabo mediante o RD 1610/1990, do 14 de decembro<sup>27</sup>, que dá nova redacción ao artigo 4, substituindo as referencias ás audiencias territoriais polos tribunais superiores de xustiza, alterando o número de compromisarios, pois asígnanse dous por cada unha das demarcacións que constituían circunscricións de tribunais superiores de xustiza (con excepción dos das comunidades autónomas de Madrid, de Cataluña, de Andalucía e de Castela e León, nas cales serán catro en cada unha delas). Para os únicos efectos da elección dos compromisarios, introducíase unha peculiaridade nas seguintes circunscricións que se dividirían en dous distritos electorais:

- A de Andalucía estaba integrada polo constituído polas provincias de Almería, Málaga, Jaén e Granada; e o que conformaban as de Cádiz, Córdoba, Huelva e Sevilla. A elección dos dous compromisarios, un por cada grupo, correspondentes a cada distrito electoral, levarase a cabo nas capitais de Granada e Sevilla, respectivamente.

- A circunscrición de Castela e León dividírase no distrito electoral integrado polas provincias de León, Palencia, Salamanca, Zamora e Valladolid; e o composto polas de Soria, Segovia, Ávila e Burgos. A elección dos dous compromisarios, un por cada grupo, correspondentes a cada distrito electoral, levarase a cabo nas capitais de Valladolid e Burgos, respectivamente.

<sup>24</sup> Non obstante, o artigo sexto asígnale ademais outras atribucións como: desempeñar a superior dirección do ente de dereito público e establecer as orientacións xerais a que deberá axustarse a actuación dos outros órganos; coñecer e resolver, se é o caso, cantos asuntos lle sexan sometidos pola Xunta de Goberno; elaborar e propor a terna para a designación de presidente da Mutualidade e realizar os nomeamentos dos membros da Xunta de Goberno que lle correspondan a esta.

<sup>25</sup> BOE n. 157, do 2 de xullo de 1985.

<sup>26</sup> BOE n. 313, do 30 de decembro de 1988.

<sup>27</sup> BOE n. 302, do 18 de decembro de 1990.

A forma de elección dos compromisarios que establecía o primeiro Regulamento da Mutualidade era o sufraxio directo, persoal e secreto, ou por correo.

O Presidente da Mutualidade serao tamén da Asemblea Xeral, actuando como secretario o da Xunta de Goberno.

En canto ao seu funcionamento, a Asemblea Xeral celebrará dentro do primeiro trimestre unha sesión ordinaria, convocada polo Presidente con vinte días, polo menos, de antelación. Tamén poderán celebrarse cantas extraordinarias convoque o Presidente con cinco días como mínimo de antelación, salvo casos de urxencia.

A Asemblea Xeral adoptará os seus acordos por maioría de asistentes, tendo o Presidente o voto de calidade, aínda que precisa para a súa válida constitución en primeira convocatoria dun quórum de asistencia da metade máis un dos seus membros, sen que se contemple tal exigencia en segunda convocatoria, que se efectuará transcorrida polo menos unha hora desde a primeira.

### 2.1.2 Xunta de Goberno

A Xunta de Goberno configurouse en 1978 como o órgano de dirección e xestión permanente da Mutualidade. Expresamente, o regulamento atribuíalle a dirección da Mutualidade, así como a competencia para investir ou allear elementos que integran o seu patrimonio propio, ou para concertar operacións de crédito dentro de certos límites<sup>28</sup>. Ademais de velar polo cumprimento das normas e fins da MUXEXU, dos acordos e directrices que recibise da Asemblea Xeral, asignáronse as funcións de someter a informe as normas relativas ao RESSPAX, propor modificacións tanto destas como das que afectasen ao réxime interno da Mutualidade, e elaborar, emitir informe e elevar á Asemblea Xeral a memoria anual, o balance e o proxecto de orzamento. O seu marco competencial péchase cunha cláusula residual, pois atribuíaselle a competencia de calquera materia que expresamente non estea asignada a outro órgano.

Integrábana, ademais do presidente, que o era tamén da MUXEXU, o tesoureiro, o interventor, o secretario e seis conselleiros. O Ministerio de Xustiza nomeaba o interventor de entre mutualistas que tivesen a condición de funcionarios en activo con residencia oficial en Madrid. A Asemblea Xeral removía e designaba libremente o tesoureiro e o secretario; tamén designaba os conselleiros por maioría por un período de catro anos, renovándose por metade cada dous, mantendo sempre a proporcionalidade entre os pertencentes a grupos con titulación superior e non titulados. Elixíanse mediante voto persoal, directo e secreto, entre os incluídos nas listas que concorran á elección para cada unha das seis consellarías, unha por cada un dos seguintes grupos<sup>29</sup>:

<sup>28</sup> O artigo 14.h) do RD 3283/1978 limita o exercicio da dita competencia cuantitativamente a que o importe das operacións non supere o 2% do capítulo de gastos correspondente.

<sup>29</sup> O RD 3283/1978 no seu artigo 10 inclúe no primeiro grupo, expresamente, aínda que de xeito redundante, pois xa os encadraría a Carreira Xudicial, os maxistrados do TS e os maxistrados de Traballo; no segundo, o Corpo Facultativo da Dirección Xeral dos Rexistros e do Notariado; no terceiro, funcionarios con titulación superior do Instituto Nacional de Toxicoloxía, Corpo de Secretarios de Maxistraturas de Traballo, Corpo de Secretarios dos Xulgados de Distrito, Oficiais de Sala do Tribunal Supremo e Audiencias e do Corpo de Oficiais dos Tribunais dos Contencioso-Administrativo, a extinguir, que sexan Letrados e Escala Técnica, a extinguir, do Corpo Administrativo dos Tribunais, Letrados; no cuarto, Corpo de Secretarios dos Xulgados de Paz e funcionarios da Escala Técnica a extinguir, do Corpo Administrativo dos Tribunais, non Letrados.

- Primeiro. Carreira Xudicial e Xuíces de Distrito.
- Segundo. Carreira Fiscal, Letrados do Ministerio de Xustiza e Fiscais de Distrito.
- Terceiro. Secretarios da Administración de Xustiza e Forenses.
- Cuarto. Oficiais da Administración de Xustiza.
- Quinto. Auxiliares da Administración de Xustiza.
- Sexto. Axentes da Administración de Xustiza.

### 2.1.3 Presidente

Na distribución competencial inicial, este órgano gozaba de gran peso tanto no ámbito de dirección e xestión como de representación do ente. Ao Presidente asignábanlle a convocatoria e a presidencia dos outros órganos colexiados da Mutualidade e as funcións de dispor e executar os seus acordos, así como a administración e xestión da MUXEXU dentro do marco delimitado pola Xunta de Goberno, e representación en toda clase de actos, negocios xurídicos, exercicios de accións, logo de acordo, se é o caso, da Xunta de Goberno. Malia esta previsión de intervención previa da Xunta de Goberno, baixo o criterio de urxencia o Presidente estaba facultado para adoptar calquera decisión inaprazable sen quebranto para a Mutualidade ou os beneficiarios, dando conta na primeira reunión á Xunta de Goberno.

Era designado polo presidente do Tribunal Supremo por proposta en terna da Asemblea Xeral.

### 2.1.4 Outros órganos

A Xunta de Goberno podía designar e remover libremente, por proposta do Presidente, o xerente, que asume a xefatura de todos os servizos administrativos, técnicos e económicos baixo a dependencia do Presidente<sup>30</sup>.

O Regulamento da MUXEXU consideraba a posibilidade de designar catro directores de servizos de entre funcionarios públicos en activo, por proposta da Xunta de Goberno e iniciativa do Presidente, que exercerían as súas funcións baixo a dependencia deste ou do xerente.

Por último, reguláronse como órganos provinciais os delegados, un por cada provincia, que actuarían como misións executivas desconcentradas<sup>31</sup> e enlace cos servizos

<sup>30</sup> Conforme o artigo 16 do RD 3283/1979, correspondíalle ao xerente: a) cumprir os acordos da Xunta de Goberno, que se lle transmitirán por conduto do presidente; b) cumprir as decisións e instrucións que lle dea o presidente; c) exercer a xefatura dos servizos administrativos, económicos e técnicos da Mutualidade; d) elaborar o anteproxecto de orzamento anual, memoria e balance, e cantos documentos ou informes deban ser sometidos á Asemblea Xeral e á Xunta de Goberno; e) recoñecer o dereito a prestacións, autorizar gastos e ordenar pagamentos, todo iso dentro das atribucións que establece a Xunta de Goberno; f) cantas outras funcións lle sexan atribuídas pola Xunta de Goberno ou polo presidente.

<sup>31</sup> Sobre o concepto de desconcentración administrativa, GALLEGO ANABITARTE, A., "Transferencia y descentralización; delegación y desconcentración; mandato y gestión o encomienda", *Revista de Administración Pública*, n. 122, 1990, pp. 32 a 50. Concorre desconcentración, segundo PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Administrativo I. Introducción, organización y empleo público*, 26.ª ed., Ediciones Académicas, UNED, Madrid, 2017, p. 117, cando "se traspasa la titularidad de las competencias de un órgano superior a otro inferior dentro de un mismo organismo público". Ten por finalidade desconxestionar o traballo dos órganos superiores.

centrais; e a Xunta Consultiva, con funcións meramente informativas, orientadoras e de apoio aos delegados.

En suma, conforme a normativa do ano 1978, a Asemblea Xeral, integrada por compromisarios elixidos polos mutualistas por sufraxio directo, persoal e secreto, constituía o órgano supremo da Mutualidade. A Xunta de Goberno e o Presidente eran os órganos directivos, pois posuían claramente funcións de dirección e xestión das competencias da Mutualidade, concorrendo, ademais, no Presidente a función de representación ordinaria do ente. A Xerencia era un órgano executivo de xestión, subordinado á Xunta e ao Presidente. Pola súa banda, os delegados provinciais actuaban de enlace cos servizos centrais, exercían as funcións executivas atribuídas por desconcentración dos estatais, tendo a Xunta Consultiva funcións de asesoramento.

Así se mantiveron as cousas durante máis de vinte e oito anos, aínda que pola incidencia que no funcionamento dos órganos da Mutualidade tiveron determinadas leis promulgadas no curso do dito período, como a Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común (LRXAPAC)<sup>32</sup>, ou a Lei 6/1997, do 14 de abril, de organización e funcionamento da Administración xeral do Estado (LOFAXE)<sup>33</sup>, o regulamento foi adaptado ás previsións destas para a composición e adopción de acordos dos órganos colexiados por diversas normas<sup>34</sup>. Especial mención merecen, pola súa directa proxección sobre a estrutura orgánica da MUXEXU, tres normas cuxa relevancia na aprobación da seguinte norma reguladora da estrutura orgánica e funcionamento do ente serán analizadas no seguinte apartado:

A primeira, o TRRESPAX do ano 2000, pois derogou o Real decreto lei 16/1978, do 7 de xuño, regulando os órganos da MUXEXU nos artigos 6 e 8.

A segunda, a Lei 53/2002, do 30 de decembro, de medidas fiscais, administrativas e da orde social<sup>35</sup>, que derroga os ditos artigos do TRRESPAX e autoriza o Goberno para reestruturar organicamente a Mutualidade no marco da LOFAXE, declarando transitoriamente subsistentes, ata que se produza a dita regulamentación, os órganos con que se viña gobernando desde os seus inicios<sup>36</sup>.

A terceira, a Lei orgánica 19/2003, do 23 de decembro<sup>37</sup>, de modificación da LOPX.

<sup>32</sup> BOE n. 285, do 27 de novembro de 1992.

<sup>33</sup> BOE n. 90, do 15 de abril de 1997.

<sup>34</sup> Entre outras, RD 1810/1994, do 5 de agosto, polo que se adecúan os procedementos de Mutualismo Xudicial e Fondo Especial da Mutualidade Xeral Xudicial á LRXAPAC, que derroga o artigo 90 do Regulamento de 1978, Real decreto 1610/1990, do 14 de decembro, polo que se modifica entre outros o artigo 4 en consonancia coa organización xudicial implantada pola LOPX en consonancia cos mandatos constitucionais.

<sup>35</sup> BOE n. 313, do 31 de decembro de 2002.

<sup>36</sup> En efecto, esta lei na súa disposición derogatoria única no seu apartado e) derroga os artigos 6 e 8 TRRESPAX, e prevé na disposición derradeira quinta: "Autorízase o Goberno para que, de conformidade coa natureza pública da Mutualidade Xeral Xudicial e no marco do establecido na Lei 6/1997, do 14 de abril, de organización e funcionamento da Administración xeral do Estado, proceda mediante real decreto á constitución ou reestruturación dos seus órganos de goberno, administración e representación, determinando a súa composición, funcionamento e atribucións". Pero, mentres non se aproba ese RD, declara subsistentes os anteriores órganos coa mesma composición e atribucións (disposición transitoria quinta).

<sup>37</sup> BOE n. 309, do 26 de decembro de 2003.



## 2.2 Reforma de 2006

### 2.2.1 Motivos determinantes da nova regulamentación orgánica da Mutualidade Xeral Xudicial

O RD 1206/2006, do 20 de outubro, polo que se regulan a composición e funcións dos órganos de goberno, administración e representación da MUXEXU, viu a luz por motivos de técnica normativa e de oportunidade como xustificaba o seu preámbulo.

En efecto, concorrían diversas razóns para a aprobación dun novo regulamento de organización da MUXEXU que podían subsumirse baixo dous tipos de motivación:

– O primeiro deles persegue pór fin á situación de transitoriedade normativa que xerou a entrada en vigor do TRRESSPAX e a derogación posterior dos seus artigos 6 e 8 pola Lei 53/2002. E é que coa aprobación do novo TRRESSPAX do ano 2000 quedou derogado expresamente o RDlei 16/1978 e calquera outra norma en canto se opuxese a este. O capítulo II da norma dedicouse á MUXEXU e, en particular, ao seu goberno e administración (no artigo 6) e ao funcionamento dos seus órganos (no artigo 8). En ambos os dous preceptos<sup>38</sup>, igual que sucedía co RD 3283/1978, do 3 de novembro<sup>39</sup>, dotábase a MUXEXU –para o exercicio das súas funcións no ámbito nacional– dunha Asemblea Xeral, unha Xunta de Goberno, un Presidente e un xerente, remitíndose á regulación regulamentaria no que ao funcionamento, réxime e atribucións dos órganos centrais e provinciais se refire. Pero tales preceptos derogáronse pola Lei 53/2002, cuxa disposición transitoria quinta cubriría a ausencia regulamentaria, ata a entrada en vigor do RD 1206/2006<sup>40</sup>, mantendo os antigos órganos, coa súa composición e funcións.

– O segundo intégrano razóns de oportunidade: a necesidade de adaptación da organización da MUXEXU aos cambios impostos pola modernización da Administración de xustiza<sup>41</sup>; a necesidade de aproximar o mutualismo xudicial ás reformas operadas noutros réximes especiais da Seguridade Social –iso si, sen obviar as singularidades

<sup>38</sup> Nunha regulación adaptada aos cambios normativos posteriores ao RD 3283/1978, que se mantería en vigor por xogo das disposicións transitorias e derogatorias en todo o compatible co novo réxime especial, e mentres non se fixese uso da habilitación regulamentaria prevista na disposición derradeira segunda, conforme a cal “se faculta o ministro de Xustiza, logo de informe, se é o caso, do ministro de Facenda e do de Traballo e Asuntos Sociais no ámbito das súas respectivas competencias, para ditar ou proporlle ao Goberno, segundo proceda, as normas de aplicación e desenvolvemento deste texto refundido”.

<sup>39</sup> BOE n. 278, do 20 de novembro de 1981.

<sup>40</sup> A disposición derogatoria única do RD 1206/2006 establece no seu apartado 1: “*Quedan derogadas as seguintes disposicións:*

a) *O capítulo I do Regulamento da MUXEXU aprobado polo RD 3283/1978, do 3 de novembro.*

b) *O RD 2703/1981, do 19 de outubro, polo que se estrutura organicamente a MUXEXU.*

c) *O artigo 2 do RD 1810/1994, do 5 de agosto, polo que se adecúan os procedementos de Mutualismo Xudicial e Fondo Especial Xeral Xudicial á Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común”.*

<sup>41</sup> Preámbulo do RD 1206/2006, parágrafo quinto: “... *ditáronse un conxunto de medidas legislativas e regulamentarias que perseguen, en última instancia, modernizar e facer máis eficaz a Administración de xustiza, achegándoa ao cidadán, o que fai imprescindible que a organización de mutualidade deba acomodarse a esa nova realidade. Así, debe citarse como de singular relevancia a modificación da Lei orgánica 6/1985, do 1 de xullo, do poder xudicial, operada a través da Lei orgánica 19/2003, do 23 de decembro, que introduce importantes cambios na organización da Oficina Xudicial e, en xeral, nos corpos ao servizo da Administración de xustiza”.*

do mutualismo xudicial –; para axustar a organización da mutualidade á dos órganos colexiados das hoxe derogadas<sup>42</sup> LRXAPAC e LOFAXE; e, por último, reflectindo a tendencia das últimas reformas dirixidas a facer máis eficaz e próxima a Administración ao cidadán, a norma pretendía igualmente axilizar a xestión do servizo que a MUXEXU presta aos mutualistas.

## 2.2.2 Especial referencia á Sentenza do Tribunal Supremo do 31 de marzo de 2008

Transcorrido pouco máis dun ano de vixencia do RD 1206/2006, por Sentenza do Tribunal Supremo do 31 de marzo de 2008<sup>43</sup> anúlase o parágrafo primeiro do apartado 3 do artigo 3, por ser contrario ao principio constitucional de igualdade, o que provocou unha situación de interinidad no que á Presidencia da Asemblea se refire, de maior duración mesmo que aquela que finalizou coa súa aprobación. O dito precepto establecía como requisito para ser elixido presidente a pertenza do candidato á carreira xudicial con categoría de maxistrado ou fiscal en activo. A Federación Sindical de Administracións Públicas de Comisións Obreiras (FSAP-CCOO) interpuxo recurso contencioso-administrativo contra o RD 1206/2006 para interesar a anulación do artigo 3.3 e a do proceso de elección de membro da Comisión Permanente por contradición dos artigos 10.1 e 3.2.

Esta última pretensión foi rexeitada por razón da falta de impugnación dos preceptos que se din contraditorios, pois na demanda só se instaba a anulación do artigo 3.3. Sendo iso así, o Alto Tribunal argumenta que calquera acto ditado no seo do proceso electivo debe ser impugnado en vía administrativa, podendo reaccionar os interesados contra o acordo desestimatorio daquela petición de nulidade, unha vez que sexa firme na dita vía, mediante a interposición do recurso contencioso. Na demanda xudicial pódese fundar a nulidade do acto obxecto de recurso na ilegalidade dos preceptos que se reputan contraditorios, impugnándoos así indirectamente.

En canto ao artigo 3.3, a pretensión anulatoria susténtase en que o requisito de posuír a condición de membro da carreira xudicial ou fiscal para poder acceder ao cargo de presidente da Mutualidade quebranta o principio de igualdade, proclamado no artigo 14 da CE; a exclusión de calquera outro mutualista para o cargo de presidente non se funda en motivos obxectivos e razoables, como tampouco que a designación se realice entre os propostos en terna polo CXPX, órgano este que nin representa os mutualistas nin a Asemblea.

A Sección 6.<sup>a</sup> da Sala Terceira do Tribunal Supremo, na citada sentenza, tras expor o marco funcional co que a normativa anterior dotaba a Presidencia, resalta que o RD 1206/2006 baleira o cargo de presidente de funcións directivas e representativas que asumen a Asemblea Xeral ou a Comisión Permanente en cada caso. Se o presidente non resulta ser titular do órgano, non procede a aplicación do artigo 46 LOFAXE –actualmente artigo 100.2 Lei do réxime xurídico do sector público– que remitía á normativa aplicable á Administración xeral do Estado para o nomeamento dos titulares dos

<sup>42</sup> A disposición derogatoria única da LPAC derroga a LRXAPAC. E a LRXSP derroga a LOFAXE.

<sup>43</sup> Recurso n. 31/2006.

organismos autónomos. Entón, calquera mutualista, co nivel de titulación exixido, con independencia do corpo ao que pertenza dos integrados na MUXEXU, podería ser elixido presidente.

No fundamento de dereito cuarto rebátense cada un dos argumentos que sustentaban aquela redacción. En canto a que a pertenza á carreira xudicial ou fiscal en activo conformaba un requisito tradicional que contemplaban os precedentes normativos, o Alto Tribunal destaca a evidente ruptura que supón o RD 1206/2006 na organización e estrutura da MUXEXU respecto da regulación precedente. Un claro exemplo diso constitúe a desposesión de toda función directiva ou de representación á Presidencia, salvo as que lle delegue a Xerencia, que agora asume aquelas. Non existe, pois, un continuísmo coa regulación anterior.

Outra das razóns alegadas foi que a formación e experiencia profesional difiren nos distintos corpos e carreiras. En contra disto dise na sentenza que, ben que o desempeño dunha presidencia de órganos colexiados pode requirir determinado nivel académico e de experiencia –o cal debería en todo caso motivarse suficientemente e de xeito razoable–, esta exixencia pódela cubrir calquera mutualista con independencia do corpo integrado na mutualidade ao que pertenza, polo que non se comparte nin entende por que ha de limitarse a maxistrados ou fiscais en activo, máxime cando a representación da Mutualidade recae no xerente e este pode pertencer a calquera corpo ou escala para a que se exixa o título de doutor, licenciado, enxeñeiro arquitecto ou equivalente. En suma, carece de calquera sustento razoable manter que quen posúe por delegación a representación do organismo deba ser un maxistrado ou fiscal porque así o exige a alta representación da Mutualidade cando o representante legal, é dicir, o xerente, pode ser calquera funcionario con idoneidade profesional para ser subdirector xeral.

Por último, o Alto Tribunal cualifica de inadecuada a xustificación para a norma controvertida referente á vinculación da MUXEXU ao poder xudicial, xa que o vixente real decreto lle atribúe ao xerente a representación, dirección e goberno da Mutualidade, que non ten por que pertencer á carreira xudicial, de modo que o labor do presidente da Asemblea e da Comisión Permanente se limita, no que agora interesa, á presidencia de tales órganos dos que forman parte membros da carreira xudicial, pero tamén outros pertencentes a diversos corpos. É dicir, como o presidente da Asemblea e da Comisión Permanente non fixa por si só, senón con todos os demais membros que forman os órganos que preside, a liña de actuación que lles compete, non é necesario que se elixa entre maxistrados para preservar a independencia xudicial.

Por todo iso, a sentenza conclúe que o artigo 3.3 do RD 1206/2006 vulnera o principio constitucional de igualdade, pois non se xustifica razoablemente a limitación que establece, e anúlao, sen prexuízo da facultade da Administración para establecer cunha base racional e razoada requisitos para o desempeño do cargo de presidente. Dito doutro modo, a anulación dese precepto non supón o recoñecemento ao mutualista dun dereito absoluto a poder ser presidente da Asemblea e da Comisión Permanente.

### 2.2.3 Órganos da Mutualidade e funcionamento baixo a vixencia do Real decreto 1206/2006

Esta norma non só modifica os órganos da Mutualidade, senón que tamén varía as competencias dos que subsisten. Así, suprímese a Xunta de Goberno, creándose a Comisión Permanente pero como órgano de control e fiscalización da xestión; desaparecen as xuntas informativas; e modifícanse as funcións da Asemblea Xeral e, especialmente, do Presidente, que asume a Xerencia. Vexamos a composición e funcións destes órganos que se agrupan en dúas claras categorías: de dirección e xestión, que compete á Xerencia; e de control e fiscalización da xestión, que asumen a Asemblea Xeral e a Comisión Permanente<sup>44</sup>.

#### 2.2.3.a Asemblea xeral

A Asemblea Xeral<sup>45</sup> exerce unha actividade de control e fiscalización da actividade doutros órganos da Mutualidade, aínda que tamén lle corresponde o nomeamento dos conselleiros electivos da Comisión Permanente. No marco da primeira actuación, aínda que é a Xerencia a que prepara e executa o plan de actuación anual, redacta a memoria que presenta dentro dos seis primeiros meses de cada ano a Comisión Permanente, ou elabora o anteproxecto de orzamento anual, balance ou contas anuais, á Asemblea compételle a súa aprobación, en sentido propio, ou, en último caso, a través dunha actividade informadora vinculante. Tamén pode postular cambios no ámbito das prestacións ou os que foren necesarios para o desenvolvemento dos mecanismos de protección xa existentes. Igualmente, debe ser informada dos plans de investimento e pode elevar ao Ministerio de Xustiza as consideracións que considere convenientes sobre a situación actual e perspectiva futura do marco prestacional da Mutualidade. Ademais, atribúeselle o coñecemento de todo asunto que se lle someta a consideración por calquera outro órgano da Mutualidade e as demais funcións que se lle asignen legal ou regulamentariamente.

A Asemblea Xeral, que está integrada polo presidente, vicepresidente, secretario e compromisarios, vai limitadas as súas funcións directivas: aproba o plan de actuación e a memoria, pero unicamente someterá a informe o anteproxecto de orzamento anual, balance, contas anuais, perdendo a competencia no establecemento do réxime de prestacións.

O Presidente seguirá convocando e presidindo tanto a Asemblea Xeral como a Comisión Permanente, dirixindo as súas deliberacións, debendo remitir os acordos ou peticións nelas alcanzados ás autoridades e organismos correspondentes. Por delegación do Xerente, asumirá a representación en actos e contratos da Mutualidade. Ademais, correspóndenlle todas as funcións que lle confiran as normas legais ou regulamentarias, segundo prevé o artigo 13.2.d) do RD 1206/2006. Como se advirte, a

<sup>44</sup> Cfr. o seu artigo 2. A este respecto, *vid.* BLASCO LAHOZ, J. F., *La gestión de la Seguridad Social*, 1.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 287-304.

<sup>45</sup> Regulábase nos artigos 3 a 8 do RD 1206/2006.

partir de 2006, o Presidente carece de toda competencia directiva e de representación da Mutualidade, salvo as exercidas por delegación do Xerente.

En caso de vacante, ausencia ou enfermidade, substituirao o xerente da Mutualidade que desempeña a Vicepresidencia<sup>46</sup>.

Os compromisarios continúan elixíndose por sufraxio directo, persoal e secreto, ou por correo, por e entre mutualistas que deben pertencer a un dos seguintes grupos: 1) Das Carreiras Xudicial e Fiscal, dos Corpos de Secretarios Xudiciais, de Médicos Forenses, de Facultativos do INTCF e de Xestión Procesual e Administrativa. 2) Dos Corpos de Tramitación Procesual e Administrativa, de Técnicos Especialistas do INTCF, de Auxilio Xudicial e de Axudantes de Laboratorio do INTCF. Cada un dos dous grupos achegará o 50% dos compromisarios, designándose os que obtivesen maior número de votos en sistema de listas abertas con única papeleta. En caso de igualdade, o desempate resólvese por sorteo, que se celebrará na mesa electoral territorial. O seu mandato terá unha duración de catro anos e renovaranse por metade cada dous anos. Cada demarcación que constituía unha circunscrición dun Tribunal Superior de Xustiza terá dous compromisarios, salvo por Madrid, que serán cinco, e pola das comunidades autónomas de Cataluña, Andalucía e Castela e León, que serán catro.

A Asemblea Xeral celébrase en sesións ordinarias ou extraordinarias que convoca o presidente con polo menos 15 ou 7 días de antelación, respectivamente, a excepción de casos de urxencia. Xunto coa convocatoria, debe remitirse a orde do día, que tamén elabora o presidente, incluíndo os asuntos propostos polos compromisarios con 30 días de antelación se se atopan no ámbito competencial da Asemblea, así como os demais documentos precisos para o seu estudo. As sesións ordinarias celébranse unha vez ao ano, sen que exista límite respecto das extraordinarias, que se realizarán cantas convoque o presidente logo de audiencia da Comisión Permanente ou cando o solicite a cuarta parte, polo menos, dos membros da Asemblea Xeral. O secretario redactará acta de cada sesión, a cal se enviará a todos os membros da Asemblea Xeral, que na seguinte sesión ordinaria someterá a aprobación. Para que quede validamente constituído o órgano na primeira convocatoria, deben estar presentes ou representadas a metade máis un dos seus membros; para a segunda, en cambio, non se exige quórum ningún, pero debe mediar entre as dúas polo menos unha hora. Ademais, precísase a asistencia do presidente e do secretario ou dos que os substitúan. Os acordos adóptanse por maioría simple, tendo o presidente voto de calidade.

### **2.2.3.b A Comisión Permanente**

Na norma de 2006 créase a Comisión Permanente<sup>47</sup> como órgano delegado da Asemblea Xeral. Asume parte das competencias que o regulamento derogado lle atribuíra a aquela (acatar e velar polo cumprimento das normas, dos acordos e pautas daquela), pero ademais exerce un labor de apoio á actuación da Asemblea (examinar a memoria anual, o anteproxecto de orzamento anual e o balance e as contas anuais do exercicio

---

<sup>46</sup> Segundo os artigos 3 e 13 do RD 1206/2006.

<sup>47</sup> O RD 1206/2006 dedícalle os seus artigos 9 a 12.

anterior; informar dos asuntos que lle somete a Xerencia e dos que deba coñecer a Asemblea Xeral, así como os proxectos de disposicións de carácter xeral que establezan ou modifiquen prestacións). Pola súa vez, debe recibir información do outorgamento de prestacións non reguladas ou non sometidas a baremo ou outras axudas discrecionales e do fondo de asistencia social. Ha de reunirse sempre con anterioridade ás sesións da Asemblea e, polo menos, unha vez cada trimestre, e os acordos adóptanse por maioría dos presentes.

A Comisión Permanente estará formada por seis membros electivos, que son os conselleiros; polo presidente, que tamén o é da Asemblea Xeral; o xerente da Mutualidade; o director xeral de Relacións coa Administración de Xustiza; o secretario xeral técnico do Ministerio de Xustiza; e o secretario xeral da Administración de xustiza. O secretario xeral da Mutualidade actúa como secretario da Comisión Permanente, con voz pero sen voto.

A Asemblea Xeral elixe, entre os compromisarios pertencentes a cada un dos seis grupos que considera o artigo 10 do RD 1206/2006, os seis membros da Comisión Permanente, un por cada grupo, en análogos termos que o sistema de elección dos conselleiros da extinta Xunta de Goberno<sup>48</sup>. De entre os compromisarios de cada un dos grupos seguintes sairán os seis conselleiros, un por cada grupo. É dicir, un de entre os pertencentes á Carreira Xudicial, que conforma o grupo primeiro; outro entre os da Carreira Fiscal (grupo segundo), e así respecto de cada un dos restantes grupos; o terceiro, integrado polo Corpo de Secretarios Xudiciais, o de Médicos Forenses, de Facultativos do INTCF; o cuarto, polo Corpo de Xestión Procesual e Administrativa; o quinto polo Corpo de Tramitación Procesual e Administrativa, o de Técnicos Especialistas do INTCF e de Axudantes de Laboratorio do INTCF; e por último, o sexto, ao que pertence o Corpo de Auxilio Xudicial. Estes grupos engloban todos os funcionarios; por iso, o apartado 2 do artigo 10 do RD 1206/2006 establece un criterio residual para aqueles que non estean incluídos en ningún deles, como é o da equiparación co do nivel de titulación exixido para o ingreso no corpo ou escala correspondente.

Os conselleiros serán elixidos pola Asemblea Xeral por maioría de votos. Os conselleiros dos grupos primeiro, segundo e terceiro serán designados polos compromisarios que pertencen aos corpos relacionados nos ditos grupos. Os conselleiros dos grupos cuarto, quinto e sexto serán designados polos compromisarios que pertencen aos corpos relacionados nos citados grupos. Cada membro da Asemblea Xeral dará o seu voto persoal, directo e secreto a un só dos candidatos por cada grupo. A duración do mandato será de catro anos, renovándose por metade cada dous anos, de xeito

<sup>48</sup> Conforme o artigo 10 do RD 1206/2006, de entre os compromisarios de cada un dos grupos seguintes sairán os seis conselleiros: un de entre os pertencentes á Carreira Xudicial, que conforma o grupo primeiro; outro entre os da Carreira Fiscal (grupo segundo), e así respecto de cada un dos restantes grupos; o terceiro, integrado polo Corpo de Secretarios Xudiciais, o de Médicos Forenses, de Facultativos do INTCF; o cuarto, polo Corpo de Xestión Procesual e Administrativa; o quinto polo Corpo de Tramitación Procesual e Administrativa, o de Técnicos Especialistas do INTCF e de Axudantes de Laboratorio do INTCF; e, por último, o sexto, ao que pertence o Corpo de Auxilio Xudicial. Estes grupos engloban todos os funcionarios, por iso, o apartado 2 do artigo 10 do RD 1206/2006, establece un criterio residual para aqueles que non estean incluídos en ningún deles, como é o da equiparación co do nivel de titulación exixido para o ingreso no corpo ou escala correspondente.

que se manteña a proporcionalidade entre os grupos primeiro, segundo e terceiro por unha parte e os grupos cuarto, quinto e sexto pola outra.

Poderán presentar listas de candidatos: 1) As asociacións de xuíces, fiscais, secretarios xudiciais e demais persoal ao servizo da Administración de xustiza e sindicatos con representación de ámbito nacional na Administración de xustiza. 2) Os mutualistas de cada grupo, en número non inferior a vinte. 3) Os compromisarios da Asemblea Xeral en número non inferior a cinco.

### 2.2.3.c A Xerencia

Se algo caracteriza a reforma de 2006 é que opera unha clara e evidente ruptura do modelo de precedente de organización funcional da MUXEXU. Na nova repartición competencial a Xerencia resulta ser, sen dúbida ningunha, o órgano máis reforzado, fundamentalmente á custa de restarlle competencias á Presidencia, que practicamente queda baleira de funcións executivas e de representación da Mutualidade, pero tamén asumindo moitas da extinta Xunta de Goberno e mesmo algunha que orixinariamente se atribuíu á Asemblea Xeral.

A Xerencia<sup>49</sup> configúrase como o órgano directivo de xestión e dirección da MUXEXU, que ten a representación do organismo e todas as funcións de dirección, xestión e inspección das actividades deste que exercerá no marco da lexislación vixente. Como representante da Mutualidade, actúa no seu nome en todos os actos e contratos, así como ante as autoridades, xulgados, tribunais, organismos, entidades e persoas naturais e xurídicas; subscribe ademais contratos, convenios de colaboración con entidades públicas e privadas cuxa actividade sexa precisa para o mellor cumprimento dos fins da Mutualidade e allea elementos do patrimonio que deixasen de servir ao cumprimento dos fins (neste caso, logo de audiencia de Comisión Permanente, que emitirá informe sobre ambos os dous extremos vinculante).

Entre as funcións de dirección pódese citar a dos servizos técnicos, sendo da súa incumbencia a aprobación das normas sobre funcionamento e réxime interior da MUXEXU. Tamén lle corresponde elaborar as normas internas do réxime especial da Seguridade Social no relativo ao réxime de prestacións que lle incumbe, así como a implantación efectiva destas, ademais de calquera competencia de dirección ou xestión que se lle atribúan normativamente ou non estea expresamente asignada a outros órganos. Correspóndelle o nomeamento dos delegados provinciais; a instrución de expedientes sancionadores a mutualistas ou beneficiarios, cuxa condición e dereito a percibir prestacións ou axudas lles recoñece; elaborar o anteproxecto de orzamento anual de ingresos e gastos, memoria anual, balance de contas e resultados; dispor de gastos e ordenar os pagamentos da mutualidade, cuxos recursos financeiros, bens e dereitos patrimoniais xestiona.

O xerente da MUXEXU terá rango de subdirector xeral e será nomeado e separado do seu cargo respectando os principios de igualdade, mérito e capacidade, e cesados

---

<sup>49</sup> O artigo 14 do RD 1206/2006 regula a Xerencia.



polo ministro, secretario de Estado ou subsecretario do que dependan<sup>50</sup>. O secretario xeral e os titulares dos departamentos que se establezan na correspondente relación de postos de traballo, sucesivamente, asumirán a suplencia do xerente en caso de vacante, ausencia e enfermidade. A Xerencia da MUXEXU contará cunha Secretaría Xeral e co resto das unidades que se consideren necesarias, co nivel orgánico que se determine na correspondente relación de postos de traballo.

Coa finalidade de xestionar a Mutualidade dun modo máis áxil e fluído, a Xerencia ditou resolución con data do 10 de febreiro de 2009<sup>51</sup>, posteriormente substituída por outra do 1 de marzo de 2011<sup>52</sup>, sobre delegación de competencias. A derogación da Lei 30/1992<sup>53</sup> e da Lei 6/1997 impuña unha modificación na materia para adaptala ás leis vixentes. Con tal propósito, e co fin de contribuír a axilizar e obter a máxima eficacia no funcionamento das unidades internas da MUXEXU e na relación do organismo cos provedores externos, segundo afirma o seu preámbulo, dítase a Resolución do 18 de abril de 2018<sup>54</sup>, sobre delegación de competencias, que serían as seguintes:

1) Na Secretaría Xeral deléganse o recoñecemento das obrigas e a ordenación dos pagamentos (fóra das nóminas), os pagamentos referidos aos concertos ou contratos subscritos con entidades públicas ou privadas para a prestación da asistencia sanitaria e a prestación farmacéutica e os de asistencias protocolarias e de representación, sen prexuízo do exercicio das facultades de contratación que o ordenamento xurídico lle atribúe ao Xerente como órgano de contratación respecto dos contratos menores aos que se refire o artigo 131.3 en relación co artigo 118, da Lei 9/2017, do 8 de novembro, de contratos do sector público, salvo os acordos de inicio e adxudicación dos correspondentes expedientes e as autorizacións do gasto e a ordenación do pagamento, a aprobación das contas xustificativas das obrigas satisfeitas con cargo aos anticipos de caixa fixa e libramentos ordinarios a xustificar, excepto as que se refiran a asistencias protocolarias e de representación, a concesión de permisos e licenzas salvo os dos titulares de departamento, conselleiros técnicos e asesores médicos.

2) No xefe de área ao cargo da Administración Financeira e Contabilidade, a xestión e resolución dos procedementos de reintegro por percepción de prestacións indebidas e actuacións vinculadas á xestión económica que non estean expresamente delegadas noutros órganos da MUXEXU.

3) No conselleiro técnico ao cargo da afiliación, cotización e recadación, recoñecemento da condición de mutualistas e beneficiarios, altas, baixas e variacións da súa condición e dos dereitos derivados desta, incluído o da asistencia sanitaria, a resolución dos expedientes de recadación, non pagamento e reclamación de cotas e a devolución de cotas.

<sup>50</sup> Resúltalle de aplicación o artigo 67 da LRXSP.

<sup>51</sup> BOE n. 41, do 17 de febreiro de 2009.

<sup>52</sup> BOE n. 62, do 14 de marzo de 2011.

<sup>53</sup> Sobre a nova LRXPAC, MARTÍN REBOLLO, L., "La Nueva Ley de Procedimiento Administrativo Común", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 174, 2015, pp. 15-22.

<sup>54</sup> BOE n. 108, do 4 de maio de 2018.

4) No xefe de área ao cargo das prestacións económicas, a resolución dos expedientes e a autorización e disposición do gasto das prestacións económicas e sociais, así como a resolución dos expedientes e a autorización e disposición do gasto das prestacións e outros procedementos das mutualidades integradas no Fondo Especial.

5) No xefe de área ao cargo das prestacións de farmacia e asistencia sanitaria, reintegro de gastos de farmacia a mutualistas, pagamentos de medicamentos a hospitais, a autorización e disposición do gasto referido aos concertos ou contratos subscritos con entidades públicas ou privadas para a prestación da asistencia sanitaria e a prestación farmacéutica e a resolución dos procedementos relativos a asistencia sanitaria e daqueles expedientes en que interviñera a Comisión Mixta Nacional, prevista nos concertos coas entidades de seguro.

## 3 Actual estrutura orgánica

### 3.1 Xustificación da reforma de 2019

Igual que sucedeu coa norma precedente, o RD 96/2019 responde á necesidade de modernizar e adaptar a diversos cambios lexislativos a estrutura e funcionamento dos órganos da MUXEXU, así como de cubrir e solucionar lagoas e deficiencias do sistema de representación. Nesta orde de cousas, importa destacar que problemática afrontou a norma vixente:

En primeiro lugar, a entrada en vigor da Lei 39/2015, do 1 de outubro, do procedemento administrativo común das administracións públicas (LPAC) e da Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público (LRXSP), que derrogan, respectivamente, a LRXAPAC e LOFAXE, impuña a adaptación da organización e funcionamento da Mutualidade na consecución dunha maior transparencia na actuación dos seus órganos, funcionamento áxil e simplificación da estrutura. Había que dotar a MUXEXU dun novo modelo de estrutura orgánica máis moderna, operativa e racional, informada por criterios de eficacia e eficiencia e, por primeira vez, para a participación dos seus órganos colexiados, pola Lei 3/2007, do 22 de marzo, para a igualdade efectiva de mulleres e homes<sup>55</sup>.

En segundo lugar, a anulación do artigo 3.3, parágrafo 1, do RD 1206/2006 transformou en indefinida a previsión temporal da súa disposición transitoria segunda; como o presidente á entrada en vigor do RD cesaría no seu cargo unha vez designado o outro mediante o procedemento previsto no parágrafo anulado, á falta deste procedemento aquel permaneceu *sine die*. Resultaba ineludible instaurar o procedemento para a designación do presidente de acordo cos parámetros legais e xudiciais.

En terceiro lugar, existían importantes disfuncións, moito máis evidentes nos últimos anos, en relación cos órganos de vixilancia e control da MUXEXU, derivadas do sistema elixido para a formación da Asemblea Xeral, que se proxectaba na Comisión

---

<sup>55</sup> BOE n. 71, do 23 de marzo de 2003.

Permanente, xeradoras dunha distribución desequilibrada, en termos de representación, dos membros que compoñen ambos os dous órganos. Estas anomalías derivaban da escasa participación dos mutualistas, da presentación dunha soa candidatura (normalmente pactada entre os sindicatos) que revelaba como innecesarias as eleccións, e da forma de distribución dos grupos de compromisarios que limitaba, case anulaba, a representación dos do Grupo A<sup>56</sup>. Mediante a creación de novos órganos (Comisión Reitora e Consello Xeral) con outro proceso de configuración preténdese garantir a presenza homoxénea e equilibrada dos diferentes corpos ao servizo da Administración de xustiza.

Esta reforma provocou críticas dos sindicatos, que consideran que a través dela o Goberno se asegura “o control da mutualidade dos funcionarios de xustiza, para eliminar o control sobre as contas e a asistencia sanitaria por parte dos funcionarios que se benefician deste sistema”<sup>57</sup>, tendo impugnado a norma a Federación de Servizos á Cidadanía de CCOO<sup>58</sup>.

### 3.2 Alcance da reforma

O RD 96/2019, no seu artigo 1.1, en consonancia coas normas que o preceden, recoñécelle ao organismo autónomo da MUXEXU personalidade xurídica pública, patrimonio e tesouraría propias, delimitando a súa autonomía de xestión da forma en que prevé para os organismos autónomos a LRXSP, dependente do Ministerio de Xustiza a través da Secretaría de Estado de Xustiza<sup>59</sup>.

Para o cumprimento dos seus fins, a MUXEXU dispón de órganos de dirección e xestión (a Xerencia e os Delegados Provinciais), e de control e vixilancia de tal xestión (a Comisión Reitora e o Consello Xeral). Procede, pois, examinar as competencias, composición e funcionamento de cada un destes órganos, analizando previamente disposicións de aplicación xeral.

<sup>56</sup> A redacción do artigo 3.2 previa a repartición do total de compromisarios da Asemblea Xeral entre dous grupos ao 50%: o primeiro, integrado por aqueles corpos cuxo ingreso exige titulación universitaria superior e mais o Corpo de Xestión Procesual; e o segundo, polo resto de corpos ao servizo da Administración de xustiza. Ao representar o Corpo de Xestión Procesual aproximadamente o 50% do total do primeiro grupo, e o Corpo de Tramitación Procesual un 70% do segundo grupo, a consecuencia é que o resto dos corpos apenas tiña presenza nos órganos colexiados de control, ou non a tiña en absoluto.

<sup>57</sup> Noticia publicada en *Expansión* o 20/03/2019, na cal tamén se consigna, segundo declaracións á Axencia EFE dos representantes sindicais de CCOO e CSIF, que: “Coa nova regulación do real decreto aprobado polo Consello de Ministros, a Asemblea é substituída polo chamado Consello Xeral, que supón que máis da metade de “representantes” serán de colectivos que non teñen nin un cuarto de mutualistas, mentres que a inmensa maioría do colectivo estará minimamente representado. E fulmínase o sistema democrático de elección por sufraxio universal. Así, tras a modificación, designaranse dous membros da Carreira Xudicial, designados polo Consello Xeral do Poder Xudicial (1,1% de cotizacións do corpo sobre o total); dous membros da Carreira Fiscal, designados polo Fiscal Xeral do Estado (4,3%); dous membros do Corpo de Letrados da Administración de Xustiza (6,9%); dous membros dos Corpos de Médicos Forenses e de Facultativos do Instituto Nacional de Toxicoloxía (INT) (1,5%); dous membros dos Corpos de Xestión Procesual e Administrativa e de Técnicos Especialistas do INT (25,4%); dous membros do Corpo de Tramitación Procesual e Administrativa (36,2%) e dous membros do Corpo de Auxilio Procesual e de Auxiliares de Laboratorio do INT (15,1%). Nos dous últimos casos, todos os membros serán designados pola ministra de Xustiza”.

<sup>58</sup> Recurso contencioso-administrativo 1/181/2019.

<sup>59</sup> O apartado 3 do citado precepto recolle o que resultaba da aplicación do artigo 2.2 do RD 1044/2018, do 24 de agosto, polo que se desenvolve a estrutura orgánica básica do Ministerio de Xustiza e se modifica o RD 595/2018, do 22 de xuño, polo que se establece a estrutura orgánica básica dos departamentos ministeriais. BOE n. 206, do 25 de agosto de 2018.

### 3.2.1 O Consello Xeral

Ao Consello Xeral<sup>60</sup> dedica o RD 96/2019 os artigos 7 a 11, definíndoo o primeiro deles como o órgano de supervisión xeral da actividade da Mutualidade. Obsérvase, respecto da anterior regulación da extinta Asemblea Xeral, un detrimento de funcións en favor da Comisión Reitora, como se exporá detalladamente no apartado seguinte.

As atribucións que ten este órgano son, basicamente, de coñecemento da memoria anual do organismo elaborada pola Xerencia; o anteproxecto anual de orzamento; balance e contas anuais; plans de investimento e de actuación; e de cantos asuntos lle sexan sometidos polos outros órganos; ademais daquelas funcións que as normas legais ou regulamentarias lle encomenden e a proposición de cantas medidas, plans e programas sexan convenientes para o desenvolvemento dos mecanismos de protección do RESSAX.

Ao meu xuízo, a reforma máis relevante e controvertida<sup>61</sup> radica no método de elección dos seus membros. O Consello Xeral está formado por dezaseis membros: dous da Carreira Xudicial, designados polo CXPX; dous da Carreira Fiscal, designados polo fiscal xeral do Estado; dous do Corpo de Letrados da Administración de Xustiza; dous do Corpo de Médicos Forenses e de Facultativos do INTCF; dous dos Corpos de Xestión Procesual e Administrativa e de Técnicos Especialistas do INTCF; dous do Corpo de Tramitación Procesual e Administrativa; e dous do Corpo de Auxilio Procesual e de Auxiliares de Laboratorio do INTCF. A excepción dos que pertencen á Carreira Xudicial ou Fiscal, os restantes son designados polo ministro de Xustiza, oídas as asociacións profesionais e organizacións sindicais máis representativas a nivel estatal, substituíndo o anterior sistema de elección por sufraxio directo, persoal e secreto ou por correo dos mutualistas<sup>62</sup>, como xa se dixo.

<sup>60</sup> Substitúe a Asemblea Xeral o RD 1206/2006, que a regulaba nos seus artigos 9 a 12.

<sup>61</sup> O CSIF anunciara que recorrería contra o RD 96/2019 en <https://www.redaccionmedica.com/bisturi/crisis-en-mugeju-por-la-nueva-estructura-de-gobierno-7319> (Consultado 20/03/2019). Actualmente, estase a tramitar o recurso contencioso-administrativo 1/1811/2019 interposto pola Federación de Servizos á Cidadanía de CCOO.

<sup>62</sup> A Asemblea Xeral elixe, entre os compromisarios pertencentes a cada un dos seis grupos que considera o artigo 10 do RD 1206/2006, os conselleiros. De entre os compromisarios de cada un dos grupos seguintes saíran os seis conselleiros, un por cada grupo. É dicir, un de entre os pertencentes á Carreira Xudicial, que conforma o grupo primeiro; outro entre os da Carreira Fiscal (grupo segundo), e así respecto de cada un dos restantes grupos; o terceiro, integrado polo Corpo de Secretarios Xudiciais, o de Médicos Forenses, de Facultativos do INTCF; o cuarto, polo Corpo de Xestión Procesual e Administrativa; o quinto polo Corpo de Tramitación Procesual e Administrativa, o de Técnicos Especialistas do INTCF e de Axudantes de Laboratorio do INTCF; e por último, o sexto, ao que pertence o Corpo de Auxilio Xudicial. Estes grupos engloban todos os funcionarios, por iso, o apartado 2 do artigo 10 do RD 1206/2006, establece un criterio residual para aqueles que non estean incluídos en ningún deles, como é o da equiparación co do nivel de titulación exixido para o ingreso no corpo ou escala correspondente.

Os conselleiros serán elixidos pola Asemblea Xeral por maioría de votos. Os conselleiros dos grupos primeiro, segundo e terceiro serán designados polos compromisarios que pertencen aos corpos relacionados nos ditos grupos. Os conselleiros dos grupos cuarto, quinto e sexto serán designados polos compromisarios que pertencen aos corpos relacionados nos ditos grupos. Cada membro da Asemblea Xeral dará o seu voto persoal, directo e secreto a un só dos candidatos por cada grupo. A duración do mandato será de catro anos, renovándose por metade cada dous anos, de xeito que se manteña a proporcionalidade entre os grupos primeiro, segundo e terceiro por unha parte e os grupos cuarto, quinto e sexto pola outra. Poderán presentar listas de candidatos: 1) As asociacións de xuíces, fiscais, secretarios xudiciais e demais persoal ao servizo da Administración de xustiza e sindicatos con representación de ámbito nacional na Administración de xustiza. 2) Os mutualistas de cada grupo, en número non inferior a vinte. 3) Os compromisarios da Asemblea Xeral en número non inferior a cinco. Artigo 11 RD 1206/2006.

Por maioría elixíranse entre os seus membros o presidente e vicepresidente, que exercerán o seu cargo ata a expiración do seu mandato de catro anos, aínda que non cesarán ata que no prazo máximo dun ano se celebre a sesión do Consello Xeral que nomee os que os substitúan.

O RD 96/2019 remítese ao artigo 19 da LRXSP<sup>63</sup> para delimitar o marco competencial do presidente do Consello Xeral, que asumirá o vicepresidente en caso de vacante, ausencia, enfermidade ou outra causa legal do primeiro. Actuará como secretario do Consello Xeral, con voz pero sen voto, o secretario xeral da Mutualidade.

O órgano que en cada caso nome cada un dos membros do Consello Xeral designará tamén o seu suplente en caso de vacante, enfermidade ou outra causa legal, perdendo os membros do Consello Xeral a súa condición por acordo daquel, sendo incompatible a condición de conselleiro coa de delegado provincial, así como coa prestación de servizos na MUXEXU como funcionario ou empregado estatutario ou laboral.

Igual que na Comisión Reitora, o RD 96/2019 prevé que na composición do Consello Xeral se procure na designación a presenza equilibrada de mulleres e homes.

O Consello Xeral celebrará sesión ordinaria unha vez ao ano e cantas extraordinarias convoque o presidente, oído o Consello Reitor, ou o solicite unha cuarta parte, polo menos, dos seus membros, que poderán efectuarse mediante o emprego de medios telemáticos, por iniciativa da Xerencia da Mutualidade, oído o presidente. Este convocará as sesións cunha antelación mínima de quince días hábiles no caso das sesións ordinarias e de sete días hábiles no suposto das sesións extraordinarias, salvo nos casos de urxencia, de conformidade coa lei, achegando a orde do día en que se incluírán os puntos que a cuarta parte dos conselleiros soliciten cunha antelación de trinta días, e a documentación complementaria necesaria. A concorrencia ás sesións é obrigatoria para todos os membros salvo causa debidamente xustificada, e poderá efectuarse de xeito presencial ou por medios telemáticos ou electrónicos.

De cada sesión redactará acta o secretario, que será remitida a todos os membros do Consello Xeral e sometida á súa aprobación na seguinte sesión ordinaria. Para a válida constitución do órgano, para os efectos da celebración das sesións, requírirase a presenza do presidente e do secretario ou, se é o caso, dos que os substitúan, e a metade máis un dos seus membros. En segunda convocatoria non se exixirá quórum especial. Para os efectos de determinar o quórum de asistencia, computáranse aqueles membros que asistan ás sesións mediante medios telemáticos.

O réxime dos acordos axustarase ao principio de maioría de asistentes, tendo o presidente voto de calidade en caso de empate.

### 3.2.2 Comisión Reitora

A Comisión Reitora, que se atopa regulada nos artigos 3 a 5 do RD 96/2019, comparte co Consello Xeral o exercicio dunha actividade de control e fiscalización da actividade doutros órganos da Mutualidade. Ambos os dous substitúen a Comisión Permanente e

<sup>63</sup> Respecto da incidencia da nova Lei no marco competencial dos órganos, *vid.* CAMPOS ACUÑA, M. C., *Comentarios a la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público*, Campos Acuña, M. C. (dir.), 1.ª ed., Wolters Kluwer, Madrid, 2017, p. 217.

a Asemblea Xeral; non obstante, non se produce unha asunción competencial idéntica entre eles, saíndo reforzada na nova repartición, sen dúbida ningunha, a Comisión Reitora. A esta compétenlle actualmente funcións antes atribuídas á Asemblea Xeral (como a aprobación do plan de actuación e memoria anual da MUXEXU ou a de someter a informe o anteproxecto de orzamento anual) ou da Xerencia, caso da designación dos delegados provinciais e suplentes de entre a terna de candidatos propostos agora pola Xerencia.

Ademais das citadas funcións, a Comisión Reitora mantén case con idéntica redacción as que o regulamento orgánico derogado lle atribuíra á Comisión Permanente: examinar o anteproxecto de orzamento anual, o balance e as contas anuais do exercicio anterior; velar polo cumprimento das normas, así como propor cantas medidas considere necesarias para o mellor cumprimento dos fins da Mutualidade; resolver os asuntos que lle someta a Xerencia; emitir informe sobre os proxectos de disposicións de carácter xeral que establezan ou modifiquen prestacións; e ser informada sobre o outorgamento de prestacións non reguladas e axudas discrecionais. No marco desta última materia, a norma vixente amplía a competencia da Comisión Reitora á adopción dos criterios necesarios para o outorgamento das ditas prestacións ou axudas.

Igualmente, atribúeselle *ex novo* a función de emitir informe sobre os proxectos de disposicións de carácter xeral que se refiran á estrutura, organización e funcións da MUXEXU.

Por último, o elenco de funcións péchase cunha previsión xenérica: *as demais que as normas legais ou regulamentarias lle encomenden*.

Pero quizais a modificación máis relevante radique na composición e funcionamento deste órgano como proxección da nova integración e elección dos membros do Consello Xeral. En efecto, agora a Comisión Reitora está integrada por: o secretario de Estado de Xustiza, que desempeña a Presidencia; un vogal do CXPX de procedencia xudicial e nomeado por este de entre os que o integran; un membro da Carreira Fiscal nomeado polo fiscal xeral do Estado, oído o Consello Fiscal; o secretario xeral da Administración de xustiza; o secretario xeral técnico do Ministerio de Xustiza; o presidente do Consello Xeral da Mutualidade elixido por maioría de entre os seus membros, dous membros que non sexan nin xuíces nin fiscais<sup>64</sup>. Ademais, asistirán ás sesións, con voz pero sen voto, o xerente e o secretario xeral da MUXEXU, exercendo o último de secretario da Comisión Reitora.

É evidente que na composición da Comisión Reitora representa un papel relevante o titular do Ministerio de Xustiza como responsable da designación directa de tres dos seus membros e indirecta de dous. Por outro lado, os sindicatos advirten da perda de representatividade dos corpos con maior número de mutualistas<sup>65</sup>.

<sup>64</sup> É dicir, de entre os integrantes dos corpos de Letrados da Administración de Xustiza, Médicos Forenses e Facultativos do INTCF, de Xestión Procesual e Administrativa e de Técnicos especialistas do INTCF, de Tramitación Procesual e Administrativa, e de Auxilio Procesual e Auxiliares de Laboratorio do INTCF.

<sup>65</sup> A Asemblea da MUXEXU tiña ata agora unha representación proporcional de todos os colectivos de mutualistas que a integran: a metade de compromisarios/as pertencen os Corpos de Xuíces, Fiscais, Letrados, Médicos Forenses e Facultativos do INTCF, Xestión ou Técnicos de Laboratorio do INTCF; e a outra metade a Tramitación, Auxilio e Auxiliares de Laboratorio do INTCF, elixíndose democraticamente entre e por todos e todas as mutualistas cada catro anos nas distintas comunidades autónomas.

O presidente, que a diferenza da regulación anterior xa non o é do Consello Xeral, convoca e preside a Comisión Reitora, dirixindo as súas deliberacións, e remite os acordos ou peticións nelas alcanzados ás autoridades e organismos correspondentes. O actual regulamento de reordenación e estrutura da Mutualidade suprime as competencias que, consonte a norma derogada, asumía o presidente por delegación do xerente representando o organismo en actos e contratos en que interviñese, aínda que mantén a cláusula residual en virtude da cal lle corresponden todas as funcións que lle confiran as normas legais ou regulamentarias<sup>66</sup>. En caso de vacante, ausencia ou enfermidade, substituirao o secretario xeral de Xustiza (antes asumíaa o xerente da Mutualidade, que desempeñaba a Vicepresidencia<sup>67</sup>).

A Comisión Reitora celébrase en sesións ordinarias, polo menos unha cada semestre, ou extraordinarias, que convoca o presidente. Os membros da Comisión poden incluír puntos na orde do día con quince días de antelación, polo menos, á súa celebración. Non existe límite respecto das sesións extraordinarias, realizándose cantas convoque o presidente por iniciativa propia, ou a petición da Xerencia á cuarta parte dos seus membros, aínda que se precisa para que quede validamente constituída a presenza do presidente, o secretario (ou os que os substitúan) e a metade polo menos dos seus membros, adoptándose validamente os acordos por maioría dos presentes.

### 3.2.3 A Xerencia

O artigo 12 do RD 96/2019, dedicado á Xerencia, continúa a tendencia iniciada polo xa derogado artigo 14 do RD 1206/2006, que abordou unha clara e evidente reforma na organización funcional da MUXEXU, rompendo co modelo precedente. Naquela repartición competencial en que agora se incide, a Xerencia resultou reforzada, fundamentalmente, á custa de restarlle competencias á Presidencia, que, practicamente, quedou baleira de funcións executivas e de representación da Mutualidade.

A Xerencia defínese como o órgano directivo de xestión e dirección da MUXEXU, que ten a representación ordinaria do organismo e todas as funcións de dirección, xestión e inspección das actividades deste para o cumprimento dos seus fins, que exercerá baixo os criterios xerais fixados pola Comisión Reitora. Como representante da Mutualidade actúa no seu nome en todos os actos e contratos, así como ante as autoridades, xulgados, tribunais, organismos, entidades e persoas naturais e xurídicas; subscribe ademais contratos, convenios de colaboración con entidades públicas e privadas cuxa actividade sexa precisa para o mellor cumprimento dos fins da Mutualidade e allea elementos do patrimonio que deixaran de servir ao cumprimento dos fins, neste caso, logo de audiencia da Comisión Reitora, que emitirá informe vinculante sobre ambos os dous extremos.

<sup>66</sup> Segundo prevé o artigo 6.c) do RD 96/2019.

<sup>67</sup> En concreto, os artigos 3.3 e 13.3 RD 1206/2006. Fronte a estes, o artigo 3.4 RD 96/2019 atribúella ao secretario xeral de Xustiza.



Entre as funcións de dirección, pódese citar a dos servizos técnicos, sendo da súa incumbencia a aprobación das normas sobre funcionamento e réxime interior da MUXEXU.

Tamén lle corresponde elaborar as normas internas do réxime especial da Seguridade Social no relativo ao réxime de prestacións que lle incumbe, así como a implantación efectiva destas, ademais de calquera competencia de dirección ou xestión que se lle atribúan normativamente ou non estea expresamente asignada a outros órganos. Correspóndelle proporlle á Comisión Reitora a terna para o nomeamento de delegados provinciais; recoñecer a condición de mutualista ou beneficiario e prestacións e axudas; elaborar o anteproxecto de orzamento anual de ingresos e gastos, memoria anual, balance de contas e resultados; dispor de gastos e ordenar os pagamentos da mutualidade, cuxos recursos financeiros, bens e dereitos patrimoniais xestiona<sup>68</sup>.

O xerente da MUXEXU terá rango de subdirector xeral e será nomeado e separado do seu cargo de conformidade co artigo 67 da LRXSP. Polo tanto, será nomeado respectando os principios de igualdade, mérito e capacidade, e destituído polo ministro, secretario de Estado ou subsecretario do cal dependa. O secretario xeral e os titulares dos departamentos que se establezan na correspondente relación de postos de traballo, sucesivamente, asumirán a suplencia do xerente en caso de vacante, ausencia e enfermidade<sup>69</sup>.

A Xerencia da MUXEXU contará cunha Secretaría Xeral e co resto das unidades que se consideren necesarias, co nivel orgánico que se determine na correspondente relación de postos de traballo.

### 3.2.4 Os Delegados Provinciais

O artigo 14 do RD 96/2019 considera o Delegado Provincial como un órgano de enlace cos servizos centrais, que actúa por delegación do Xerente dentro dos límites e do xeito previsto nas normas internas da Mutualidade<sup>70</sup>.

Para cada Delegación Provincial será nomeado pola Comisión Reitora un delegado de entre os tres propostos pola Xerencia. Os candidatos serán mutualistas en activo con destino na capital da provincia correspondente.

Actualmente existen 51 delegacións provinciais, que son: Alacant, Castelló, Jaén, Salamanca, Albacete, Ceuta, León, Santa Cruz de Tenerife, Almería, Ciudad Real, Lleida, Segovia, Áraba, Córdoba, Lugo, Sevilla, Asturias, A Coruña, Málaga, Soria, Ávila, Cuenca, Melilla, Tarragona, Badajoz, Gipuzkoa, Murcia, Teruel, Barcelona, Girona, Navarra, Toledo, Bizkaia, Granada, Ourense, Valencia, Burgos, Guadalajara,

<sup>68</sup> O artigo 12 do RD 96/2019 cita algunhas das competencias.

<sup>69</sup> Artigo 13 do RD 96/2019.

<sup>70</sup> O derogado artigo 16 do RD 1206/2006 consideraba igualmente o Delegado Provincial como un órgano de enlace cos servizos centrais, que actúa por delegación do Xerente a través de misións executivas dentro dos límites e do xeito previsto nas normas internas da Mutualidade. Pero eran propostos polos compromisarios da circunscrición territorial a que pertencía a provincia respectiva de entre mutualistas que non fosen compromisarios da Asemblea Xeral ou Conselleiro da Comisión Permanente, e nomeados polo Xerente.

Palencia, Valladolid, Cáceres, Huelva, Las Palmas, Zamora, Cádiz, Huesca, Pontevedra, Zaragoza, Cantabria, Illes Balears e La Rioja.

## 4 Disposicións comúns

Das previsións de aplicación xeral que contempla o RD 96/2019 merecen especial mención o réxime de recursos e o xeral dos órganos colexiados.

Respecto do primeiro, a súa disposición adicional primeira concede contra os actos e resolucións da Xerencia da Mutualidade, así como os dos delegados provinciais ditados por delegación daquela, recurso de alzada ante a ministra de Xustiza, medio de impugnación previsto tamén contra as resolucións da Comisión Reitora e Consello Xeral.

Certamente, a norma vixente aclara e simplifica o réxime de recursos respecto da anterior que prevía, con carácter xeral, o recurso de alzada ante o Ministerio de Xustiza fronte a calquera acto dos órganos da Mutualidade en materia de mutualismo, salvo os que resolven este recurso de alzada ou o medio de impugnación previsto en substitución deste, así como os emanados da Xerencia en materia de persoal, que serán susceptibles de recurso potestativo de reposición ante o órgano que os ditou e/ou recurso contencioso-administrativo.

Na orde xurisdiccional contencioso-administrativa xurdiu algunha que outra controversia competencial en atención ao carácter do órgano emisor do acto, así como da materia. Por exemplo, en Sentenza do Tribunal Supremo do 16 de xuño de 2011, ditada en cuestión de competencia negativa 114/2010, que se suscita entre o Xulgado Central Contencioso-Administrativo n. 8, a Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Cantabria e a Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Madrid, o Alto Tribunal resolve a competencia en favor do Xulgado Central do Contencioso-Administrativo n. 8.

O acto contra o que se recorreu ante o Xulgado Central foi o acordo ditado polo xerente da Mutualidade, que estimou o recurso de alzada promovido contra outro da Mesa Electoral do proceso de elección de compromisarios da Asemblea da MUXEXU de Cantabria. Este órgano xudicial declarouse incompetente no entendemento de que o acto inicialmente impugnado que anula o proceso electoral de compromisarios da Asemblea de Cantabria dimana dun órgano periférico (Mesa Electoral), polo que a competencia lles correspondería aos tribunais de Xustiza de Madrid ou de Cantabria, segundo os artigos 10.1.i) e 14.1 LRXCA, xa que se trata dunha revogación por órgano non central, senón periférico dun acto ditado por outro órgano inferior xerárquico non central. O Tribunal Superior de Xustiza de Cantabria considera que, como non se dirime unha cuestión de persoal, a competencia virá determinada polo carácter central do órgano superior que resolve o recurso de alzada, que, por certo, o estima, declarando válida a proclamación de candidatos que figuran na acta da reunión da Mesa Electoral da votación e escrutinio correspondente; e, sendo a Xerencia un órgano da Administración central do Estado, a competencia correspóndelle ao Tribunal Superior de Xustiza de Madrid, conforme os artigos 10.1.K) e 14.1 LRXCA. Pola súa banda, este último tribunal atende, para reputar competente o Xulgado Central, *ex* artigo 9.c)

Regap



ESTUDIOS

LXCA, a que o acto que se impugna ante o órgano xudicial emana dun órgano superior da Administración central do Estado, o Xerente, que revoga o do inferior periférico.

O Tribunal Supremo afirma que a cuestión controvertida non é en puridade de persoal, senón que afecta ao dereito de participación dun determinado colectivo de funcionarios no proceso de elección dos órganos de representación da MUXEXU, e este organismo público está adscrito ao Ministerio de Xustiza a través da Secretaría de Estado de Xustiza, tendo competencia a Xerencia en todo o territorio nacional, polo que, rectificando o acordo do Xerente o inicial da Mesa Electoral, o coñecemento e resolución do recurso corresponde ao Xulgado Central Contencioso-Administrativo n. 8.

En segundo lugar, a disposición derradeira terceira declara a supletoriedade da Lei 40/2015 en canto á actuación e funcionamento dos órganos colexiados, así como o réxime normativo previsto para os organismos autónomos, no capítulo II da cal, sección 3, axusta a regulación dos órganos colexiados a ámbito competencial do Estado en dúas subseccións: na primeira, sobre o funcionamento dos ditos órganos, de aplicación a todas as administracións públicas sen prexuízo das peculiaridades organizativas das administracións públicas en que se integran; e, a segunda, sobre o réxime xurídico, clasificación, composición, creación, modificación e supresión dos órganos colexiados da Administración xeral do Estado e das entidades de dereito público vinculadas ou dependentes dela<sup>71</sup>. Supérase coa LPAC o baleiro normativo na materia derivado da anulación polo TC 50/1999, do 6 de abril, que declarou contrarios á orde constitucional de competencias os artigos 23.1 e 2, o art. 24.1, 2 e 3, o art. 25.2 e 3, e o art. 27.2, 3 e 5 da antiga LRXAPAC, por non ter carácter básico, á cal se remitía o derogado RD 1206/2006.

## 5 Conclusións

A regulación actual da estrutura orgánica da MUXEXU aséntase na súa tradicional natureza: é un organismo autónomo e, polo tanto, a súa organización debe axustarse aos parámetros ordinarios que caracterizan este tipo de entidades públicas. Desde esta premisa, inténtase dotar a Mutualidade dunha estrutura orgánica máis moderna, operativa e racional co fin de mellorar a eficiencia e calidade da prestación do servizo público en termos homologables aos demais organismos do mutualismo administrativo.

Mantense a clasificación entre os órganos de control e vixilancia da xestión e os executivos de dirección e xestión, ben que nos primeiros se substitúen as antigas Asemblea Xeral e Comisión Permanente polo Consello Xeral e Comisión Reitora, mantendo entre os segundos a Xerencia, aínda máis reforzada, e os delegados provinciais. O peso da reforma radica nos órganos de supervisión da xestión da Mutualidade; non se modifica simplemente o seu nome, senón que se crean dous novos órganos con diferentes funcións, distinta composición e modo de elección dos seus membros. O Consello

<sup>71</sup> Sobre o réxime xurídico e funcionamento de órganos colexiados da Administración pública e novidades da Lei 40/2015, *vid.* SANTIAGO IGLESIAS, D., *Comentarios a la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público*, Campos Acuña, M. C. (dir.), 1.ª ed., Wolters Kluwer, Madrid, 2017.

Xeral vén garantir a participación dos distintos colectivos integrados na Mutualidade e a súa debida representación. A súa configuración e calidades representativas non derivan de procesos de elección dos mutualistas por sufraxio directo, secreto e persoal ou por correo, que certamente caera en desuso consolidando os efectos indesexados de candidatos únicos previamente pactados. Agora a representatividade preténdese asegurar coa participación no proceso de designación das asociacións profesionais recoñecidas de forma oficial e organizacións sindicais máis representativas a nivel estatal. A fórmula elixida modifica o mecanismo para a designación dos compoñentes do Consello Xeral dotando de igual número de representantes todos os colectivos integrados na MUXEXU. E esta distribución serviu para tachar a dita fórmula de menos democrática, razón pola que a norma foi impugnada. Á marxe desta circunstancia, o que resulta innegable é que o custo económico derivado dos procesos de elección a compromisarios da Asemblea Xeral era moi superior ao vixente.

A nova ordenación do Presidente do Consello Xeral, que xa non será o da Comisión, resulta consecuenta coa súa actual estrutura e funcións e axústase aos canons xudicialmente fixados para asegurar o seu acomodo ás exigencias constitucionais.

Pola súa banda, a Comisión Reitora será presidida polo secretario de Estado de Xustiza, e está conformada por membros ao máis alto nivel dos diversos órganos da Administración en que se integran organicamente os mutualistas, e por integrantes do Consello Xeral, de maneira que as súas funcións deberán levarse a cabo con criterios de racionalidade, eficiencia e proximidade ás aspiracións do colectivo.

As atribucións asignadas aos dous órganos de control reforzan a súa posición fiscalizadora da actividade da MUXEXU, corríxen as deficiencias observadas no funcionamento dos anteriores materializando unha clara simplificación e redución de custo, ao tempo que se adaptan aos medios tecnolóxicos (cabe a celebración de sesións mediante sistemas electrónicos e telemáticos) e modernización da Administración.

Á espera do que no seu día se resolva sobre a representatividade do Consello Xeral, parece innegable que os cambios introducidos na vixente norma se amosan, *a priori*, idóneos para a consecución dos obxectivos anunciados.

## Bibliografía

- ALARCÓN CARACUEL, M. R., e GONZÁLEZ ORTEGA, S., *Compendio de Seguridad Social*, 4.<sup>a</sup> ed., Editorial Tecnos, Madrid, 1991.
- ALONSO OLEA, M., “Régimen Jurídico de la Seguridad Social”, *Revista de Administración Pública*, n. 19, 1956.
- ÁVALOS MUÑOZ, L. M., “Antecedentes Históricos del Mutualismo”, *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, n. 12, 1991.
- BLASCO LAHOZ, J. F., *La gestión de la Seguridad Social*, 1.<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- BLASCO LAHOZ, J. F., *Seguridad Social, Régimen General, Regímenes Especiales y prestaciones no contributivas*, 5.<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

Regap



ESTUDIOS

- BLASCO LAHOZ, J. F., LÓPEZ GANDÍA, J., e MOMPARLER CARRASCO, M. A., *Regímenes Especiales de la Seguridad Social*, 12.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- CAMPOS ACUÑA, M. C. (dir.), *Comentarios a la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público*, 1.ª ed., Wolters Kluwer, Madrid, 2017.
- CANALES GIL, Á., *El sistema español de clases pasivas del Estado*, Cedecs, Barcelona, 1996.
- DOLZ LAGO, M. J., *Mutua judicial*, *Revista sobre la Mutuabilidade Xeral Xudicial*, n. 43, 2019.
- ESTEVE SEGARRA, A., *Derecho de la Seguridad Social*, 7.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- GALLEGO ANABITARTE, A., “Transferencia y descentralización; delegación y desconcentración; mandato y gestión o encomienda”, *Revista de Administración Pública*, n. 122, 1990.
- GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E., “El concepto de personalidad jurídica en el Derecho Público”, *Revista de Administración Pública*, n. 129, 1992.
- GARCÍA NINET, J. I., e DOLZ LAGO, M. J., “Regímenes Especiales de Funcionarios Públicos”, De la Villa Gil, L. E. (dir.), *Derecho de la Seguridad Social*, 5.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- GONZALO GONZÁLEZ, B., e NUÑO RUBIO, J. L., “*Tipología estructura y caracteres de la protección social de los funcionarios públicos en España*”, 1.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1995.
- LÓPEZ LORENZO, Á., *La protección social de los Funcionarios Públicos*, Editorial de la Universidad de Granada, Granada, 2007.
- MARTÍN REBOLLO, L., “La Nueva Ley de Procedimiento Administrativo Común”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 174, 2015.
- MARTÍNEZ MOYA, J., e SÁEZ RODRÍGUEZ, C. (coords.), *La protección social de la Carrera Judicial*, 1.ª ed., AEBOE, Madrid, 2018.
- MORENO RUIZ, R., “La génesis del mutualismo moderno en Europa”, *REVESCO. Revista de Estudios Cooperativos*, n. 72, 2000.
- PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Administrativo I. Introducción, organización y empleo público*, 26.ª ed., Ediciones Académicas, UNED, Madrid, 2017.
- RODRÍGUEZ CARDO, I. A., “La progresiva homogeneización de los regímenes de Seguridad Social de los funcionarios públicos: novedades en el primer semestre de 2009”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n. 84, 2009.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “La necesaria integración de la protección social de los funcionarios públicos en el Régimen General de la Seguridad Social. Una tarea pendiente”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF)*, n. 183, 1998.
- RUMEU DE ARMAS, A., *Historia de la previsión social en España. Cofradías-Gremios-Hermandades-Montepíos*, Ediciones El Albir, Barcelona, 1981.
- SANTIAGO IGLESIAS, D., *Comentarios a la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público*, Campos Acuña, M.C. (dir.), 1.ª ed., Wolters Kluwer, Madrid, 2017.

## Abreviaturas

BOE: *Boletín Oficial del Estado*.

CXPX: Consello Xeral do Poder Xudicial.

INTCF: Instituto Nacional de Toxicoloxía e Ciencias Forenses.

LOFAXE: Lei 6/1997, do 14 de abril, de organización e funcionamento da Administración xeral do Estado.

LOPX: Lei orgánica 6/1985, do 1 de xullo, do poder xudicial.

LPAC: Lei 39/2015, do 1 de outubro, do procedemento administrativo común das administracións públicas.

LRXEEA: Lei do 26 de decembro de 1958, do réxime xurídico de entidades estatais autónomas.

LRXAPAC: Lei 30/1992, do 20 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común.

LSSFCE: Lei 29/1975, do 27 de xuño, de Seguridade Social dos funcionarios civís do Estado.

MUXEXU: Mutualidade Xeral Xudicial.

n.: Número.

p./pp.: Páxina/páxinas.

RD: Real decreto.

RDlex.: Real decreto legislativo.

RDlei: Real decreto lei.

RESSPAX: Réxime Especial de Seguridade Social do persoal ao servizo da Administración de xustiza.

TRRESSPAX: RDlex. 3/2000, do 23 de xuño, polo que se aproba o texto refundido das disposicións legais vixentes sobre o Réxime especial de Seguridade Social do persoal ao servizo da Administración de xustiza.

*Vid.: Videre.*

Regap



ESTUDIOS





# A Administración pública como garante do sistema de compensación urbanística: unha cuestión a resolver

La Administración pública como garante del sistema de compensación urbanística: una cuestión a resolver

The public Administration as the guardian of compensation management system: a key issue to be resolved

58 Regap

CARMEN ESTHER FALCÓN PÉREZ

Profesora titular de Economía Financeira e Contabilidade Universidade de Las Palmas

Recibido: 25/07/2019 | Aceptado: 19/12/2019

DOI: <https://doi.org/10.36402/10.36402/regap.v1i58.39>

Regap



ESTUDIOS

**Resumo:** No sistema de compensación posúe un rol clave a Administración actuante, pois debe controlar e supervisar as actuacións que realiza a Xunta de Compensación. Esta entidade nace no seo da normativa urbanística e ten a responsabilidade de executar a urbanización de terreos, baixo o sistema de compensación urbanística, presentando repercusións mercantís e tributarias, posto que debe subministrar información económico-financeira. O obxectivo deste traballo é cubrir un baleiro en materia económico-financeira propondo como se deben reflectir, desde o ámbito mercantil e tributario, as problemáticas económicas propias da constitución da Xunta de Compensación, dando resposta ao control que debe exercer a Administración actuante.

**Palabras clave:** Administración pública, sistema de compensación urbanística, entidade urbanística colaboradora, información económico-financeira, implicacións tributarias.

**Resumen:** En el sistema de compensación ostenta un rol clave la Administración actuante, pues debe controlar y supervisar las actuaciones que realiza la Junta de Compensación. Esta entidad nace en el seno de la normativa urbanística y tiene la responsabilidad de ejecutar la urbanización de terrenos, bajo el sistema de compensación urbanística, presentando repercusiones mercantiles y tributarias, puesto que ha de suministrar información económico-financiera. El objetivo de este trabajo es cubrir un vacío en materia económico-financiera proponiendo cómo se han de reflejar, desde el ámbito mercantil y tributario, las problemáticas económicas propias de la constitución de la Junta de Compensación, dando respuesta al control que debe ejercer la Administración actuante.

**Palabras clave:** Administración pública, sistema de compensación urbanística, entidad urbanística colaboradora, información económico-financiera, implicaciones tributarias.

**Abstract:** In the compensation system, the public Administration has a key role as it must control and supervise the actions carried out by the Compensation Board. This entity is born on the heart of the urban law and has economic and tax implications, providing economic and financial information and generating a tax impact for its management. The objective of this paper is to fill a gap in economic-financial statement, proposing how has to reflect in the areas of tax law and commercial law the creation of this entity, responding to the control that the public Administration should make.

**Key words:** Public Administration, urban compensation system, collaborating urbanistic entity, economic and financial information, tax implications.

**SUMARIO:** 1 Introducción. 2 O papel da Xunta de Compensación. 3 Exixencias económico-financieiras na constitución da Xunta de Compensación. 3.1 A Xunta de Compensación como Unión Temporal de Empresa. 3.2 O patrimonio neto da Xunta de Compensación. 3.2.1 Achega de terreos. 3.2.2 Achega de medios materiais e humanos. 3.2.3 Participación da Administración actuante. 4 A constitución da Xunta de Compensación: efectos tributarios. 4.1 Achega de terreos. 4.2 Achega de medios materiais e humanos. 5 Conclusións.

## 1 Introducción

A pesar da relevancia do proceso urbanizador e das importantes repercusións económicas que leva aparelado, tanto a realización do proceso urbanístico de forma independente como a execución deste baixo o sistema de compensación non son tratadas de forma específica desde o ámbito económico-financieiro.

As normativas mercantís directamente relacionadas coa actividade que desenvolve a Xunta de Compensación (XC), o proceso de urbanizar terreos, son a Orde do 27 de xaneiro de 1993, pola que se aproban as Normas de adaptación do Plan Xeral de Contabilidade ás empresas construtoras; e a Orde do 28 de decembro de 1994, pola que se aproban as Normas de adaptación do Plan Xeral de Contabilidade ás empresas inmobiliarias; ademais do Real decreto 1514/2007, do 16 de novembro, polo que se aproba o Plan Xeral de Contabilidade; considerando así mesmo a doutrina contable, concretamente as consultas ao Instituto de Contabilidade e Auditoría de Contas (ICAC) que se ditasen sobre esta materia.

Actualmente, as dúas adaptacións sectoriais mencionadas anteriormente serán de aplicación no que non contradigan o Real decreto 1514/2007, do 16 de novembro, polo que se aproba o Plan Xeral de Contabilidade. As adaptacións referidas ao sector construtor e inmobiliario teñen como finalidade, entre outras cuestións, ocuparse do proceso de edificación e comercialización de inmobles.

No ámbito internacional, a Norma Internacional de Contabilidade n. 11, *Contratos de construción*, derogada, e actualmente incorporada á Norma Internacional de Información Financeira n. 15, *Ingresos procedentes de contratos con clientes*, fai alusión ao sector construción no referente aos contratos de construción nos estados contables dos contratistas, non mencionando nada respecto da urbanización dos terreos.

Cómpre sinalar que non existen estudos que se ocupen dos aspectos económico-financieiros das operacións desenvolvidas pola XC. Non obstante, e desde o ámbito

tributario, a XC si tivo un maior desenvolvemento, pois o sistema de compensación urbanística conta cunha protección fiscal especial<sup>1</sup>.

Polo tanto, neste traballo propomos, apoiándonos na normativa mercantil e tributaria, e froito dun traballo de investigación desenvolvido, que repercusións suscitan as problemáticas económicas derivadas da constitución da entidade urbanística colaborada analizada para que a Administración actuante poida exercer o control na actividade realizada pola XC na primeira fase que debe levar a cabo a dita entidade, a súa constitución.

## 2 O papel da Xunta de Compensación

O proceso de urbanización é susceptible de ser executado baixo distintos sistemas de xestión urbanística: compensación, concerto, cooperación, concorrencia (axente urbanizador), execución forzosa e expropiación. Desde o punto de vista da iniciativa privada, os sistemas de xestión urbanística que resultan máis interesantes desde un prisma económico son os de compensación e cooperación, xa que o resto teñen un marcado compoñente de control público, sendo nula a participación da iniciativa privada.

O sistema de compensación é o sistema de xestión privada por excelencia, no cal a iniciativa particular executa e controla todo o proceso de urbanización. Non obstante, a Administración competente supervisa a xestión das actividades desenvolvidas por esta entidade urbanística colaborada, sabendo que certas operacións económicas son gravadas fiscalmente.

En concreto, este sistema “ten por obxecto a xestión e execución da urbanización dun polígono ou unidade de actuación polos mesmos propietarios do solo comprendido no seu perímetro, con solidariedade de beneficios e cargas. Os propietarios de solo incluídos nun polígono ou unidade de actuación polo sistema de compensación e os de solo exterior ao polígono ocupado para a execución de sistemas xerais que deban participar no polígono ou unidade de que se trate deberán constituírse en Xunta de Compensación para poder aplicar o sistema”<sup>2</sup>, todo iso baixo as condicións que dita-minen os instrumentos urbanísticos correspondentes.

Polo tanto, cómpre que todas as actuacións que se vaian realizar queden plasmadas no proxecto de Compensación<sup>3</sup>. Actuando como órgano dirixente, atópase a Xunta de

<sup>1</sup> Vid. LASO BAEZA, J. L., “Modificacións normativas del IVA y su repercusión en el funcionamiento ordinario de las juntas de compensación”, *Observatorio Inmobiliario y de La Construcción*, n. 85, 2017, pp. 1-12.; VILLAR EZCURRA, J. L., RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J., NATERA HIDALGO, R., e MARTÍN FERNÁNDEZ, F. J., *Aspectos Tributarios de las Juntas de Compensación*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2002; PÉREZ FADÓN-MARTÍNEZ, F. J., “Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados: Las Juntas de compensación fiduciarias están sujetas a la cuota gradual de documentos notariales del ITP y AJD. Comprobación de valor”, *Revista Carta Tributaria*, n. 2, 2015, pp. 80-81; GUARCH PRIETO, R., “Fiscalidad de las juntas de compensación: Régimen fiscal de las juntas de compensación y de las operaciones relativas a las mismas”, *Revista Cemci*, n. 8, 2010, pp. 1-10.

<sup>2</sup> Artigo 157 do Regulamento de xestión urbanística para o desenvolvemento e aplicación da Lei sobre réxime do solo e ordenación urbana, aprobado polo Real decreto 3288/1978, do 25 de agosto.

<sup>3</sup> É o instrumento formulado pola Xunta de Compensación Urbanística, seguindo o disposto nas bases de actuación, que debe conter os dereitos dos propietarios que conforman a Xunta de Compensación, criterios para adxudicar os predios resultantes tras o proceso de urbanización, etc. Este proxecto de compensación debe ser inscrito. Non obstante, cremos

Compensación, que estará formada polos membros integrantes: propietarios, entidades colaboradoras, promotora, Administración, etc.

Hai que sinalar que, para poder desenvolver o sistema de compensación, é necesario que unha porcentaxe elevada<sup>4</sup> dos propietarios dos terreos que forman o polígono ou unidade de actuación estean de acordo en constituír a XC, sendo posible que o resto de propietarios non se queiran acoller a ese sistema. Aos ditos propietarios non conformes éelles de aplicación a expropiación forzosa, non considerada, en ningún caso, como unha sanción, senón como un dereito a non formar parte da XC e a percibir o prezo xusto.

Neste sistema participan diferentes axentes económicos, sendo o máis importante a XC, que adquire personalidade xurídica propia, como ente dependente da Administración actuante, tras a súa inscrición no Rexistro de Entidades Urbanísticas Colaboradoras. A súa finalidade principal é cumprir cos fins e obxectivos para os que é constituída, definidos nos estatutos e nas bases de actuación, e ten como órgano garante das súas actuacións a Administración actuante.

De feito, que a dita entidade teña personalidade xurídica propia en parte é debido a que no sistema de compensación urbanística participa un número importante de axentes económicos e cómpre un interlocutor único coa Administración actuante, pertencendo este papel á XC.

Agora ben, se a XC non cumpre coas súas obrigas, ademais da sanción económica imposta pola Administración, que se remite aos membros dirixentes da entidade, que en definitiva son os responsables de tal actuación, o organismo público pode substituír o sistema de actuación. Pola contra, se son os propietarios os que non cumpren coas súas obrigas, a Administración expropia os seus terreos en favor da entidade urbanística colaboradora, pódose de manifesto a importancia que posúe o organismo público.

A totalidade das parcelas afectadas, incluídas as expropiadas, deben formar parte da XC e deben estar inscritas no Rexistro da Propiedade. Non obstante, poder inscribibles propicia que a XC, como órgano, satisfíxese economicamente o valor de tales parcelas, cuestión difícil xa que é habitual que esa entidade, inicialmente, non dispoña de recursos, de aí que sexa común atrasar o comezo da execución da urbanización na medida en que se exige a inscrición de todas as parcelas.

---

oportuno mencionar a Sentenza do Tribunal Superior de Madrid do 20 de xuño de 2017 que versa sobre a inscrición dos proxectos de compensación no Rexistro da Propiedade (*vid.* LASO BAEZA, V., "El carácter obligatorio de la inscripción del Proyecto de Compensación y la exigibilidad de su cumplimiento a las Juntas de Compensación", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 765, 2018, pp. 601-613).

<sup>4</sup> Esta porcentaxe varía en función da Comunidade Autónoma española, pois é de aplicación a lexislación urbanística propia. A modo de exemplo, en Andalucía exíxese que os propietarios representen máis do 50% da superficie da unidade de execución (artigo 130.c da Lei 7/2002, do 17 de decembro, de ordenación urbanística de Andalucía). En Canarias establécese que para a posta en funcionamento do sistema de compensación se requiren propietarios que representen polo menos o 50% da superficie do ámbito de actuación, excluídos os terreos de uso e dominio público (artigo 225 da Lei 4/2017, do 13 de xullo, do solo e dos espazos naturais protexidos de Canarias).

### 3 Exixencias económico-financeiras na constitución da Xunta de Compensación

O proceso urbanístico en si mesmo é complexo e, xeralmente, implica dispor de grandes recursos económicos, posto que son proxectos de grande envergadura e, ao ser executado baixo o sistema de compensación, multiplícase o número de operacións a realizar para levar a cabo o dito proceso dado o número de axentes que participan. Tales axentes teñen actuacións diferentes en función da finalidade que estas perseguen, polo que é necesario analizar, desde o punto de vista mercantil e tributario, as implicacións que para cada axente económico teñen e tamén as relacións económicas que se producen entre a XC e os membros que participan na urbanización. Basicamente, as figuras económicas que interveñen neste sistema de xestión son:

- a Xunta de Compensación
- os propietarios
- as empresas urbanizadoras
- a Administración actuante

Ponse de manifesto que é necesario controlar a execución da obra para que a urbanización sexa acorde ao proxecto xa aprobado; no caso contrario, mediaría a demolición. Ademais, para que a obra se defina como finalmente rematada, cómpre que a XC reciba da Administración actuante a certificación correspondente. A espera desta certificación suporía incorrer nuns custos económicos e, se demora a entrega da obra, implica que a XC soporte maiores custos de conservación, dado que estes comezan a ser soportados pola Administración cando esta emita a certificación de conformidade coa obra executada.

Unha vez que remate o obxecto polo que foi creada a XC, ou ben por disposición legal tras algún recurso ou votación da Asemblea Xeral, resta a liquidación, pretendendo en todo momento garantir os compromisos que se tomaron.

A XC debe elaborar os estados contables como calquera sociedade mercantil<sup>5</sup>, concretamente a memoria<sup>6</sup>, a conta de perdas e ganancias<sup>7</sup> e o balance<sup>8</sup>, para proceder posteriormente a presentalos no Rexistro de Entidades Urbanísticas Colaboradoras.

A pesar da relevancia do proceso urbanizador e das importantes repercusións económicas que leva aparelado, tanto a realización do proceso urbanístico de forma

<sup>5</sup> As contas anuais, documentos de carácter obrigatorio, que deben presentar as sociedades mercantís son o balance, a conta de perdas e ganancias, a memoria, o estado de fluxo de efectivos e o estado de cambios no patrimonio neto. Non obstante, dependendo do cumprimento de determinados límites, como son o importe total de activo, cifra anual de negocios e número medio de traballadores, as empresas elaboran as contas anuais abreviadas, non sendo en tal caso obrigatorio presentar o estado de fluxo de efectivos e o estado de cambios no patrimonio neto.

<sup>6</sup> A memoria presenta como obxectivos completar, ampliar e comentar a información contida no resto dos documentos que conforman as contas anuais.

<sup>7</sup> A conta de perdas e ganancias recolle o resultado do exercicio económico, formado polos ingresos, como corrente positiva, e os gastos, como corrente negativa do dito exercicio. Tanto os ingresos como os gastos serán clasificados atendendo á súa natureza económica: de explotación ou financeira.

<sup>8</sup> O balance ten como finalidade a representación do patrimonio dunha unidade económica nun momento dado, mostrándonos os dous aspectos básicos do patrimonio, que son a orixe ou fontes de financiamento (estrutura financeira) e o destino ou investimento (estrutura económica).

independente como a execución deste baixo o sistema de compensación non son tratadas de forma específica desde o ámbito económico-financeiro, detectándose un problema para aquel organismo público que deba exercer un control e supervisión das actividades realizadas no seo do proceso urbanizador.

Así, en España, promulgouse a Lei 16/2007, do 4 de xullo, de reforma e adaptación da lexislación mercantil en materia contable, para a súa harmonización internacional con base na normativa da Unión Europea. As normativas mercantís directamente relacionadas coa actividade que desenvolve a XC, o proceso de urbanizar terreos, son a Orde do 27 de xaneiro de 1993, pola que se aproban as Normas de adaptación do Plan Xeral de Contabilidade ás empresas construtoras; e a Orde do 28 de decembro de 1994, pola que se aproban as Normas de adaptación do Plan Xeral de Contabilidade ás empresas inmobiliarias, ademais do RD 1514/2007. Actualmente, tales adaptacións sectoriais serán de aplicación no que non contradigan o citado real decreto, tendo como finalidade o estudo do proceso de edificación e comercialización de inmobles.

É salientable que, malia requirirille á XC a presentación das contas anuais en que se amose a información económico-financeira que permita controlar a xestión realizada pola dita entidade urbanística e pola Administración actuante, existe un baleiro normativo en materia contable do proceso urbanístico, que é a actividade desenvolvida pola XC.

Neste senso, “sobre as xuntas de compensación recae o deber xeral que vincula todo empresario á levanza de libros de contabilidade en que se reflectan as súas operacións económicas”<sup>9</sup>. Nesta mesma liña, a lexislación mercantil establece que “o libro diario rexistrará día a día todas as operacións relativas á actividade da empresa. Será válida, non obstante, a anotación conxunta dos totais das operacións por períodos non superiores a un mes, a condición de que o seu detalle apareza noutros libros ou rexistros concordantes, de acordo coa natureza da actividade de que se trate”<sup>10</sup>.

Como se puxo de manifesto, á XC exíxenselle os mesmos estados contables desde o eido mercantil que ao resto de entidades económicas, polo que a un ente nacido no seo do ámbito urbanístico e dependente da Administración actuante se lle exixen similares requisitos que ás sociedades de negocios clasificadas no marco da economía financeira.

### 3.1 A Xunta de Compensación como Unión Temporal de Empresa

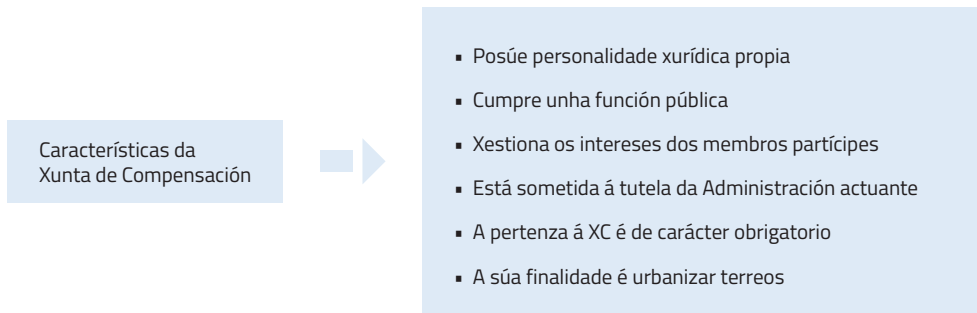
Existen certas figuras xurídicas que operan no sector construtor e inmobiliario que puidesen presentar certa semellanza coa entidade urbanística estudada, tales como: Unións Temporais de Empresas (UTE), cooperativas, comunidades de bens, comunidades de propietarios, sociedades comanditarias ou sociedades colectivas, aínda que, co obxecto de non facer demasiado extenso este traballo, nos centraremos na entidade urbanística colaborada como UTE.

<sup>9</sup> LÓPEZ FARRÉ, F. J. (coord.), *Teoría y Práctica de las Juntas de Compensación*, Editorial La Ley, El Consultor de los Ayuntamientos y de Los Juzgados, Madrid, 2006, p. 405.

<sup>10</sup> Artigo 28.2 do Código de comercio de 1885.

Neste sentido, a XC presenta unhas particularidades de seu, xa que se constitúe como unha entidade urbanística colaboradora con personalidade xurídica propia e con capacidade plena na toma de decisións que considere pertinentes, tendo como obxectivo principal controlar e dirixir o proceso de urbanización, que agrupa todos os axentes que participan neste sistema, e non perseguindo en ningún caso fins lucrativos. Ademais, xestionan intereses estritamente privados dos seus membros, pero que están sometidos á tutela dunha Administración pública, a cal lle outorga o exercicio dunha serie de potestades administrativas para a consecución das súas actividades na medida necesaria para garantir os intereses públicos, mostrando o gráfico 1 as principais características da XC.

Gráfico 1. Particularidades da Xunta de Compensación



Regap



ESTUDIOS

Fonte: Elaboración propia.

As UTE, igual que as XC, nacen para favorecer a agrupación económica de distintos axentes que perseguen un interese común, permitindo a execución de obras de grande envergadura, que no caso das entidades urbanísticas o constitúe o proxecto de urbanización. As UTE encádranse legalmente na Lei 18 de 1982, do 26 de maio, sobre o réxime fiscal de agrupacións e unións temporais de empresas e das sociedades de desenvolvemento industrial, que as define, no seu artigo 7.1, como un “sistema de colaboración entre empresarios por tempo certo, determinado ou indeterminado, para o desenvolvemento ou execución dunha obra, servizo ou subministración”. Polo tanto, esta figura “facilita a cooperación empresarial de forma temporal, constituíndose como entidade, aínda que sen personalidade xurídica”<sup>11</sup>, posto que estas agrupacións nacen para acadar un determinado obxectivo consistente nun proxecto conxunto, constituídas, normalmente, por pequenas e medianas empresas, sendo así capaces de acometer grandes proxectos, xa que pola contra e de forma independente non dispoñen, xeralmente, dos recursos suficientes. De feito, existen unha serie de motivos<sup>12</sup>

<sup>11</sup> ARAGÓN, E. e HARO, J., “Uniones Temporales de Empresas: un análisis de su configuración económica y contable”, *Partida Doble*, n. 133, 2002, p. 36.

<sup>12</sup> Vid. SILVA, M., “Uniones Temporales de Empresas: estructura y funcionamiento”, *Revista de Gestión Pública y Privada*, n. 15, 2010, pp. 130-152.



que poden propiciar a constitución deste tipo de agrupacións, tales como: económicos, posto que se poden obter mellores condicións de financiamento e redución de custos; técnicos, xa que permite unha maior racionalización do proceso produtivo a realizar; de tipo organizacional, pois unen experiencias dos distintos membros que configuran a agrupación; e, por último, existe unha limitación no risco, xa que os desembolsos ou o investimento a realizar por cada membro, de forma individual, implicaría maior risco que realizalo no seo da agrupación.

Se nos centramos naquelas UTE que concorren ás licitacións públicas,ponse de manifesto que unha das posibles vantaxes é a concentración empresarial, posto que acoden aos ditos concursos públicos e “resultaría máis complexa por parte dos empresarios se se fixese de forma separada”<sup>13</sup>.

A propia lei das UTE determina poucos requisitos para a formalización da constitución desta agrupación, xa que na “escritura pública se farán constar os pactos que deben rexer o seu funcionamento, non sendo a súa inscrición no Rexistro Mercantil obrigatoria. Os estatutos deberán recoller tanto as achegas realizadas ao fondo operativo común como a forma de financiar ou sufragar as actividades comúns, non creándose unha sociedade con personalidade xurídica propia”<sup>14</sup>.

Na medida en que carece de personalidade xurídica independente, cómpre aclarar que non se lle exige un capital de constitución determinado, senón de que xeito vai sufragar as actividades para as que foi creada, sabendo que a súa duración é limitada e que conta cun réxime tributario especial.

Neste traballo púxose de manifesto a analoxía entre as XC e as UTE; non obstante, debemos considerar os seguintes aspectos diferenciadores entre ambas as dúas agrupacións:

- A UTE non posúe personalidade xurídica propia, malia que se lle exigen considerables requisitos na subministración de información dos estados contables, dado que as empresas partícipes o requiren, ao contrario da XC, que si ten personalidade xurídica propia.

- A pertenza dos socios que configuran a UTE é de carácter voluntario e en ningún caso a Administración actuante participa por dereito propio no proxecto que se vai realizar, feito que sucede na XC.

- A agrupación temporal non posúe a propiedade dos bens que son achegados ao constituírse esta, xa que a súa actuación é estritamente de carácter instrumental, para a realización do proxecto en cuestión; así, a agrupación temporal traballa para unha edificación, mentres que a entidade urbanística opera para os socios.

- Á UTE élle de aplicación o réxime de transparencia fiscal, a diferenza da XC, que como veremos posteriormente ten tamén un tratamento tributario privilexiado.

Baixo o noso punto de vista, e para os efectos mercantís e tributarios, podemos considerar a XC como unha unión temporal no referente á constitución e execución

<sup>13</sup> PLATERO ALCÓN, A., “Las Uniones Temporales de Empresas en el Ordenamiento Jurídico Español”, *Revista Ratio Juris*, n. 12, 2017, p. 101.

<sup>14</sup> ARAGÓN, E., e HARO, J., “Uniones Temporales de Empresas: un análisis de su configuración económica y contable”, cit., p. 40.

da urbanización de terreos, posto que é un ente que se constitúe con personalidade xurídica propia para acadar un obxectivo común, a urbanización de terreos, e por un tempo limitado, operando para os socios xunteiros, a pesar de que ambas as dúas agrupacións non coincidan en todas as súas características.

### 3.2 O patrimonio neto da Xunta de Compensación

O patrimonio neto “constitúe a parte residual dos activos<sup>15</sup> da empresa unha vez deducidos todos os seus pasivos<sup>16</sup>. Inclúe as achegas realizadas, xa sexa no momento da súa constitución ou noutros posteriores, polos seus socios ou propietarios, que non teñan a consideración de pasivos, así como os resultados acumulados ou outras variacións que lle afecten”<sup>17</sup>.

No patrimonio neto do balance da XC débese reflectir que a dita entidade foi constituída e inscrita no rexistro pertinente, presentando a constitución das XC certa similitude co funcionamento das UTE, como expuxemos anteriormente, e propondo a utilización do título *Fondo operativo* e, xa que logo, desestimando o emprego da conta *Capital social*, pois nos estados contables non se debe reflectir a constitución dunha sociedade anónima ou sociedade mercantil xa que non reúne os requisitos para ser considerada como tal. Na nosa opinión, na constitución da XC formalízase un fondo operativo coa finalidade de executar o proceso de urbanización, é dicir, un fondo social cuxa vida coincide coa duración da entidade urbanística e o proxecto de urbanización a realizar.

A XC non emite títulos, aínda que os membros partícipes coas súas achegas, xuridicamente, posúen o poder suficiente para a toma de decisións. De feito, obteñen os seguintes dereitos e obrigas:

- Dereito a participar xuridicamente na entidade urbanística colaboradora, tendo representación e voto.
- Dereito a participar nos beneficios da XC se existen e que son producidos habitualmente polo alleamento de soares a terceiros.
- Dereito a que a XC urbanice os terreos e adxudique finalmente os soares.
- Obriga de realizar os desembolsos periódicos exixidos pola entidade urbanística.

Ademais, a incorporación dos membros á XC non é de carácter voluntario, como acontece en calquera sociedade anónima, xa que a entidade urbanística exige a incorporación de todos os propietarios de terreos inmersos no proxecto de urbanización; pola contra, a Administración actuante expropia as parcelas obxecto de urbanización en favor da XC.

<sup>15</sup> Os activos son “bens, dereitos e outros recursos controlados economicamente pola empresa, resultantes de sucesos pasados, dos que se espera que a empresa obteña beneficios ou rendementos económicos no futuro”. (Marco Conceptual. RD 1514/2007).

<sup>16</sup> Os pasivos son “obrigas actuais xurididas como consecuencia de sucesos pasados, para cuxa extinción a empresa espera desprenderse de recursos que poidan producir beneficios ou rendementos económicos no futuro. Para estes efectos, enténdense incluídas as provisións”. (Marco Conceptual. RD 1514/2007).

<sup>17</sup> Marco Conceptual. RD 1514/2007.

Por estes motivos, cremos que a constitución da XC debe ser considerada como unha fundación simultánea<sup>18</sup>, pois todos os socios deben subscribir as accións ou participacións, neste caso coas achegas que lle permite participar na XC, debendo recoñecer contablemente as achegas que cada un dos membros debe realizar.

No referente á valoración das achegas que non sexan en diñeiro, debemos recordar que a XC se rexe polo ordenamento urbanístico, e os criterios de valoración que se establecen para as esas achegas virán dispostos por esa lexislación. Neste sentido, nas bases de actuación establécense as normas de valoración que se deben aplicar para os terreos achegados na XC, debendo ser aprobados pola Administración actuante. Agora ben, o coeficiente de participación de cada axente participante (xeralmente o propietario que achega o terreo) debe ser a superficie achegada en proporción á superficie total obxecto de urbanización.

Iso provoca que se poña de manifesto a utilización de diferentes criterios para a mesma problemática. A lexislación mercantil española establece, no caso de achegas que non sexan en diñeiro, que “os bens de inmovilizado recibidos en concepto de achega de capital que non sexa en diñeiro serán valorados polo seu valor razoable<sup>19</sup> no momento da súa achega, conforme o sinalado na norma sobre transaccións con pagamentos baseados en instrumentos de patrimonio, xa que neste caso se presume que sempre se pode estimar con fiabilidade o valor razoable dos ditos bens”<sup>20</sup>, sendo de aplicación aos axentes económicos que participan na XC, posto que deben aplicar a normativa contable para valorar as súas achegas. Non obstante, a XC réxese polo ordenamento urbanístico e seranlle de aplicación os criterios de valoración que virán contidos no Real decreto lexislativo 7/2015, do 30 de outubro, polo que se aproba o Texto refundido da Lei de solo e rehabilitación urbana (TRLRHL’15)<sup>21</sup>.

<sup>18</sup> A pesar de que a XC non reúne as características dunha sociedade mercantil, si que debe realizar operacións similares a esta, tal é o caso da constitución; para iso tomaremos como texto legal o Real decreto lexislativo 1/2010, do 2 de xullo, polo que se aproba o Texto refundido da Lei de sociedades de capital no referente á constitución mediante fundación simultánea, que, en aplicación do artigo 21, son os socios fundadores os que subscriben a totalidade das accións.

<sup>19</sup> Segundo o Marco Conceptual do RD 1514/2007, “é o importe polo que pode ser adquirido un activo ou liquidado un pasivo, entre partes interesadas e debidamente informadas, que realizan unha transacción en condicións de independencia mutua. O valor razoable determinarase sen deducir os gastos de transacción nos que puidese incorrerse no seu alleamento. Non terá en ningún caso o carácter de valor razoable o que sexa resultado dunha transacción forzada, urxente, ou como consecuencia dunha situación de liquidación involuntaria”.

<sup>20</sup> Norma de Rexistro e Valoración n. 2 do RD 1514/2007.

<sup>21</sup> Para os efectos de valoración urbanística, distínguense dúas situacións básicas de solo: solo rural e solo urbanizado. Así, en aplicación do artigo 36 do TRLRHL’15, para a valoración de solo rural considérase que:

“a) Os terreos se taxarán mediante a capitalización da renda anual real ou potencial, a que sexa superior, da explotación segundo o seu estado no momento ao que deba entenderse referida a valoración.

A renda potencial calcularase atendendo ao rendemento do uso, desfrute ou explotación de que sexan susceptibles os terreos conforme a lexislación que lles sexa aplicable, utilizando os medios técnicos normais para a súa produción. Inclúirá, se é o caso, como ingresos as subvencións que, con carácter estable, se outorguen aos cultivos e aproveitamentos considerados para o seu cálculo e descontaranse os custos necesarios para a explotación considerada.

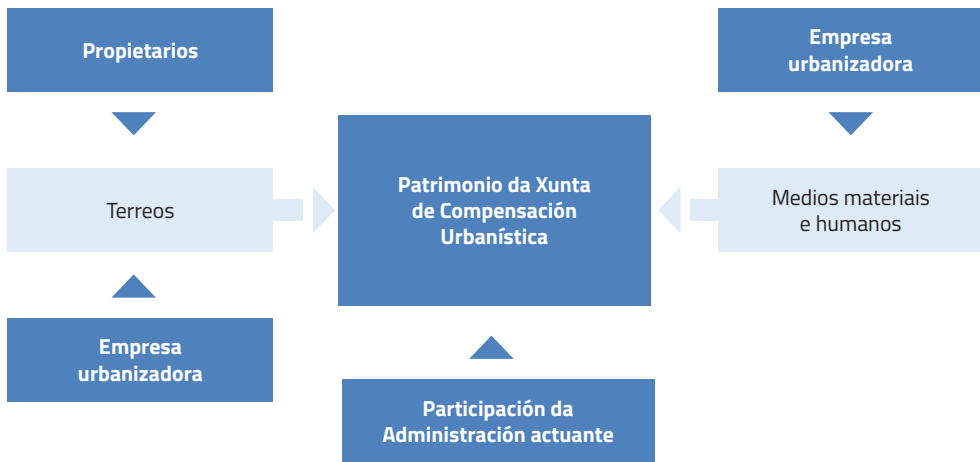
O valor do solo rural así obtido poderá ser corrixido á alza en función de factores obxectivos de localización, como a accesibilidade a núcleos de poboación ou a centros de actividade económica ou a situación en contornos de singular valor ambiental ou paisaxístico, cuxa aplicación e ponderación deberá ser xustificada no correspondente expediente de valoración, todo iso nos termos que regulamentariamente se establezan.

b) As edificacións, construcións e instalacións, cando se deban valorar con independencia do solo, taxaranse polo método de custo de reposición segundo o seu estado e antigüidade no momento ao que deba entenderse referida a valoración.

c) As plantacións e as sementeiros preexistentes, así como as indemnizacións por razón de arrendamentos rústicos ou outros dereitos, taxaranse conforme os criterios das leis de expropiación forzosa e de arrendamentos rústicos.

As achegas iniciais que os membros partícipes realizan á XC son diferentes, dependendo do tipo de axente económico, tal como se mostra no gráfico 2, de aí que en función da achega realizada se subministre unha información económica substancialmente distinta. Con independencia de como se deben mostrar nos estados contables as achegas dos distintos axentes económicos partícipes, a XC valora estas en función dos criterios de valoración urbanística e os xunteiros, segundo o valor recollido nos seus estados patrimoniais.

Gráfico 2. Configuración do patrimonio neto da Xunta de Compensación



Regap



ESTUDIOS

Fonte: Elaboración propia.

2. En ningún dos casos previstos no apartado anterior poderán considerarse expectativas derivadas da asignación de edificabilidades e usos pola ordenación territorial ou urbanística que non fosen aínda plenamente realizados”.

Polo que respecta ao solo urbanizado e en aplicación do artigo 37 do TRLS’15:

”a) Consideraranse como uso e edificabilidade de referencia os atribuídos á parcela pola ordenación urbanística, incluído se é o caso o de vivenda suxeita a algún réxime de protección que permita taxar o seu prezo máximo en venda ou aluguer.

Se os terreos non teñen asignada edificabilidade ou uso privado pola ordenación urbanística, atribuiráselles a edificabilidade media e o uso maioritario no ámbito espacial homoxéneo en que por usos e tipoloxías a ordenación urbanística os inclúise.

b) Aplicarase á dita edificabilidade o valor de repercusión do solo segundo o uso correspondente, determinado polo método residual estático.

c) Da cantidade resultante da letra anterior descontarase, se é o caso, o valor dos deberes e cargas pendentes para poder realizar a edificabilidade prevista.

2. Cando se trate de solo edificado ou en curso de edificación, o valor da taxación será o superior dos seguintes:

a) O determinado pola taxación conxunta do solo e da edificación existente que se axuste á legalidade, polo método de comparación, aplicado exclusivamente aos usos da edificación existente ou a construción xa realizada.

b) O determinado polo método residual do apartado 1 deste artigo, aplicado exclusivamente ao solo, sen consideración da edificación existente ou a construción xa realizada.

3. Cando se trate de solo urbanizado sometido a actuacións de reforma ou renovación da urbanización, o método residual a que se refiren os apartados anteriores considerará os usos e edificabilidades atribuídos pola ordenación na súa situación de orixe”.

### 3.2.1 Achega de terreos

As achegas habituais dos propietarios, que poderán configurarse como persoas xurídicas ou físicas, que participan no proceso urbanizador son, na práctica totalidade, os terreos obxecto de urbanización, podendo darse diferentes situacións en función de se transmiten ou non a propiedade á XC, ou ben se non desexan participar no sistema de compensación urbanística, caso en que serán terreos expropiados, diferenciando a continuación entre:

– Achega de terreos mediante titularidade fiduciaria:

A achega que non sexa en diñeiro por parte dos propietarios baixo titularidade fiduciaria constitúe unha achega en especie na que se transmite a propiedade, polo que a partir deste momento a entidade urbanística ten a titularidade do terreo, debendo formar parte do patrimonio desta, debéndose reflectir nos estados contables dos xunteiros esa situación e tamén no balance da XC. Para iso, propónse a utilización do título *Solo urbanizable obtido en cesión*, aínda que nos queda por determinar quizais o máis importante: en que masa patrimonial incluír a dita partida.

Dado que para a entidade urbanística a actividade típica a desenvolver é o proxecto de urbanización, estímase que o terreo achegado, na categoría de solo urbanizable<sup>22</sup>, sexa tratado como a principal materia prima, configurándose como unha partida de existencias, sabendo que, coa terminación do proceso urbanizador, obtén o produto final, o soar, estando enmarcado no balance na partida Existencias do activo corrente. A valoración deses terreos, como se comentou, réxese polo ordenamento urbanístico.

– Achega de terreos mediante facultade fiduciaria:

A achega de terreos mediante facultades fiduciarias desde o punto de vista legal e económico podería ser máis complexa, xa que con esta transmisión o propietario do terreo cede o uso deste á entidade urbanística para que sexa obxecto de urbanización, aínda que non a propiedade. Non obstante e malia este feito, a XC pode tomar importantes decisións sobre estas parcelas, como por exemplo proceder á súa hipoteca.

Coa lexislación mercantil anterior, en España, na configuración do patrimonio dunha empresa tiña relevancia que axente posuía a propiedade xurídica do ben. Non obstante, un cambio conceptual introducido pola actual normativa contable dispón que “a aplicación sistemática e regular dos requisitos, principios e criterios contables deberá conducir a que as contas anuais mostren a imaxe fiel do patrimonio, da situación financeira e dos resultados da empresa. Na contabilización das operacións atenderase á súa realidade económica e non só á súa forma xurídica”<sup>23</sup>.

En consecuencia, a representación contable da dita anotación implica que a entidade urbanística adquire con esa achega o dereito sobre o solo obxecto de urbanización, podendo utilizar o título *Dereitos sobre solo urbanizable*, inclinándonos a considerala como existencias, posto que o terreo é considerado como unha materia prima, xa que, a pesar de ter dereitos sobre terreos, todos son obxecto de urbanización, dado

<sup>22</sup> Tipoloxía de solo que é susceptible de ser desenvolvido urbanisticamente no futuro para absorber o crecemento demográfico que segundo o TRLS'15 queda enmarcado na situación básica de solo rural.

<sup>23</sup> Marco Conceptual. RD 1514/2007.

que como sustento de tal dereito está un terreo que mediante o proceso urbanizador é transformado en soar. En calquera caso, a XC tamén pode optar por utilizar o mesmo rótulo proposto para os terreos que son transmitidos con titularidade fiduciaria e informando na memoria que terreos obxecto de urbanización son propiedade dos particulares.

Con respecto ás empresas urbanizadoras, poden achegar inicialmente parcelas inmersas na extensión de terreos obxecto de urbanización e/ou, principalmente, o compromiso de executar a urbanización, achega que analizaremos posteriormente, recibindo en ambos os dous casos como contraprestación terreos xa urbanizados. No caso de que a empresa urbanizadora achegue terreos, para a XC non existe diferenza ningunha entre a achega de terreos, como existencias, tal como se expuxo para os propietarios, xa que para a entidade urbanística colaboradora xeralmente o solo é tratado como tal.

- Recepción de terreos expropiados:

Ademais das achegas de terreos mencionadas, débense analizar as derivadas dos propietarios cuxas parcelas son expropiadas. A información económica que deben subministrar os estados contables sobre esta achega, desde o punto de vista xurídico, non é distinta da xa analizada para os terreos entregados baixo titularidade fiduciaria, xa que se transmite a propiedade, aínda que difire na medida en que non debe ser entendida como unha achega, senón máis ben como unha adquisición de existencias, xa que os ditos terreos, pola propia definición de expropiación e con carácter xeral, non son devoltos, convertidos en soar, aos seus propietarios. Non obstante, nalgúns supostos pode caber o dereito de reversión da expropiación dos terreos<sup>24</sup>.

Na expropiaciónponse de manifesto non só o custo derivado do solo en si, senón tamén o de demolición das posibles industrias ou de establecementos, aplicando nestes casos os criterios de valoración de edificacións, que tamén deben ser obxecto de expropiación, debéndose considerar ademais o custo do realoxamento dos inquilinos que deben sufrir tales actuacións; todo iso debería ser taxado para coñecer o valor que supón a expropiación para cada un deles. Neste sentido, a lexislación urbanística<sup>25</sup> determina que se debe:

- “Garantir o realoxamento dos ocupantes legais que se precise desaloxar de inmobles situados dentro da área da actuación e que constitúan a súa residencia habitual, así como o retorno cando teñan dereito a el nos termos establecidos na lexislación vixente.

- Indemnizar os titulares de dereitos sobre as construcións e edificacións que deban ser demolidas e as obras, instalacións, plantacións e sementeiras que non poidan conservarse”.

A XC pode satisfacer a adquisición de tales terreos en efectivo ou recoñecer a obriga de pagamento, se non dispón ao inicio da urbanización dos recursos suficientes para facer fronte a este, no balance da XC, no que tamén se recollen as achegas iniciais xa

<sup>24</sup> Ao respecto pode verse LASO BAEZA, V., “La doctrina de la Dirección General sobre la reversión en la expropiación de suelos de propietarios no adheridos a una Junta de Compensación”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 755, 2016, pp. 1727-1739.

<sup>25</sup> Artigo 18 do TRLS’15.

estudadas. É de sinalar que, en certo modo, a compra dos terreos expropiados debería estar diferenciada no patrimonio da entidade urbanística, podendo denominarse *Solo urbanizable propio da Xunta de Compensación*, ou ben con información na memoria, xa que tales terreos son realmente propiedade da XC e controlados economicamente, e só a través desta e en segunda instancia pertencen aos xunteiros. Non obstante, tamén outros xunteiros poden estar interesados en asumir os custos dos terreos expropiados, de tal forma que incrementarían a súa cota de participación na entidade urbanística colaboradora.

Coa proposta formulada, a Administración actuante ten en todo momento coñecemento sobre que terreos se achegaron ao sistema de compensación urbanística, cal foi a súa valoración económica, que propietarios transmitiron a propiedade xurídica dos terreos obxecto de urbanización e cales son os propietarios que decidiron non adherirse ao sistema de xestión analizado.

### 3.2.2 Achega de medios materiais e humanos

Polo xeral, a achega máis relevante das empresas urbanizadoras é o compromiso de executar total ou parcialmente a urbanización, fornecendo os medios materiais e humanos, e recibindo como pagamento soares. Para a XC é un compromiso coa entidade urbanizadora que xorde ao inicio do proceso e que se irá facendo efectivo a medida que a empresa urbanizadora vaia incorrendo nos custos de urbanización pactados. Este feito económico, á marxe de ser realizado ao principio, ten repercusión para todo o proceso urbanizador.

É preciso examinar que información económico-financeira ha de ser subministrada pola XC ao respecto desta operación, analizando se efectivamente cumpre os requisitos dispostos pola normativa mercantil que sexa considerado como un elemento de activo. Neste sentido, a lexislación mercantil dispón que os elementos de activos sexan bens, dereitos e outros recursos controlados economicamente pola empresa, resultantes de sucesos pasados, dos que se espera que a empresa obteña beneficios no futuro.

Se analizamos con detemento esa definición, a problemática obxecto de estudo é un compromiso entre ambas as dúas partes (a empresa urbanizadora e a XC), e a entidade urbanística colaboradora non controla economicamente, en ningún momento, a execución da urbanización por parte da empresa urbanizadora.

Neste sentido, a operación económica analizada na medida en que se sustenta sobre a base de compromisos por ambas as dúas partes (XC e empresa urbanizadora) poderíase equiparar aos contratos de futuros, xa que nestes as partes contratantes acordan comprar e/ou vender nun futuro un determinado activo a un prezo convido de antemán, sendo o importe pactado ao inicio o que se toma como referencia, considerando que o presuposto establece o estudo económico-financeiro que motivou a adxudicación da obra.

En consecuencia, a achega da empresa urbanizadora podería presentar semellanza cos contratos de futuros, de tal forma que se podería optar por reflectilo no modelo suplementario utilizando as seguintes contas: *Compromiso coa entidade urbanizadora e Urbanización a executar* – que vai diminuindo a medida que a empresa vaia cumprindo



co compromiso adquirido–, sendo as ditas contas valoradas polo importe total que supón a realización do proxecto de urbanización. Non obstante, inclinámonos por que na memoria se informe de todo aquilo que vaia acontecendo no proceso urbanizador, pois é información complementaria de gran valía.

A XC, para valorar o compromiso coas empresas urbanizadoras, toma como referencia o orzamento do proxecto de urbanización e, dado que se utilizan magnitudes previstas, pode suceder que as magnitudes reais non coincidan con aquelas, debéndose analizar as desviacións xurdidas, que propiciarán ben un aumento ou ben unha diminución no compromiso adquirido pola empresa urbanizadora, en función das condicións contractuais establecidas previamente.

Ante esta posibilidade, podémonos cuestionar se a empresa promotora se compromete, exclusivamente, polo presuposto establecido ao inicio, ou ben o compromiso varía en función das diferenzas xurdidas ao contrapoñer as magnitudes reais e previstas, e, sobre todo, para os efectos de poder establecer a participación da empresa urbanizadora na XC, que, finalmente, é materializada coa adxudicación de soares.

Esta cuestión depende en gran medida das cláusulas establecidas no contrato entre a empresa urbanizadora e a XC, xa que, finalmente, o prezo de venda estipulado, se é pechado, non admite ningún tipo de modificación; iso si, as posibles diferenzas deben ser recollidas no seo da información mercantil da empresa promotora inmobiliaria ou empresa urbanizadora.

Por outra banda, tamén pode suceder que a empresa urbanizadora, responsable da execución, non cumpra coas súas obrigas, tendo que recoñecer a XC a dita situación, variando en tal caso o compromiso particular establecido coa empresa promotora, podéndose referir mesmo á parte do contrato xa executado.

Esta achega económica tamén precisa dun exhaustivo control por parte da Administración pública porque en certa medida vai afectar á boa marcha de todo o proceso urbanizador, pois está en xogo a execución da urbanización.

### 3.2.3 Participación da Administración actuante

A participación da Administración actuante na XC difire significativamente da do resto dos intervinientes neste sistema de xestión urbanística, xa que inicialmente non achega terreos, senón todo o contrario; de todas as achegas realizadas polos distintos axentes económicos, unha parte é destinada ao organismo público.

En cumprimento do ordenamento urbanístico, non existe en si unha achega inicial, senón que, froito do proceso de urbanización, lle corresponden á Administración competente terreos tanto destinados a dotacións públicas como os derivados das plusvalías xeradas polo proceso urbanizador. Así, a participación da Administración na XC consiste na presenza dun vogal para efectuar un labor de control, coa finalidade de que as actuacións urbanísticas realizadas sexan as convidadas, a pesar de que este sistema urbanístico sexa de carácter privado.

Polo tanto, a Administración debería ter información económico–financeira da XC, pois mostraría non só en que fase urbanística se atopa, senón tamén cal está a ser a



súa xestión, máxime cando operacións que realiza a entidade urbanística deben ser gravadas fiscalmente.

Cómpre sinalar o papel fundamental que desempeña a Administración actuante, pois debe exercer un control do proceso urbanizador a prol do interese público. É un proceso que está fortemente regulado, xa que o urbanismo cumpre unha necesidade social e o organismo público debe velar por que a participación no sistema de compensación se realice baixo os parámetros legais establecidos.

## 4 A constitución da Xunta de Compensación: efectos tributarios

A XC presenta unha serie de peculiaridades que non só afectan ao aspecto mercantil, senón tamén na súa incidencia tributaria, e que, co obxecto de dar unha visión ampla da constitución da XC, cremos conveniente analizar. Cinguirémonos ao imposto sobre sociedades (IS) e ás distintas modificacións que se introduciron no imposto sobre o valor engadido (IVE), co fin de loitar contra a fraude fiscal, centrándonos na incidencia fiscal no obxecto deste traballo, a constitución da XC.

As actividades que realiza a XC para poder levar a cabo o seu principal obxectivo, o proceso de urbanización, son consideradas pola normativa tributaria como unha actividade empresarial, e, polo tanto, esta entidade urbanística colaboradora é suxeito pasivo do IS.

Non obstante, como xa mencionamos, estas agrupacións “son entes de natureza administrativa, de xestión autónoma polos propios interesados de funcións inicialmente administrativas”<sup>26</sup>. Polo tanto, estas entidades, ao non ter ánimo de lucro e realizar actividades que implican un fin específico, poden ser consideradas como entidades parcialmente exentas. Neste sentido se pronuncia a Dirección Xeral de Tributos á consulta formulada o 15 de xaneiro de 1996 na cal se determina que as xuntas de compensación son suxeitos pasivos do imposto e, para tales efectos, poden ser consideradas como entidades parcialmente exentas, aplicándose o réxime especial contido na Lei de imposto de sociedades.

En definitiva, tratouse “de dotar o sistema de compensación dunha protección fiscal especial, consistente en declarar exentos determinados actos, e iso sobre a base de que as xuntas de compensación tiñan un fin principal, como era a execución do planeamento, gozando esta función dun carácter eminentemente prioritario a favor do interese xeral”<sup>27</sup>. Non obstante, cómpre sinalar que esa exención non será de aplicación aos rendementos de explotación económica froito de actividades paralelas que non estean derivados da súa actividade principal. Así, é habitual no marco deste sistema de xestión urbanística sufragar os gastos de urbanización co financiamento

<sup>26</sup> FERNÁNDEZ, T.-R., *Manual de Derecho Urbanístico*, Editorial Dykinson, Madrid, 2017, p. 45.

<sup>27</sup> LASO BAEZA, J. L., “Modificacións normativas del IVA y su repercusión en el funcionamiento ordinario de las juntas de compensación”, cit., p. 2.

obtido polo alleamento de terreos a terceiros; pois ben, esta venda de terreos é unha actividade económica que non estaría exenta.

A continuación, analizamos a incidencia tributaria do IVE nas achegas que os xun-teiros realizan á XC para a súa constitución, seguindo a mesma liña que a presentada no estudo mercantil, diferenciando entre a achega de terreos e a achega de medios materiais e humanos.

## 4.1 Achega de terreos

Un aspecto importante para os efectos do estudo do réxime tributario das XC, de carácter privilexiado, consiste en diferenciar a fiscalidade da entidade urbanística colaboradora e a dos membros partícipes nela, sendo imprescindible diferenciar se os propietarios transmiten ou non a propiedade xurídica dos terreos ao incorporarse á XC, cuestión que inflúe decisivamente no tratamento fiscal.

- Achega de terreos mediante titularidade fiduciaria:

Na constitución das XC é fundamental a distinción naquelas xuntas en que os propietarios transmiten a propiedade xurídica dos terreos á entidade urbanística colaboradora e, ademais, se os que efectúan as ditas achegas teñen a condición de empresarios ou profesionais e os terreos están afectos á actividade<sup>28</sup>. Neste suposto, os ditos terreos son cualificados como entrega de bens e, polo tanto, esa entrega pode ser considerada como orixe da obriga tributaria do feito imponible do IVE. Non obstante, neste caso pódese acoller á exención establecida<sup>29</sup> nas “entregas de terreos que se realicen como consecuencia da achega inicial ás xuntas de compensación polos propietarios de terreos comprendidos en polígonos de actuación urbanística”, todo iso antes das modificacións introducidas pola Lei 28/2014.

Non obstante, cando se produce unha entrega de terreos con motivo da achega á XC e quen efectúa esa achega non é considerado empresario ou profesional, implica que non é suxeito pasivo do IVE e a dita operación debería recaer directamente sobre o tráfico civil e, polo tanto, estaba suxeito ao imposto sobre transmisións patrimoniais, sendo necesario neste caso aplicar a exención establecida no artigo 45I.B.7 do Real decreto legislativo 1/1993, do 24 de setembro, polo que se aproba o Texto refundido da Lei do imposto sobre transmisións patrimoniais e actos xurídicos documentados<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> Vid. LASO BAEZA, J. L., “Modificaciones normativas del IVA y su repercusión en el funcionamiento ordinario de las juntas de compensación”, cit., p. 6, “a condición de empresario ou profesional non se daba se paralelamente non existía unha intención de venda, cesión ou adxudicación posterior por calquera título dos terreos que se ían urbanizar e iso a partir de que os membros da xunta que non tiñan previamente a condición de empresarios ou profesionais a adquirisen desde que lles comezasen a ser imputados os correspondentes custos de urbanización vía derramas”.

<sup>29</sup> Artigo 20.Un da Lei 37/1992, do 28 de decembro, do imposto sobre o valor engadido en que se declaran exentas do IVE (LIVE).

<sup>30</sup> Este artigo determina que están exentas “as transmisións de terreos que se realicen como consecuencia da achega ás xuntas de compensación polos propietarios da unidade de execución e as adxudicacións de soares que se efectúen aos propietarios citados, polas propias xuntas, en proporción aos terreos incorporados. Os mesmos actos e contratos a que dea lugar a reparcelación nas condicións sinaladas no parágrafo anterior. Esta exención estará condicionada ao cumprimento de todos os requisitos urbanísticos”. Neste mesmo sentido maniféstase o artigo 159.4 do Real decreto 1/1992, do 26 de xuño, polo que se aproba o Texto refundido da Lei sobre réxime do solo e ordenación urbana, texto declarado inconstitucional por exceder nas súas competencias: “as transmisións de terreos que se realicen como consecuencia da constitución da Xunta de Compensación por

– Achega de terreos mediante facultade fiduciaria:

Cando non se transmite a propiedade dos terreos, facultade fiduciaria, non existe unha entrega de bens á XC por parte dos propietarios. Polo tanto, é condición determinante “para que a operación de entrega ou achega dos bens en cuestión [...] quede encadrada no concepto de entrega de bens a título oneroso, para os efectos da súa suxeición ao imposto sobre o valor engadido, que se produza a transmisión de propiedade”<sup>31</sup>.

Concretamente, e na medida de que existen dúas posibilidades na constitución da XC, establécese “que non se produza a referida transmisión, caso en que a Xunta de Compensación actúa como fiduciaria dos seus membros, ou que se produza. No primeiro dos supostos, conforme a Lei do imposto sobre o valor engadido, non estará suxeita ao tributo a achega de terreos á xunta nin a adxudicación dos urbanizados aos contribuíntes”<sup>32</sup>.

Por conseguinte, nestas xuntas non se produce o feito imponible do IVE, nin tampouco recae sobre estas o imposto sobre transmisións patrimoniais e actos xurídicos documentados, basicamente porque non se produciu a transmisión de propiedade. Nese caso, as xuntas actúan “como empresarios pero en calidade de contratistas cos propietarios de terreos, que serán os que realmente reserven para si a condición de urbanizadores”<sup>33</sup>.

Ademais, “pode defenderse que os poderes de disposición que se entregan á xunta, na medida en que van dirixidos, de forma exclusiva, a que aquelas poidan satisfacer os intereses públicos e privados que a lexislación lle atribúe, non son suficientes para considerar que existe unha entrega de bens suxeita ao imposto”<sup>34</sup>.

En resumo, “a incorporación dos propietarios de terreos a unha Xunta de Compensación non determina a transmisión dos terreos a esta última, que actúa simplemente como fiduciaria daqueles na realización das actuacións de urbanización [...], son os propietarios dos terreos os que teñen, para os efectos do imposto sobre o valor engadido, a condición de promotores da urbanización dos terreos da súa propiedade e, polo tanto, tamén a condición de empresarios ou profesionais cando destinen tales terreos á súa venda, adxudicación ou cesión por calquera título”<sup>35</sup>.

Neste sentido e para este tipo de achega de terreos, mediante facultade fiduciaria, “os propietarios de terreos, na medida en que se converten en urbanizadores, deveñen

---

achega dos propietarios da unidade de execución no caso que así o dispuxeran os estatutos, ou en virtude de expropiación forzosa, e as adxudicacións de soares que se efectúen en favor dos propietarios membros das ditas xuntas e en proporción aos terreos incorporados por aqueles, estarán exentas, con carácter permanente, se cumpren todos os requisitos urbanísticos, do imposto sobre transmisións patrimoniais e actos xurídicos documentados e non terán a consideración de transmisións de dominio para os efectos da exacción do imposto sobre o incremento de valor dos terreos de natureza urbana”.

<sup>31</sup> Resolucions do Tribunal Económico Administrativo do 8 febreiro e 6 xuño de 1996 (XT 1996, 388 e 908).

<sup>32</sup> Resolución do Tribunal Económico Administrativo de 18 outubro 2000 (XT 2000, 1880).

<sup>33</sup> LASO BAEZA, J. L., “Modificaciones normativas del IVA y su repercusión en el funcionamiento ordinario de las juntas de compensación”, cit., p. 7.

<sup>34</sup> RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J., “Impuesto sobre el Valor Añadido en el proceso urbanístico: estado actual de la cuestión”, *Jornada sobre Aspectos Tributarios del Urbanismo organizado por Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, Madrid, 2018, p. 56.

<sup>35</sup> RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J., “Impuesto sobre el Valor Añadido en el proceso urbanístico: estado actual de la cuestión”, cit., p. 57.

así mesmo en empresarios para os efectos do imposto, debendo practicar así mesmo a súa repercusión polas operacións suxeitas e non exentas deste que poidan realizar”<sup>36</sup>.

O tratamento establecido entre as xuntas con titularidade e facultade fiduciaria, totalmente desigual desde o ámbito tributario, provocaba que a maioría das xuntas de compensación se constituísen baixo a forma de facultade fiduciaria, onde non se transmitía a propiedade xurídica dos terreos, o que as beneficiaba desde o punto de vista fiscal.

Non obstante, a modificación que introduce a Lei 28/2014, pola que se modifican a Lei 37/1992, do 28 de decembro, do imposto sobre o valor engadido; a Lei 20/1991, do 7 de xuño, de modificación dos aspectos fiscais do réxime económico-fiscal de Canarias; a Lei 38/1992, do 28 de decembro, de impostos especiais; e a Lei 16/2013, do 29 de outubro, pola que se establecen determinadas medidas en materia de fiscalidade ambiental e se adoptan outras medidas tributarias e financeiras, [...] suprímese a exención que regulaba o artigo 20. Un da LIVE, afectando directamente á achega inicial que realizan os propietarios, inmersos no polígono de execución, á XC; en definitiva, á constitución da entidade urbanística colaboradora.

De feito, no preámbulo da citada Lei 28/2014 expónse que a dita modificación se realiza para salvar “a distorsión que causaba o distinto tratamento para os efectos do imposto da actuación nos procesos de urbanización desas xuntas, segundo interviñesen na súa condición ou non de fiduciarias”. Polo tanto, a intención do lexislador coa modificación introducida é a de acabar co trato desigual existente entre as xuntas con facultade ou titularidade fiduciaria, de tal forma que as achegas de terreos efectuadas no seo de calquera tipo de xuntas (fiduciarias ou non) se rexerán polo artigo 20.Un. 20.<sup>a</sup> e 22.<sup>o</sup>, e de renuncia á exención (artigo 20.Dous da LIVE).

- Terreos expropiados:

Como xa mencionamos, aqueles propietarios que non desexen incorporarse á XC serán obxecto de expropiación. Neste caso, prodúcese unha entrega de bens que está suxeita, sempre e cando os ditos propietarios sexan considerados empresarios ou profesionais e os terreos se atopen afectos á súa actividade, como xa expuxemos anteriormente.

## 4.2 Achega de medios materiais e humanos

A empresa urbanizadora presta servizos á XC, posto que está a executar as obras de urbanización e, neste caso, é unha operación que está suxeita e non exenta ao IVE. Outra modificación introducida realizouse a través da Lei 7/2012, do 29 de outubro, de modificación tributaria e orzamentaria de adecuación da normativa financeira para a intensificación das actuacións na prevención e loita contra a fraude, que é considerar un novo conxunto de suxeitos pasivos do imposto. Concretamente, “cando se trate de execucións de obra, con ou sen achega de materiais, así como as cesións de persoal para a súa realización, consecuencia de contratos directamente formalizados entre o

<sup>36</sup> Contestación á consulta do 15 de xullo de 1999 (XUR 2001, 232361).

promotor e o contratista que teñan por obxecto a urbanización de terreos ou a construción de terreos ou a construción ou rehabilitación de edificacións.

O establecido no parágrafo anterior será de aplicación cando os destinatarios das operacións sexan pola súa vez o contratista principal ou outros subcontratistas nas condicións sinaladas<sup>37</sup>.

De feito, “a Xunta de Compensación terá a consideración de contratista principal das obras de urbanización que realiza en nome propio, pero por conta dos promotores que serán os xuntacompensantes”<sup>38</sup>.

Doutro lado, non debemos esquecer que os xunteiros sufragan o custo da urbanización dos terreos; polo tanto, a XC presta os seus servizos aos seus membros partícipes e por iso cóbralles as denominadas derramas aos xunteiros, de tal forma que “as derramas ou achegas en metálico feitas á Xunta de Compensación por parte dos propietarios dos predios constitúen pagamentos relacionados coas obras de urbanización desenvolvidas por aquela, motivo polo que resulta axustada a dereito a repercusión do IVE”<sup>39</sup>.

A achega de medios materiais e humanos da empresa urbanizadora consiste en prestar servizos recibindo como pagamento obras de urbanización. Polo tanto, no caso de xunta fiduciaria, existe unha entrega de bens dos membros, que constitúen a XC, e os propietarios seguen posuíndo a titularidade dos terreos, en favor da empresa urbanizadora, desde o momento en que se aprobe o proxecto de compensación.

Este tipo de achega presenta dúas operacións que están suxeitas ao imposto: a entrega de terreos e a prestación dos servizos para urbanizalos, sendo fundamental discernir en que momento se produce a súa devindicación.

As repercusións do imposto producíranse do seguinte xeito<sup>40</sup>:

“- Os propietarios deberán repercutir o imposto á empresa urbanizadora coa aprobación do proxecto de compensación.

- Esta entrega de bens é a retribución percibida pola empresa urbanizadora, que a recibe como pagamento anticipado. En consecuencia, devindícase tamén neste momento a súa prestación de servizos, de modo que a Xunta deberá autorrepercutir para si o imposto.

- Finalmente, tamén se producirá neste momento a autorrepercusión do imposto por parte dos propietarios –que teñan a condición de empresarios–, como consecuencia dos servizos recibidos da Xunta”.

No caso de que a XC se constituía mediante titularidade fiduciaria, se os propietarios tivesen transmitido a titularidade dos terreos, a XC debe entregar terreos a favor da empresa urbanizadora como pagamento dos servizos de urbanización realizados. Neste caso, a entrega de terreos da XC, neste caso promotora, á empresa urbanizadora

<sup>37</sup> Artigo 842.f da Lei 7/2012, do 29 de outubro, de modificación tributaria e orzamentaria de adecuación da normativa financeira para a intensificación das actuacións na prevención e loita contra a fraude.

<sup>38</sup> Consulta da Dirección Xeral de Tributos do 3 de novembro de 2016 (n. V4644-16).

<sup>39</sup> Resolución do TEAC do 2 de novembro de 2000.

<sup>40</sup> RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J., “Impuesto sobre el Valor Añadido en el proceso urbanístico: estado actual de la cuestión”, cit., p. 62.

“estará suxeita e non exenta, xa que, normalmente, o obxecto da transmisión estará constituído por parcelas edificables. En consecuencia, a Xunta deberá repercutir o imposto á empresa urbanizadora”<sup>41</sup>.

## 5 Conclusións

O sistema de compensación urbanística é o sistema de xestión privada por excelencia, no cal a iniciativa privada executa todo o proceso urbanizador e a Administración actuante opera como garante das actuacións realizadas pola XC. Malia a súa importancia, e da actividade que desenvolve, na urbanización de terreos existe un baleiro normativo en materia mercantil.

Polo tanto, as contas anuais da XC deben subministrar información económico-financeira útil para os seus usuarios, destacando á Administración actuante, pois debe exercer un control e supervisión das actividades desenvolvidas pola entidade urbanística colaboradora. Por este motivo, neste traballo damos resposta sobre que información económico-financeira deben subministrar as contas anuais da XC, propondo como se debe valorar e reflectir contablemente a constitución da dita entidade, na que toman especial relevancia as achegas de terreos mediante facultade ou titularidade fiduciaria, e a achega de medios materiais e humanos por parte da empresa urbanizadora para poder executar o proceso urbanizador. Ademais, este traballo é completado coa visión tributaria da constitución desta entidade urbanística colaboradora, analizando as particularidades nun tratamento fiscal privilexiado que caracterizou este sistema de xestión urbanística, estudando cada unha das achegas realizadas no marco da constitución da XC.

Os procesos urbanísticos, dada a súa dimensión, afectan a toda a sociedade, non só aos implicados directamente, polo que a Administración actuante debe servir como garante para que se execute baixo parámetros legais e cunha xestión eficiente, o que exige un estudo detallado desde o ámbito mercantil e tributario, cuestión realizada neste traballo.

## Bibliografía

- ARAGÓN, E., e HARO, J., “Uniones Temporales de Empresas: un análisis de su configuración económica y contable”, *Partida Doble*, n. 133, 2002.
- FERNÁNDEZ, TOMÁS, R., *Manual de derecho urbanístico*, Editorial Dykinson, Madrid, 2017.
- FERNÁNDEZ, T.-R., “Fiscalidad de las juntas de compensación: régimen fiscal de las juntas de compensación y de las operaciones relativas a las mismas”, *Revista Cemci*, n. 8, 2010.

<sup>41</sup> RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J., “Impuesto sobre el Valor Añadido en el proceso urbanístico: estado actual de la cuestión”, cit., p. 68.



- LASO BAEZA, J. L., “Modificaciones normativas del IVA y su repercusión en el funcionamiento ordinario de las juntas de compensación”, *Observatorio Inmobiliario y de La Construcción*, n. 85, 2017.
- LASO BAEZA, V., “La doctrina de la Dirección General sobre la reversión en la expropiación de suelos de propietarios no adheridos a una Junta de Compensación”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 755, 2016.
- LASO BAEZA, V., “El carácter obligatorio de la inscripción del Proyecto de Compensación y la exigibilidad de su cumplimiento a las Juntas de Compensación”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 765, 2018.
- LÓPEZ FARRÉ, F. J. (coord.), *Teoría y práctica de las juntas de compensación*, Editorial La Ley, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 2006.
- PÉREZ FADÓN-MARTÍNEZ, F. J., “Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados: Las Juntas de compensación fiduciarias están sujetas a la cuota gradual de documentos notariales del ITP y AJD. Comprobación de valor”, *Revista Carta Tributaria*, n. 2, 2015.
- PLATERO ALCÓN, A., “Las Uniones Temporales de Empresas en el Ordenamiento Jurídico Español”, *Revista Ratio Juris*, n. 12, 2017.
- RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J., “Impuesto sobre el Valor Añadido en el proceso urbanístico: estado actual de la cuestión”, *Jornada sobre Aspectos Tributarios del Urbanismo organizado por Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, Madrid, 2018.
- SILVA, M., “Uniones Temporales de Empresas: estructura y funcionamiento”, *Revista de Gestión Pública y Privada*, n. 15, 2010.
- VILLAR EZCURRA, J. L., RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J., NATERA HIDALGO, R., y MARTÍN FERNÁNDEZ, F. J., *Aspectos Tributarios de las Juntas de Compensación*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2002.

# A evolución da lexislación do sector eléctrico en España: da publicación á liberalización do servizo. Efectos e consecuencias para as empresas, o Goberno e os usuarios

La evolución de la legislación del sector eléctrico en España: de la publicación a la liberalización del servicio. Efectos y consecuencias para las empresas, el Gobierno y los usuarios

Evolution of the legislation of the electricity sector in Spain: from publication to service liberalization. Effects and consequences for the companies, the Government and users

58 Regap

Regap



ESTUDIOS

CASTO PÉREZ DE ARÉVALO TRILLO-FIGUEROA

Abogado

Máster en Dereito das Administracións Públicas

Recibido: 18/07/2019 | Aceptado: 19/12/2019

DOI: <https://doi.org/10.36402/10.36402/regap.v1i58.37>

**Resumo:** A enerxía eléctrica converteuse nun medio indispensable para o desenvolvemento da sociedade actual, derivando en importantes repercusións, científicas, políticas, ambientais e económicas, o que motivou unha especial atención por parte do lexislador, ao ter que actualizar constantemente a normativa para ir adaptándoa ás diferentes vicisitudes que se foron xerando, co obxectivo de ofrecer garantías de calidade, eficiencia e seguridade na subministración.

En España este proceso tivo un especial desenvolvemento que o diferenciou doutros países da contorna (como Francia, Italia ou Inglaterra) pola intervención tanto das administracións públicas como dos axentes privados, o que levou a desenvolver diversas fórmulas xurídicas que harmonizasen esta dobre participación.

**Palabras clave:** Sector eléctrico, regulación, evolución lexislativa, reforma enerxética.

**Resumen:** La energía eléctrica se ha convertido en un medio indispensable para el desarrollo de la sociedad actual, derivando en importantes repercusiones, científicas, políticas, medioambientales y económicas, lo que ha motivado una especial atención por parte del legislador, al tener que actualizar constantemente la normativa para ir adaptándola a las diferentes vicisitudes que se han ido generando, con el objetivo de ofrecer garantías de calidad, eficiencia y seguridad en el suministro.

En España este proceso ha tenido un especial desarrollo que lo ha diferenciado de otros países del entorno (como Francia, Italia o Inglaterra) por la intervención tanto de las administraciones públicas como de los agentes privados, lo que ha llevado a desarrollar diversas fórmulas jurídicas que armonizasen esta doble participación.

**Palabras clave:** Sector eléctrico, regulación, evolución legislativa, reforma energética.

**Summary:** Electricity has become an indispensable means for the development of today's society, resulting in important scientific, political, environmental and economic repercussions which have drawn legislators' special attention to having to constantly update the regulations to adapt it to the different vicissitudes that have arisen in order to offer guarantees of quality, efficiency and security in its supply.

In Spain this process has developed in a special way that has differentiated it from other surrounding countries (such as France, Italy or England) due to the intervention of not only public administrations but also private parties. This has led to developing various legal formulae that harmonize this double participation.

**Key words:** Electricity sector, regulation, legislative development, energy reform.

**SUMARIO:** 1 Introducción. 2 A implantación da electricidade en España: século e medio de avances normativos. 3 A liberalización enerxética: evolución lexislativa. 3.1 A Lei 54/1997, do 27 de novembro, do sector eléctrico. 3.1.1 Actividades, estruturación e axentes que definen, funcións de cada un deles. 3.1.2 Problemas derivados desta lei: sistema referencial, problema da competencia, déficit xerado. 3.1.2.1 O tránsito do monopolio á liberalización. Os custos de transición á competencia. 3.1.2.2 O déficit de tarifa. 3.2 Lei 24/2013, do 26 de decembro, do sector eléctrico. 3.2.1 Cambios estruturais e de funcións dos axentes. 3.2.2 Problemas afrontados e problemas que se manteñen. 4 Conclusións.

## 1 Introducción

Malia que desde moi antigo o ser humano tivo coñecemento da existencia da electricidade, non foi ata épocas ben recentes, concretamente desde mediados do século XVIII e primeiros do XIX, cando foi obxecto de estudo e posterior aplicación en diversos ámbitos da vida, tales como: a implantación da iluminación pública nos núcleos urbanos ou a súa utilización na industria en detrimento da máquina de vapor –feito que determinaría a eclosión da segunda revolución industrial–, considerándose desde entón o compoñente eléctrico como un factor clave para o desenvolvemento económico e social.

Os numerosos avances científicos e técnicos que se produciron neste sector favoreceron unha rápida implantación do tendido eléctrico ao longo dos diversos territorios e poboacións. Este feito provocou que a súa utilización resultase fortemente demandada por unha sociedade que, conforme foi pasando o tempo, buscou con maior arela gozar desta forma de enerxía, polo que en todo momento foi necesario adecuar unha lexislación *ratione materiae* coherente e actualizada, que puidese responder de xeito eficaz ás necesidades e sensibilidades que se foron suscitando.

Neste artigo analízase o proceso de implantación, publicación e posterior liberalización do mercado eléctrico en España, a lexislación desenvolvida, coas súas fortalezas e debilidades, así como o efecto causado sobre os diferentes axentes implicados, transitando desde as primeiras normas do último cuarto do século XIX ata a actual Lei 24/2013, do 26 de decembro, do sector eléctrico.

Debido á alta complexidade deste sector, xunto coa ampla cantidade de elementos intervinientes, ademais do profundo impacto que ten na sociedade e a industria, así como

a controversia que a acompañou, resulta de grande interese estudar como se produciu este desenvolvemento desde o punto de vista lexislativo, xa que se pasou dunha xestión enteiramente pública a unha liberalización das actividades, provocando que a reforma producida coa Lei 54/1997, do sector eléctrico, conseguise abrir diferentes transaccións ou subsectores dentro do tramo eléctrico, susceptibles todos eles de funcionar como sistema de mercados regulados nun ámbito de competencia.

## 2 A implantación da electricidade en España: século e medio de avances normativos

A primeira instrución relacionada coa normativa eléctrica en España atopa a súa orixe na Real orde do 7 de marzo de 1885<sup>1</sup>, pola que se determinaba a forma de instalación dos condutores eléctricos de propiedade particular, que, estando destinado á produción da luz e sempre que impedisen a disposición, vixilancia ou o servizo das liñas telegráficas e telefónicas do Estado<sup>2</sup>, serían separados destas por conta dos seus donos na distancia que marcaba o artigo 4 do regulamento do 25 de setembro de 1882<sup>3</sup>, ou a outra maior cando así o exixise o ben do servizo público.

Uns anos máis tarde, concretamente en 1890, xurdiría a primeira norma específica concernente á electricidade; referímonos ao Real decreto do 17 de marzo, polo que se ditan as disposicións a que deben suxeitarse as industrias eléctricas que se vaian establecer en provincias ultramarinas<sup>4</sup>.

Coa intención de solucionar as diferentes exixencias que ían xurdindo, tratarase de coordinar as diversas administracións intervenientes, polo que irán aflorando numerosas disposicións e figuras xurídicas, como a Lei do 23 de marzo de 1900, reguladora da servidume forzosa de paso de corrente eléctrica, desenvolvida polo Regulamento do 7 de outubro de 1904, sendo substituído anos máis tarde polo Regulamento do 27 de marzo de 1919.

<sup>1</sup> Esa Real orde dispuña literalmente o seguinte: "*Ilmo. Sr.: Tendo en conta que as liñas telegráficas e telefónicas do Estado son obras públicas de pública utilidade, e que os condutores eléctricos de propiedade particular destinados á produción da luz, á telefonía ou á telegrafía adoitan ser un obstáculo para a construción daquelas; S.M. o Rei (Q.D.G.), de acordo co proposto por esa Dirección Xeral, servíuse dispor que os condutores eléctricos particulares que impidan a instalación, a vixilancia ou o servizo das liñas do Estado sexan separados destas por conta dos seus donos á distancia que marca o artigo 4 do regulamento do 25 de setembro de 1882 ou a outra maior que V.I. o determine cando así o exixa o ben do servizo público*".

<sup>2</sup> Cualificadas as ditas liñas telefónicas e telegráficas na mesma Real orde do 7 de marzo de 1885 como de "*obras públicas de pública utilidade*", polo que podemos establecer unha analogía co servizo de electricidade, do mesmo xeito que se podía establecer coa auga ou o gas e as canalizacións necesarias para o seu establecemento tanto na vía pública como para uso particular e privado, todo iso sen esquecer, tal como xa indicamos, que por esta época a noción de servizo público se debería interpretar desde un criterio competencial e non como o concepto que actualmente posúe de prestación reservada a unha Administración pública para satisfacer unha necesidade social.

<sup>3</sup> Refírese ao Regulamento para o establecemento e explotación de redes telefónicas con destino ao servizo público, onde se indica no seu artigo 4 que a distancia que ten que haber para que a instalación dos condutores eléctricos particulares non impida a vixilancia ou o servizo das liñas telegráficas e telefónicas do Estado ha de ser de dous metros. "*Os condutores telefónicos pertencentes a particulares ou compañías que atopen no seu curso os telegráficos ou telefónicos doutros concesionarios ou do Estado que sigan unha dirección paralela a estes ou os crucen non se colocarán a menor distancia de dous metros nin nos mesmos apoios*".

<sup>4</sup> Así o atesoura na súa exposición de motivos: "*É sensible non poder levar ás nosas posesións a lexislación peninsular, pois a excepción do Decreto do 30 de marzo de 1888 respecto á iluminación eléctrica dos teatros, na cal nada se di das condicións que deben reunir os condutores exteriores nin as máquinas xeradoras, non existe disposición expresa relativa a este importante asunto*".

A comezos do século XX dúas circunstancias marcarán un cambio estratéxico na configuración do tendido eléctrico: dun lado, a aprobación do Real decreto-lei do 12 de abril de 1924, no artigo 1 do cal se establece definitivamente a consideración de servizo público á subministración de enerxía eléctrica<sup>5</sup> e, doutro, o espectacular avance tecnolóxico experimentado, debido ao xurdimento dos transformadores de tensión, o que permitirá transportar a corrente a través de grandes distancias.

Nos anos da II República Española promulgarase a Lei do 20 de maio de 1932 sobre a concesión da servidume de liña eléctrica solicitada e o Regulamento de verificacións eléctricas e regularidade na subministración de enerxía, aprobado polo Decreto do 5 de decembro de 1933, modulando para iso a concesión de liña solicitada e a servidume de paso en fundos privados.

Durante o réxime do xeneral Franco, asentárase a regulación eléctrica co Decreto do 12 de xaneiro de 1951, sobre ordenación na distribución de enerxía eléctrica e establecemento de tarifas de aplicación, no primeiro artigo do cal modifica os artigos 82 e 83 do citado Regulamento de verificacións eléctricas e regularidade na subministración de enerxía de 1933 e que recollerá o concepto de “Rede Xeral Peninsular”. Ademais disto, conseguíronse grandes avances na implantación do tendido e as instalacións eléctricas, coa publicación da Lei de expropiación forzosa e sancións en materia de instalacións eléctricas do 18 de marzo de 1966<sup>6</sup> e o Regulamento de liñas eléctricas aéreas de alta tensión, mediante o Decreto 3151/1968, do 28 de novembro de 1968.

Nos albores do período democrático créase o Plan Enerxético 1975-1985, sendo nesta época cando se lle reconece ao Estado a competencia exclusiva sobre as bases de réxime enerxético<sup>7</sup>, polo que se incluírá o sector eléctrico como un elemento estratéxico para o desenvolvemento nacional; o Estado será o único responsable de estrutural e planificalo<sup>8</sup>. A este Plan Enerxético Nacional seguiralle o de 1983-1992, onde se explica que o sector enerxético español se atopa nunha posición desfavorable respecto aos países industriais da OCDE, debido a tres problemas fundamentais: un crecemento excesivo ao longo da década de 1970 do consumo de petróleo e do total de enerxía primaria en relación co PIB, niveis escasos de produción enerxética nacional que provocaban unha forte dependencia das importacións e unha sobrecapacidade de produción nos

<sup>5</sup> Motivada a publicación deste Real decreto-lei do 12 de abril de 1924, para concordar o anteriormente apuntado na Real orde do 14 de agosto de 1920, pola que se declaraba obrigatoria a subministración de enerxía eléctrica aos abonados. Artigo 1: “*Decláranse servizos públicos as subministracións de enerxía eléctrica, auga e gas para os abonados das empresas de distribución, correspondendo ao Ministerio de Traballo, Comercio e Industria a regulamentación de tales servizos para garantía da seguridade e intereses públicos, sen prexuízo das demais intervencións que poidan corresponder a outros departamentos, ás provincias e ao municipio sobre as concesións e contratos administrativos*”. Non se pode esquecer outra norma que ve a luz ese mesmo ano de 1924 pero uns meses antes, como foi o Estatuto municipal de 1924 aprobado por Real decreto lei do 8 de marzo, no artigo 170 do cal incluía o servizo de electricidade como un dos que se podía municipalizar con carácter de monopolio: “*Só poderán municipalizarse con carácter de monopolio os servizos de abastecemento de augas, electricidade, gas...*”.

<sup>6</sup> Existían diversas duplicidades de índole competencial, feito que pouco a pouco se resolverá nivelando a balanza en favor do Ministerio de Industria en detrimento do Ministerio de Fomento. Sobre o particular LEGUINA VILLA, J., “Instalaciones de líneas eléctricas y precariedad administrativa”, *Revista de Administración Pública*, n. 68, 1972, pp. 9-56.

<sup>7</sup> Tal como se reconece dentro das competencias exclusivas do Estado no punto 25.º do artigo 149 da Constitución española de 1978, ademais das bases e coordinación da planificación xeral da actividade económica, no punto 13.º do mesmo artigo 149 da Carta magna.

<sup>8</sup> Neste sentido acódesse ao artigo 128.2 da Constitución española: “*Recoñécese a iniciativa pública na actividade económica. Mediante lei poderase reservar ao sector público recursos ou servizos esenciais, especialmente en caso de monopolio e así mesmo acordar a intervención de empresas cando así o exixise o interese xeral*”.

subsectores de refinación de petróleo, xeración de electricidade e regasificación. Por estes motivos, establécese un Plan de Saneamento Financeiro a través do Real decreto 774/1984, do 18 de abril, polo que se establecen novas tarifas eléctricas.

Nesta etapa xurdirá a Lei 49/1984, de explotación unificada do sistema eléctrico nacional, do 26 de decembro, coa que se nacionaliza a rede de alta tensión<sup>9</sup>, e que será a predecesora do coñecido como Marco Legal Estable (MLE) que se inicia co Real decreto 1538/1987, do 11 de decembro, polo que se determina a tarifa eléctrica das empresas xestoras do servizo, e que abranguería o ciclo comprendido entre 1984-1997<sup>10</sup>.

Este Marco Legal Estable baseábase nun sistema multiproducto, xa que a forma de retribución ás empresas non se baseaba nos custos efectivamente xerados, senón nuns custos estándar que previamente foran calculados polo regulador de xeito similar para todas as empresas<sup>11</sup>. Búscase fomentar a eficiencia do sector mediante a implantación dun sistema de incentivos na xestión de empresas, ademais de procurar a estabilidade financeira e reducir as incertezas derivadas da xestión da actividade da subministración eléctrica a través da garantía na recuperación dos investimentos<sup>12</sup>.

A realidade final é que as necesidades financeiras das empresas non conseguiron ser cubertas, o que desembocou nun desequilibrio que provocou unha clara insolvencia técnica<sup>13</sup>.

Para rematar esta introdución –a xeito de repaso histórico– da regulación eléctrica en España antes do comezo da liberalización enerxética, deberemos acudir á Lei 40/1994, do 30 de decembro, de ordenación do sistema eléctrico nacional, pola que se crea a Comisión do Sistema Eléctrico Nacional como ente regulador do sistema e coa que se intenta unha tímida pero frustrada apertura á competencia coa creación do denominado “*sistema independente*” como alternativa ao sistema integrado<sup>14</sup>.

### 3 A liberalización enerxética: evolución lexislativa

Coa adhesión de España ás Comunidades Europeas (na actualidade Unión Europea), acéptanse os principios de efecto directo e de primacía do dereito Europeo, segundo os

<sup>9</sup> Artigo 1.1 da Lei 49/1984, do 26 de decembro, sobre explotación unificada do sistema eléctrico nacional: “*A explotación unificada do sistema eléctrico nacional a través das redes de alta tensión é un servizo público de titularidade estatal*”.

<sup>10</sup> Artigo 1: “*A tarifa eléctrica, como retribución global e conxunta do sistema eléctrico nacional, fíxase por aplicación do sistema de ingresos e custos estándares establecidos neste real decreto, sen prexuízo das demais normas de aplicación*”.

<sup>11</sup> GRIFELL I TATJÉ, E., y BLÁZQUEZ GÓMEZ, L., “Regulación de la Distribución Eléctrica en España: Análisis Económico de una Década, 1987-1997”, *Documents de Treball (Universitat Autònoma de Barcelona. Departament d'Economia de l'Empresa)*, n. 1, 2004, p. 1.

<sup>12</sup> Co Marco Legal Estable trátase de “*proporcionar un marco de referencia estable referido ao sistema de ingresos das empresas que subministran enerxía eléctrica e especialmente dun compoñente básico deste sistema, a determinación da tarifa eléctrica en condicións de mínimo custo, posibilitando así a prestación do servizo en condicións económicas axeitadas para os subscritores finais*”, REE (Red Eléctrica de España), *El Marco Legal Estable. Economía del sector eléctrico español 1988-1997*, Alcobendas, 2006, pp. 10-11 (Versión electrónica en [www.ree.es](http://www.ree.es)).

<sup>13</sup> CISNEROS RUIZ, A. J., “La situación financiera del sector eléctrico español durante el marco legal estable (1988-1996)”, *Técnica Contable*, Vol. 52, n. 622, 2000, p. 770.

<sup>14</sup> E que se baseaba, segundo se recolle na exposición de motivos: “*na liberdade de instalación e operación económica, só restrinxido pola preservación dos dereitos de terceiros e polas limitacións técnicas inherentes á propia natureza da industria eléctrica*”.

cales, este dereito da Unión prevalece sobre o nacional, todo iso coa intención de crear un mercado común no cal fose posible a libre circulación de bens e servizos, o que, trasladado ao ámbito que nos compete, isto é, a enerxía eléctrica, non se verá cristalizado ata a publicación da Directiva 96/92/CE do Parlamento Europeo e do Consello do 19 de decembro de 1996, sobre normas comúns para o mercado interior da electricidade<sup>15</sup>. Mediante esta norma instábase os Estados membros a que comezasen a súa apertura á liberalización e competitividade enerxética como requisitos indispensables para a consecución do mercado interior da enerxía. A transposición desta Directiva en España levarase a cabo a través da Lei 54/1997, do 27 de novembro, do sector eléctrico, á que seguirán as súas diversas modificacións como consecuencia de sucesivas directivas que iremos tratando nas seguintes epígrafes, ata chegar á vixente Lei 24/2013, do 26 de decembro, do sector eléctrico.

### 3.1 A Lei 54/1997, do 27 de novembro, do sector eléctrico

Unha vez expostos os antecedentes histórico-xurídicos previos á liberalización eléctrica, centrarémonos na Lei 54/1997, do 27 de novembro, que supuxo un paradigma na concepción do sector eléctrico, ata entón clasificado como servizo público e que a partir desta norma será substituído por unha expresa garantía de subministración a todos os consumidores que o demanden dentro dos límites do territorio nacional<sup>16</sup>, ademais de recibir a cualificación de “*servizo esencial*”<sup>17</sup>.

O novo sistema eléctrico tratará de actuar arredor dos principios de obxectividade, transparencia e libre competencia, outorgándolle unha maior presenza á independencia da iniciativa empresarial, todo iso sen deixar de estar regulado polas administracións e organismos pertinentes que se encargarán da coordinación económica e técnica –sendo estas actividades unha novidade da lei e que substituirán a antiga explotación unificada e a comercialización como subministración a prezo libre<sup>18</sup>–, así como evitar prácticas colusorias que puidesen desvirtuar a boa marcha da competitividade<sup>19</sup>.

<sup>15</sup> Obviamente xa se levaba moito tempo traballando na consecución do mercado interior da electricidade e, de entre as numerosas normas que preceden esta Directiva 96/92 CE, destacamos: a Directiva 90/547/CEE do Consello, do 29 de outubro de 1990, relativa ao tránsito de electricidade polas grandes redes, e a Directiva 90/377/CEE do Consello, do 29 de xuño de 1990, relativa a un procedemento comunitario que garanta a transparencia dos prezos aplicables aos consumidores industriais finais de gas e de electricidade.

<sup>16</sup> Así se recolle na súa exposición de motivos e acto seguido incide no abandono do sector eléctrico como un servizo público ao afirmar: “*A explotación unificada do sistema eléctrico nacional deixa de ser un servizo público de titularidade estatal desenvolvido polo Estado mediante unha sociedade de maioría pública e as súas funcións son asumidas por dúas sociedades mercantís e privadas, responsables respectivamente da xestión económica e técnica do sistema*”. BOE n. 285, do 28/11/1997.

<sup>17</sup> Así o define o artigo 2.2 da lei ao referirse ás actividades destinadas á subministración de enerxía eléctrica: “*Estas actividades exercense garantindo a subministración de enerxía eléctrica a todos os consumidores demandantes do servizo dentro do territorio nacional e terán a consideración de servizo esencial*”.

<sup>18</sup> Sobre o particular, LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, L., “La nueva Ley 54/1997 del Sector Eléctrico”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n. 3, 1999, p. 243.

<sup>19</sup> Por este motivo, a través desta lei “*dótase a Comisión Nacional do Sistema Eléctrico de amplas facultades en materia de solitude de información e de resolución de conflitos, e arbitrase a súa colaboración coas instancias administrativas encargadas da defensa da competencia*”.



Este novo enfoque no sector eléctrico levará consigo unha profunda modificación na súa ordenación, pasando dunha regulación omnipresente do Estado a unha accesoria e supeditada ao mercado, coñecida como “*regulación para a competencia*”<sup>20</sup>.

Outro dos temas que se aborda, concretamente no artigo 3, é a distribución de competencias administrativas entre as comunidades autónomas e a Administración xeral do Estado, mantendo un peso importante desta última non só nas múltiples atribucións enunciadas neste apartado, senón tamén no tocante á planificación eléctrica, que se abordará no artigo 4, transitando, polo tanto, do modelo tradicional fundamentado nunha exhaustiva planificación central vinculante a unha pretendida planificación indicativa de carácter estratéxico, escudriñando a súa integración na economía de mercado<sup>21</sup>. A razón de ser desta nova planificación estriba en concederlles ás empresas eléctricas unha marxe de liberdade de actuación baixo a supervisión dunhas intervencións cominadas pola Administración.

### 3.1.1 Actividades, estruturación e axentes que definen, funcións de cada un deles

Establécese o réxime xurídico para cada unha das actividades, as cales serán retribuídas<sup>22</sup> con cargo ás tarifas e as peaxes para as reguladas<sup>23</sup> (transporte, distribución e as de coordinación económica e técnica) e segundo os prezos acordados para as liberalizadas (producción e comercialización). Todo iso establecerase regulamentariamente

<sup>20</sup> LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, L., “La nueva configuración jurídica del sector eléctrico tras la Ley 54/1997”, *Documentación Administrativa*, n. 256, 2000, pp. 14 e 15.

<sup>21</sup> En canto á transformación vivida na planificación ao cambiar da Central Vinculante á Planificación Estratéxica, seguimos a teoría mostrada por ARIÑO e LÓPEZ DE CASTRO, os cales se mostran enerxicamente a favor desta última xuridía a partir da Lei 54/1997, como o modelo a seguir no noso sistema eléctrico. ARIÑO ORTIZ, G., e LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, L., “La planificación”, *Comentarios a la Constitución socioeconómica de España*, Comares, Granada, 2002, pp. 486-493.

<sup>22</sup> A retribución de cada unha delas realizarase segundo se recolle no artigo 16:  
Para a actividade de produción incorporaranse os conceptos de:  
- Prezo marxinal: correspondente á oferta realizada pola última unidade de produción cuxa entrada no sistema fora necesaria para atender a demanda de enerxía eléctrica.  
- Garantía de potencia: que cada unidade de produción preste efectivamente o sistema.  
- Servizos complementarios: da produción de enerxía eléctrica necesarios para garantir unha subministración axeitada ao consumidor, para os que se deberá establecer regulamentariamente cales gozarán desta consideración, así como o seu réxime retributivo.

Respecto á función de transporte, a súa retribución establecerase regulamentariamente e permitirá fixar a que lle corresponde a cada suxeito atendendo aos custos de investimento, operación e mantemento das instalacións, así como outros importes necesarios para desenvolver a actividade.

Na actividade de distribución, a retribución tamén se fixará regulamentariamente, recoñecéndose a cada suxeito, ademais dos custos de investimento, operación e mantemento das instalacións, os de enerxía circulada, modelo que caracteriza as zonas de distribución, os incentivos que correspondan pola calidade da subministración e a redución das perdas, así como outros gastos necesarios para desenvolver a actividade.

A retribución da actividade de comercialización dependerá de se se trata de clientes a tarifa, para os que se realizará atendendo aos custos derivados das actividades que se estimen necesarias para subministrar enerxía aos ditos consumidores, así como, se é o caso, os asociados a programas de incentivación da xestión da demanda, ou de se se trata de clientes cualificados, sendo neste caso cubertos os custos de comercialización os que libremente se pactasen entre os devanditos clientes e os comercializadores.

Os custos permanentes de funcionamento do sistema serán: custos en territorios insulares e extrapeninsulares, custos recoñecidos ao operador do sistema e ao operador do mercado, custos de funcionamento da Comisión Nacional do Sistema Eléctrico.

Para finalizar, indicar que tamén existen uns custos de diversificación e seguridade de abastecemento e de que o réxime económico dos dereitos por acometidas e demais actuacións necesarias para atender os requirimentos de subministración dos usuarios se fixará regulamentariamente.

<sup>23</sup> Aínda que hai que dicir que as actividades de transporte e distribución se liberalizan a través da xeneralización do acceso de terceiros ás redes.

baseándose en criterios obxectivos, transparentes e non discriminatorios a prol da eficiencia económica e técnica, ademais da calidade da subministración. Estas actividades viñan sendo realizadas na súa totalidade polas empresas eléctricas, pero a partir de agora obrígaselles a separarse xuridicamente<sup>24</sup>. As ditas actividades son:

- Producción: recollida no título IV da lei, no artigo 21 trátase o tema da autorización administrativa previa. “*A construción, explotación, modificación substancial e peche de cada instalación de produción de enerxía eléctrica estará sometida ao réxime de autorización administrativa previa*”. Existen dúas formas de produción de enerxía eléctrica: réxime ordinario polo que se rexen a maioría das instalacións e o réxime especial no cal se incluírán unha serie de instalacións que deberán reunir unhas características, tales como que a potencia instalada non supere os 50 MW, ademais de que se utilice como enerxía primaria ningunha das catalogadas como renovables non consumibles e que supoñan un alto rendemento enerxético.

- Transporte: título VI, é unha das actividades reguladas, quedando excluída da pretendida planificación indicativa<sup>25</sup> pola que se recoñece o dereito á libre instalación e o principio de libre competencia<sup>26</sup>. O seu funcionamento será supervisado polo xector da rede en alta tensión (REDESA), quen pola súa vez desempeñará as funcións de operador do sistema.

- Distribución: título VII, tamén actividade regulada, en que se recoñece a libre iniciativa empresarial, aínda que convén matizala, pois en realidade quedaba sometida a unha acentuada intervención administrativa<sup>27</sup>.

- Comercialización: baséase nos principios de liberdade de contratación e de elección de subministrador, establecéndose un período transitorio de dez anos para que o proceso de comercialización se desenvolva plenamente, diferenciándose, como xa se explicou, entre consumidores a tarifa e cualificados.

Estas actividades virán sendo desenvolvidas polos diversos axentes intervinientes no mercado, descritos no artigo 9:

- Produtores: son as persoas físicas ou xurídicas que xeran enerxía eléctrica, e tamén se encargan de construír, operar e manter as centrais de produción. Recóllese tamén

<sup>24</sup> A través do artigo 14 da lei indícase que as sociedades mercantís que desenvolvan algunha das actividades reguladas (recordemos: xestión económica e técnica do sistema, o transporte e a distribución) “*deben ter como obxecto social exclusivo o seu desenvolvemento sen que poidan, polo tanto, realizar actividades de produción ou de comercialización*”.

<sup>25</sup> A dita planificación indicativa terá carácter estratéxico, escudriñando a súa integración na economía de mercado. Respecto á transformación vivida na planificación ao cambiar da Central Vinculante á Planificación Estratéxica, seguimos a teoría mostrada por ARIÑO e LÓPEZ DE CASTRO, os cales se mostran enxericamente a favor desta última, xurdida a partir da Lei 54/1997, como o modelo a seguir no noso sistema eléctrico. ARIÑO ORTIZ, G., e LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, L., “La planificación”, cit., pp. 486-493.

<sup>26</sup> Tal como se advirte na exposición de motivos, onde se establece que “*A planificación estatal, por último, queda restrinxida ás instalacións de transporte, buscando así a súa imbricación na planificación urbanística e na ordenación do territorio*”.

<sup>27</sup> Neste mesmo sentido expresábase DE LA CRUZ FERRER ao sinalar respecto á actividade de distribución que, coa nova Lei 54/1997, se desfecía o seu sometemento á planificación, suprimindo definitivamente unha técnica que, non obstante, estivera presente na Lei de ordenación do sistema eléctrico nacional de 1994, pero matizando que, aínda que a lei recoñecese a libre iniciativa empresarial para o desenvolvemento desta actividade de distribución, tería que someterse a unha intervención administrativa especialmente intensa e que non era outra que o réxime de autorización de instalacións. DE LA CRUZ FERRER, J., “El debate sobre el régimen jurídico del tendido de redes de distribución y de su acceso y conexión a otras redes”, *Revista de Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red (REDETI)*, Ano n. 7, n. 20, 2004, pp. 18-19.

a figura dos autoprodutores de enerxía eléctrica, que son aquelas persoas físicas ou xurídicas que xeran electricidade fundamentalmente para o seu propio uso.

- Operador do mercado: sociedade mercantil<sup>28</sup> responsable da xestión económica do sistema; asume o despacho das ofertas de compra e venda de enerxía eléctrica, exercendo as súas funcións baixo o respecto aos principios de transparencia, obxectividade e independencia<sup>29</sup>. O devandito operador encárgase de axustar, por un lado, o mercado organizado coñecido como *pool* (que inclúe tres tramos: o mercado diario, o mercado intradiario e o mercado de servizos complementarios<sup>30</sup>) e, por outro, a denominada contratación bilateral física, quedando todo iso desenvolvido regulamentariamente a través do Real decreto 2019/1997, do 26 de decembro, de organización do mercado de produción de enerxía eléctrica<sup>31</sup>.

- Operador do sistema: sociedade mercantil responsable da xestión técnica do sistema. Terá por obxecto garantir a continuidade e seguridade da subministración eléctrica e a correcta coordinación do sistema de produción e transporte. Exercerá as súas funcións en coordinación co operador do mercado, baixo os principios de transparencia, obxectividade e independencia.

- Transportista: o xestor da rede de transporte que se encarga do desenvolvemento e ampliación da rede de transporte en alta tensión. En 1985, baseándose na Lei 49/1984, do 26 de decembro, créase Red Eléctrica, quen fará desde entón as funcións de transporte de electricidade e as de operador do sistema.

- Distribuidores: son sociedades mercantís que teñen a función de distribuír enerxía eléctrica, así como construír, manter e operar as instalacións de distribución destinadas a situar a enerxía nos puntos de consumo e proceder á súa venda a aqueles consumidores finais que aduqiran a enerxía eléctrica a tarifa ou a outros distribuidores que tamén aduqiran a enerxía eléctrica a tarifa. A distribución será obxecto de ordenación atendendo á necesaria coordinación do seu funcionamento, á normativa uniforme que se requira, á súa retribución conxunta e ás competencias autonómicas.

- Os comercializadores: son aquelas persoas xurídicas que, accedendo ás redes de transporte ou distribución, teñen como función a venda de enerxía eléctrica aos consumidores que teñan a condición de cualificados ou a outros suxeitos do sistema.

<sup>28</sup> O seu capital social divídese en accións ou partes alícuotas de igual valor nominal. Sobre o particular, CABALLERO SÁNCHEZ, R., "Las sociedades de infraestructuras estratégicas. El nacimiento de un modelo de compañía regulada al servicio del mercado", *Revista de Administración Pública*, n. 181, 2010, pp. 166 e ss.

<sup>29</sup> O 14 de novembro de 2001, asíñase en Madrid o *Protocolo de colaboración entre as administracións española e portuguesa para a creación do Mercado Ibérico da Electricidade. Establécese que o día 1 de xaneiro de 2003 entrará en funcionamento o Mibel, garantindo a todos os axentes establecidos en ambos os dous países o acceso ao Operador do Mercado Ibérico e ás interconexións con países terceiros, en condicións de igualdade e liberdade de contratación bilateral*. ESPEJO MARÍN, C., "La electricidad en las relaciones España-Portugal", *Finisterra: Revista Portuguesa de Geografía*, Vol. 39, n. 78, 2004, pp. 71 e ss.

<sup>30</sup> A diferenciación de cada un deles recóllese no preámbulo do Real decreto 2019/1997, do 26 de decembro, de organización do Mercado de Produción de Enerxía Eléctrica: "O mercado diario recolle as transaccións de compra e venda correspondentes á produción e á subministración de enerxía para o día seguinte, o mercado intradiario é o mercado que serve como mecanismo de axuste á programación diaria e o mercado de servizos complementarios recolle as transaccións daqueles servizos indispensables para asegurar a subministración da enerxía nas condicións de calidade, fiabilidade e seguridade necesarias".

<sup>31</sup> Queda definido así no texto que abre este Real decreto: "O operador do mercado ten como misión a xestión económica do sistema. Esta inclúe a aceptación e casación das ofertas e a realización das operacións de liquidación", posteriormente, detalláranse as súas funcións e a súa composición no capítulo V.

### 3.1.2 Problemas derivados desta lei: sistema referencial, problema da competencia, déficit xerado

En termos xerais podería afirmarse que esta lei conseguiu bastantes dos obxectivos para os que foi creada; non obstante, non poucos foron os problemas xurdidos como consecuencia da magnitude do cambio que supuxo no sector eléctrico o paso dun servizo público á citada garantía de subministración, coa que se realizaba unha apertura á competencia.

Como xa apuntamos, co Marco Legal Estable realizábase unha regulación integral por parte do Estado, fixando a tarifa das empresas eléctricas e garantíndolles a recuperación dos custos de operación, investimento, mantemento e de combustible, todo iso en función das contías recoñecidas polo organismo regulador<sup>32</sup>. Foron quizais demasiadas funcións e fronteas abertas as que asumiu o Estado, feito que orixinou deficiencias e desembocou nunha escaseza de incentivos que ben puidesen favorecer a expansión na capacidade de xeración e distribución<sup>33</sup>, polo que se decidiu dar un xiro de 180 graos na forma de regulación e optar por unha liberalización que favorecese a eficiencia enerxética, a optimización de recursos e o abaratamento de prezos, asegurando sempre a seguridade na subministración, a salubridade e a protección do medio ambiente<sup>34</sup>. A consecución de todos estes obxectivos redundaría en beneficio dos consumidores; porén, non todo foi un camiño de rosas, xa que se produciron situacións e desaxustes entre os ingresos e os custos de sistema que chegaron a pór en graves apuros a sustentabilidade financeira do mercado eléctrico español e que deseguido pasamos a analizar da forma máis clarividente posible.

#### 3.1.2.1 O tránsito do monopolio á liberalización. Os custos de transición á competencia

Unha vez realizada a liberalización da xeración e o libre acceso de terceiros ás redes de transporte e distribución, procédese á separación contable de cada unha das actividades eléctricas (xeración, transporte, distribución e comercialización) co obxectivo de evitar discriminacións, subvencións cruzadas e os falseamentos da competencia, tal como se establece na Directiva 96/92/CE<sup>35</sup>, algo ao que a Lei 54/1997 non só se limitou a adoptar, senón que o levou máis alá, exixindo mesmo establecer a separación xurídica entre as

<sup>32</sup> MORENO ROJAS, J., "La liberalización del sector eléctrico: los costes de transición a la competencia y su problemática contable", *Boletín AECA (Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas)*, n. 49, 1999, pp. 35-36.

<sup>33</sup> RODRÍGUEZ MONROY, C., "Evolución histórica reciente y situación actual del sector eléctrico español", *Cuadernos de Economía: Spanish Journal of Economics and Finance*, n. 70, 2002, p. 431.

<sup>34</sup> A protección ambiental e a súa cada vez maior salvagarda e protección é unha constante en todos os sectores da actividade económica, xurídica e social, non constituíndo unha excepción, por suposto, no ámbito enerxético. De aí que se queira encomendar o seu cumprimento aos propios administrados. Véxase neste sentido: GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ, F., "El Derecho de acceso a la información en materia medioambiental como técnica de protección integral del medio ambiente: aspectos más reseñables de su aplicación y potencialidades futuras a desarrollar", *Revista Internacional de Derecho Ambiental*, n. 8, 2014, pp. 133 e ss.

<sup>35</sup> Artigo 14.3: "As empresas eléctricas integradas levarán na súa contabilidade interna contas separadas para as súas actividades de xeración, transmisión e distribución e, se é o caso, de forma consolidada para outras actividades non eléctricas tal como se lles exixiría se as ditas actividades fosen realizadas por empresas distintas, co fin de evitar as discriminacións, as subvencións cruzadas e os falseamentos da competencia. Incluirán un balance e unha conta de resultados por cada actividade".

actividades reguladas e non reguladas<sup>36</sup>. A partir de agora desaparecen as tarifas fixadas administrativamente polas que se lles aseguraba ás empresas xeradoras de electricidade a recuperación dos investimentos realizados, co que se abre a posibilidade de que o prezo da electricidade no mercado non cubra a totalidade dos custos en que se incorre recoñecidos polo organismo regulador. Por este motivo, estableceuse na disposición transitoria sexta da LSE de 1997<sup>37</sup> unha habilitación que lles permitise a estas empresas recobrar o que se denominou como *custos de transición á competencia*, tamén coñecidos como *custos varados*<sup>38</sup>.

Con este compoñente, as empresas de produción de electricidade aseguraban para si unha retribución fixa e suplementaria ao prezo de comercialización. O certo é que desfiguraban o funcionamento do mercado *spot*, xa que, se o prezo de xeración resultaba superior a un nivel determinado (6 pesetas por kWh), se deducía do importe dos CTC que a empresa tivese dereito a percibir. Ademais disto, supuña un desincentivo para o desenvolvemento dos mercados a prazo (por estar reservado exclusivamente aos participantes do mercado *spot*) e un obstáculo de entrada para os novos oferentes por non poderen recibir estes pagamentos<sup>39</sup>.

Finalmente, os CTC foron suprimidos mediante o Real decreto-lei 7/2006, por estimar a Comisión Nacional da Enerxía<sup>40</sup> que as empresas xa obtiveran integramente a compensación prevista.

### 3.1.2.2 O déficit de tarifa

Este é sen dúbida ningunha o cabalo de batalla do sector eléctrico<sup>41</sup>. Trátase dun problema regulatorio de carácter estrutural que consiste en que os ingresos recibidos

<sup>36</sup> Artigo 14: "As sociedades mercantís que desenvolvan algunha ou algunhas das actividades reguladas a que se refire o apartado 2 do artigo 11 (isto é: transporte e distribución) deben ter como obxecto social exclusivo o seu desenvolvemento sen que poidan, polo tanto, realizar actividades de produción ou de comercialización, sen prexuízo da posibilidade de venda a consumidores sometidos a tarifa recoñecida aos distribuidores".

<sup>37</sup> "Recoñécese a existencia de custos de transición a réxime de mercado competitivo, previsto nesta lei, de sociedades titulares de instalacións de produción de enerxía eléctrica, que en 31 de decembro de 1997 estivesen incluídas no ámbito de aplicación do Real decreto 1538/1987, do 11 de decembro, sobre determinación da tarifa das empresas xestoras do servizo eléctrico, a percepción dunha retribución fixa, expresada en pesetas por kWh, que se calculará nos termos que regulamentariamente se establezan".

<sup>38</sup> Para unha mellor aproximación do concepto, utilizaremos a definición que deste fixo Pedro Calero: "Os custos varados defínense como o exceso de valor (ou parte non amortizada dos custos históricos, que queda pendente na contabilidade das empresas e que non se vai poder recuperar) dos activos sobre o seu valor de mercado. As súas causas son múltiples e complexas, podendo deberse entre outros factores a un cambio na tecnoloxía produtiva, ou ter a súa orixe nun cambio na regulación". CALERO PÉREZ, P., *Boletín Económico del ICE (Información Comercial Española)*, n. 2662, 2000, p. 25. En palabras de López Milla: "Trátase de custos que se recuperarían a través dos mecanismos previstos polo anterior marco regulador, pero sobre os que non existe ningunha garantía de recuperación nun ámbito competitivo, xa que o prezo de mercado pode non proporcionar suficientes ingresos". LÓPEZ MILLA, J., "Los Costes de Transición a la Competencia en el sector eléctrico español", *Revista Asturiana de Economía (RAE)*, n. 19, 2009, p. 131.

<sup>39</sup> BEATO BLANCO, P., "La liberalización del sector eléctrico en España ¿un proceso incompleto o frustrado?", *Información Comercial Española (ICE)*, n. 826, 2005, p. 265.

<sup>40</sup> Organismo Regulador que substituíu á Comisión Nacional do Sistema Eléctrico e que foi creado pola disposición adicional undécima da Lei 34/1998, do 7 de outubro, do sector de hidrocarburos, e desenvolvido polo Real decreto 1339/1999, do 31 de xullo, que aprobou o seu regulamento. En 2013, a Comisión Nacional de Enerxía integrouse na Comisión Nacional dos Mercados e a Competencia (CNMC).

<sup>41</sup> Segundo os datos da CNMC, á data do 31 de decembro de 2016, a débeda do sistema eléctrico ascende a 23.070,4 millóns de €, un 7,93% (case 2.000 millóns) inferior ao importe total á data do 31 de decembro de 2015 (25.056,5 millóns de €). Nos últimos 3 exercicios reduciuse en 5.704 millóns, desde o máximo histórico que se rexistrou en 2013, con 28.771 millóns de

mediante as tarifas fixadas polo Goberno<sup>42</sup> e satisfeitas polos consumidores resultan insuficientes para cubrir os custos do sistema.

No ano 2000 produciuse o primeiro déficit tarifario como consecuencia dun desaxuste entre a previsión de ingresos e custos, feito que se corrixiu dous anos despois e que obrigou o Goberno a aprobar o Real decreto 1432/2002, do 27 de decembro, co obxectivo de establecer unha metodoloxía para a determinación da tarifa eléctrica media ou de referencia, non podendo establecer un límite superior ao 2% do IPC, o cal sería financiado en primeira instancia polas empresas eléctricas, as cales o recuperarían de forma lineal ata o ano 2010.

A partir do ano 2005, o déficit de tarifa comezou a dispararse e a alcanzar valores insostibles e que aínda, á data de hoxe, fan perigar non só a situación financeira das empresas do sector eléctrico, senón a sustentabilidade mesma do sistema. Aos motivos xa citados sumáronselles as polémicas subvencións concedidas ás enerxías renovables. O feito obrigou o daquela Goberno do PSOE a aprobar o Real decreto-lei 6/2009, do 30 de abril, polo que se adoptan determinadas medidas no sector enerxético e se aproba o bono social. A través desta norma apróbase a constitución do Fondo de Titulización do Déficit do Sistema Eléctrico (FADE) e establécense límites máximos coa finalidade de acoutar o quebranto económico.

Coa intención de paliar as nefastas consecuencias que para España estaba a ter a crise global, incorpóranse actuacións en diversos sectores estratéxicos da economía española a través do Real decreto-lei 6/2010, de medidas para o impulso da recuperación económica e o emprego<sup>43</sup>, e posteriormente mediante o Real decreto-lei 14/2010, do 23 de decembro, polo que se establecen medidas urxentes para a corrección do déficit tarifario do sector eléctrico, e, debido a unha serie de circunstancias sobrevidas<sup>44</sup> que tiveron unha incidencia directa sobre a previsión de débeda, non queda máis remedio que aumentar os límites máximos establecidos no Real decreto 6/2009. Con iso buscábase conter os custos regulados, ademais de limitar as horas de funcionamento con dereito a prima das instalacións fotovoltaicas.

Malia que o propósito destas medidas era evitar a ruína do sector, o certo é que o déficit real nos anos 2009, 2010 e 2011 se situou moi por enriba dos límites sinalados inicialmente no Real decreto 6/2009. Isto obrigou a que a produción normativa continuase

---

euros. Desta forma, o déficit baixou en 1.825 millóns entre 2013 e 2014; 1.889 millóns entre 2014 e 2015; e 1.990 millóns entre 2015 e 2016. INF/DE/049/17: Informe sobre o estado actual da débeda do sistema eléctrico 31/12/2016.

<sup>42</sup> Compoñen os custos regulados da electricidade: Prezo de produción da enerxía establecido trimestralmente en poxa, transporte, distribución, primas a renovables e impostos. A todo isto, hai que engadir o custo extra que supoñen os sistemas insulares (Balears e Canarias) e extrapeninsulares (Ceuta e Melilla).

<sup>43</sup> As medidas que establecía este decreto no ámbito do sector eléctrico ían principalmente encamiñadas a impulsar as empresas de servizos enerxéticos, ademais do vehículo eléctrico e a facilitar o proceso de titulación do déficit de tarifa eléctrica.

<sup>44</sup> No preámbulo do real decreto faise referencia a elas, sendo entre outras: a crise global que estaba a atravesar a economía española, a forte caída na demanda de enerxía, unhas favorables condicións climáticas que levaron a unha maior produción eléctrica desde enerxías renovables ou o aumento do prezo dos combustibles nos mercados internacionais.

a ser abundante nos anos seguintes<sup>45</sup>, pretendendo unha redución ou mesmo supresión de réximes económicos incentivadores para certas instalacións de réxime especial e réxime ordinario, ademais de promover a diminución de custos<sup>46</sup>. Todo isto levará consigo a imposición de medidas máis restritivas a través do Real decreto-lei 13/2012, do 30 de marzo, polo que se traspoñen directivas en materia de mercados interiores de electricidade e gas e en materia de comunicacións electrónicas, e polo que se adoptan medidas para a corrección das desviacións por desaxustes entre os custos e ingresos dos sectores eléctrico e do gas.

Seguiron publicándose diversas normas de carácter parcial<sup>47</sup> que se mostraron insuficientes para resolver o problema tarifario e poder reducir os límites de déficit, o que puxo de manifesto a necesidade de realizar unha reforma integral da regulación enerxética, situación que acabou por executarse coa aprobación da Lei 24/2013, do 26 de decembro, ademais do seu desenvolvemento regulamentario.

<sup>45</sup> Tales como:

- Real decreto 437/2010, do 9 de abril, polo que se desenvolve a regulación do proceso de titulación do déficit do sistema eléctrico, co que en teoría se concluíra este asunto normativo do FADE, pero que, actuando como antesala da posterior emisión de débeda tarifaria, será modificado por:
- Real decreto 1307/2011, do 26 de setembro, co que se flexibiliza o procedemento para levar a cabo a emisión de instrumentos financeiros de forma competitiva.
- Real decreto-lei 1/2012, do 27 de xaneiro, polo que se procede á suspensión dos procedementos de preasignación de retribución e á supresión dos incentivos económicos para novas instalacións de produción de enerxía eléctrica a partir de coxeración, fontes de enerxía renovables e residuos.
- Real decreto-lei 20/2012, de medidas para garantir a estabilidade orzamentaria e de fomento da competitividade.

<sup>46</sup> TARLEA JIMÉNEZ, R., e CODES CALATRAVA, J.M., "El sector eléctrico", *Sectores Regulados: sector energético, sector del transporte y sector de las telecomunicaciones*, Dykinson, Madrid, 2014, pp. 30 e ss.

<sup>47</sup> Entre as que destacaremos:

- Lei 15/2012, do 27 de decembro, de medidas fiscais para a sustentabilidade enerxética; regúlanse tres novos impostos: o imposto sobre o valor da produción da enerxía eléctrica, o imposto sobre a produción de combustible nuclear gastado e residuos radioactivos resultantes da xeración de enerxía nucleoelectrónica e o imposto sobre o almacenamento de combustible nuclear gastado e residuos radioactivos en instalacións centralizadas. Suprímense as exencións previstas para os produtos enerxéticos utilizados na produción de enerxía eléctrica e na coxeración de electricidade e calor útil.
- Lei 17/2012, do 27 de decembro, de orzamentos xerais do Estado para o ano 2013: os custos insulares e extrapeninsulares de 2012 correrán a cargo da tarifa eléctrica e non se financiarán cos orzamentos de 2013. O sistema eléctrico recibirá ingresos derivados dos tributos da Lei 15/2012 de medidas fiscais e das poxas dos dereitos de emisión de gases de efecto invernadoiro.
- Real decreto-lei 29/2012 de empregados do fogar e outras medidas de carácter económico e social: Suprimíronse os límites para o déficit da tarifa eléctrica que o Real decreto-lei 14/2010 fixara en 1.500 M€ en 2012 e cero a partir de 2013. Corríxese ou suprímese do réxime económico primado para as instalacións de réxime especial (renovables, coxeración e residuos) que incumpran as obrigas requiridas para a súa inscrición definitiva no rexistro de preasignación.
- Orde IET/221/2013, do 14 de febreiro, do Ministerio de Industria, Enerxía e Turismo, pola que se establecen as peaxes de acceso a partir de 1 de xaneiro de 2013 e as tarifas e primas das instalacións do réxime especial.
- Real decreto-lei 2/2013, do 1 de febreiro, de medidas urgentes no sistema eléctrico e no sector financeiro: adopción de determinadas medidas urgentes de redución de custos que eviten a asunción dun novo esforzo por parte dos consumidores, contribuíndo a que estes, mediante o consumo e o investimento, poidan colaborar tamén na recuperación económica.
- Real decreto-lei 9/2013, do 12 de xullo, polo que se adoptan medidas urgentes para garantir a estabilidade financeira do sistema eléctrico: habilítase o Goberno para aprobar un novo réxime xurídico e económico para as instalacións de produción de enerxía eléctrica existentes a partir de fontes de enerxía renovable, coxeración e residuos. Contémpanse un conxunto de medidas en relación co Fondo para a Titulación do Déficit do Sistema Eléctrico. Prevese unha disposición adicional relativa ao financiamento con cargo aos orzamentos xerais do Estado unicamente de parte do extracusto de xeración eléctrica dos sistemas insulares e peninsulares. Establécense determinadas medidas en relación cos pagamentos por capacidade. Acométese a modificación do réxime de asunción do custo do bono social. Medidas relativas á revisión das peaxes de acceso, á creación do rexistro de autoconsumo e á Comisión Nacional dos Mercados e a Competencia. Modifica a Lei 38/1992, do 28 de decembro, de impostos especiais en relación co imposto especial sobre o carbón.
- Lei 22/2013 de orzamentos xerais do Estado para o ano 2014: na documentación anexa ao proxecto de lei inclúense partidas para financiar os custos do sistema eléctrico en 2014.



## 3.2 Lei 24/2013, do 26 de decembro, do sector eléctrico

Unha vez comezada a andaina da liberalización do mercado eléctrico a partir da xa mencionada Directiva 96/92/CE do Parlamento Europeo e do Consello do 19 de decembro de 1996, sobre normas comúns para o mercado interior da electricidade, pola que se foron adaptando ás súas premisas as diversas lexislacións dos Estados membros e tras uns anos de funcionamento en que se produciu a separación de actividades, o libre acceso de terceiros ás redes, disociación das empresas verticalmente integradas e a imposición de obrigas de servizo público, de cara a garantir un mercado competitivo da electricidade, varias foron as medidas que as institucións comunitarias tiveron que incentivar ao comprobaren as vantaxes que supuña a completa implementación dun mercado interior da electricidade<sup>48</sup>.

Coa intención de consolidar un mercado interior plenamente aberto, derrógase a Directiva de 1996, ao publicarse a Directiva 2003/54/CE, do Parlamento Europeo e do Consello, do 26 de xuño de 2003, sobre normas comúns para o mercado interior da electricidade, coa intención de eliminar aqueles obstáculos que lles impiden aos xestores de rede –xa sexa de transporte ou de distribución– o acceso a esta en condicións de igualdade, para o cal se levarán a cabo diversas modificacións que consigan asegurar un funcionamento eficaz e competitivo que permita mellorar a competencia<sup>49</sup>, ademais de fomentar a cooperación entre as autoridades reguladoras europeas. Malia que moitas das premisas desta Directiva xa estaban recollidas na Lei 54/1997, a súa transposición realizouse a través da Lei 17/2007, do 4 de xullo, do sector eléctrico. Con esta norma refórmase a configuración da actividade de distribución, inclúense expresamente as obrigas de información e publicidade de contas das empresas, realízase unha diferenciación na rede de transporte, na cal se introduce unha separación entre transporte primario e secundario, créase unha unidade orgánica específica encargada de desenvolver as funcións de operador de sistema e xestor de redes de transporte<sup>50</sup> e créase a Oficina de Cambios de Subministrador.

Será neste mesmo ano 2007 cando a Comisión Europea, a través de dúas comunicacións: “*Unha política enerxética para Europa*” e “*Perspectivas do mercado interior do gas e da electricidade*”, incida na necesidade de acadar un auténtico mercado interior da enerxía que estea integrado e poida ser competitivo, no cal se garanta a subministración, se aumente o comercio transfronteirizo, se produza unha mellora real da eficiencia enerxética cunha maior presenza das enerxías renovables e se respecte o medio ambiente mediante a redución das emisións de gases de efecto invernadoiro<sup>51</sup>.

<sup>48</sup> MUÑOZ MACHADO, S., “Introducción al sector energético: regulación pública y libre competencia”, *Derecho de la Regulación*, tomo I, Lustel, Madrid, 2009, pp. 30-40.

<sup>49</sup> Tendo en conta a creación do Mercado Ibérico da Electricidade mediante o Convenio Internacional relativo á constitución dun mercado ibérico da enerxía eléctrica (MIBEL) entre o Reino de España e a República Portuguesa, feito en Santiago de Compostela o 1 de outubro de 2004.

<sup>50</sup> Red Eléctrica de España, S.A., que mediante a Lei 17/2007 se converte no transportista único e operador do sistema eléctrico español (TSO).

<sup>51</sup> Idéntica política no que respecta ao medio ambiente e á redución de emisións de gases de efecto invernadoiro se levou a cabo, tamén por impulso da Unión Europea, en materia de residuos, lográndose resultados moi esperanzadores, que esperamos que se acaden así mesmo no sector enerxético. GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ, F., “Los instrumentos integrantes

Isto levará á aprobación do coñecido como “*terceiro paquete enerxético*”, concretándose na Directiva 2009/72/CE, do Parlamento Europeo e do Consello, do 13 de xullo de 2009, sobre normas comúns para o mercado interior da electricidade e pola que se derroga a Directiva 2003/54/CE, na cal, ademais das previsións citadas, se propón unha separación patrimonial na actividade de transporte que garanta a independencia plena con respecto aos intereses de xeración ou subministración, aínda que, de non o facer así, se lles exixirá aos Estados membros a creación de xestores de redes ou de xestores de transporte que sexan independentes dos intereses de subministración e xeración<sup>52</sup>. Finalmente, a transposición desta Directiva 2009/72/CE será executada coa Lei 24/2013, do 26 de decembro, do sector eléctrico, no preámbulo da cal se define a subministración de enerxía eléctrica como un *servizo de interese económico xeral*, concepto que está vinculado ao dereito da Unión Europea e que se integra nas diferentes formas de intervención que ten a Administración pública na actividade económica, actuando no sector enerxético non como titular do servizo, como antano sucedía, senón como regulador deste, ao terse consumado a liberalización, salvagardando, iso si, os intereses xerais dos usuarios, en condicións de calidade, regularidade e accesibilidade, coa finalidade de conseguir a harmonización nos ámbitos económico, social e territorial<sup>53</sup>.

A Lei 24/2013, aínda que derroga case toda a Lei 54/1997, mantén en vigor a súa disposición adicional vixésimo terceira, que determina a actual estrutura societaria para o exercicio das actividades desenvolvidas por Red Eléctrica.

Regap



ESTUDIOS

### 3.2.1 Cambios estruturais e de funcións dos axentes

Unha vez analizada en conxunto a Lei 24/2013 do sector eléctrico, dedúcese unha especial dedicación por parte do lexislador en materias tales como a sustentabilidade económica e financeira do sistema eléctrico –motivado polo inadmisíbel déficit de tarifa eléctrica–, a retribución das actividades de produción, transporte e distribución, desaxustes entre ingresos e custos do sistema, ademais dunha novidosa regulación do autoconsumo. A continuación, abordaranse de xeito sucinto estas e outras cuestións.

A finalidade básica desta lei é a de garantir a subministración eléctrica cuns niveis aceptables de calidade e co mínimo custo posible, buscando así obter a máxima eficiencia, ademais de permitir un nivel de competencia efectiva no sector eléctrico, todo

---

de la política de residuos, son elementos indispensables, a la hora de ejecutar cuantas actuaciones se prevean en relación con los mismos: en particular, los planes y programas de gestión de residuos, los programas de prevención de residuos y las medidas de fomento de unos y otros”, *Comentarios sistemáticos a la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 131 e ss.

<sup>52</sup> Coa intención de secundar ou reforzar as medidas indicadas nesta Directiva 2009/72/CE, aprobáronse dous regulamentos: - Regulamento (CE) n. 713/2009 do Parlamento Europeo e do Consello, do 13 de xullo de 2009, polo que se crea a Axencia de Cooperación de Reguladores da enerxía: con este novo organismo tratarase de asegurar que as funcións que desempeñan as autoridades reguladoras nacionais sexan de conformidade coa Directiva 2009/72/CE. - Regulamento (CE) n. 714/2009 do Parlamento Europeo e do Consello, do 13 de xullo de 2009, relativo ás condicións de acceso á rede para o comercio transfronteirizo de electricidade e polo que se derroga o Regulamento (CE) n. 1228/2003, en que a Rede Europea de Xestores de Redes de Transporte (REXRT) de Electricidade avalará a xestión da rede de transporte de electricidade e promoverá o comercio transfronteirizo na Comunidade.

<sup>53</sup> GONZÁLEZ RÍOS, I., “La indefinición normativa del concepto de servicios de interés general y su ámbito material”, *Servicios de interés general y protección de los usuarios: educación, sanidad, servicios sociales, vivienda, energía, transportes y comunicaciones electrónicas*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 25-27.

iso dentro do principio de protección ambiental. Defínese a subministración de enerxía eléctrica como un servizo de interese económico xeral, distinguíndose entre actividades realizadas en réxime de monopolio natural e outras en réxime de mercado.

Na actividade de produción suprímese a diferenciación entre réxime ordinario e especial, evitándose deste xeito custos ao sistema eléctrico, ao non ter unha retribución diferente e someterse a unha regulación unificada. Iso si, gozan dunhas consideracións singulares, tales como gozar dunha retribución específica que lles permita cubrir os custos e competir en condicións de igualdade, establecer a garantía de que neste novo marco normativo se protexerán e fomentarán os investimentos nestas tecnoloxías (renovables, coxeración e residuos), así como deixar aberta a posibilidade –con carácter excepcional– de dispor de novos réximes retributivos que favorecesen a obtención de enerxía a partir de fontes renovables<sup>54</sup>.

Outra das novidades que se recollen nesta lei é a posibilidade de peche provisional das instalacións de produción, para o cal, e igual que sucede coa apertura, transmisión e modificación destas, debe someterse ás seguintes autorizacións administrativas: autorización administrativa previa, autorización administrativa de construción e autorización de explotación.

En canto ao transporte e á distribución, a idea é que se cubran os seus gastos a través das peaxes de acceso, diferenciándose así dos cargos, os cales irán destinados a sufragar os custos das actividades do sistema que correspondan<sup>55</sup>. Respecto a isto e xa facendo referencia ao mercado eléctrico no seu conxunto, establécese como novidade que o réxime xurídico do cobramento e liquidación das peaxes, cargos, prezos e retribucións reguladas, é dicir, as liquidacións de ingresos e custos do sistema, se realicen mensualmente<sup>56</sup>. Defínense os conceptos de dereito de acceso e dereito de conexión ás redes<sup>57</sup>; tamén se inclúe a definición de rede de transporte aplicable aos territorios non peninsulares, así como as funcións que debe realizar o transportista. Quedan en mans do Estado todas as instalacións de transporte primario, mentres que as de transporte secundario o serán se no seu ámbito de actuación superan o territorio dunha

<sup>54</sup> Desenvolvido a través do Real decreto 413/2014, do 6 de xuño, polo que se regula a actividade de produción de enerxía eléctrica a partir de fontes de enerxía renovables, coxeración e residuos.

<sup>55</sup> Réxime retributivo específico da actividade de xeración a partir de fontes de enerxía renovables, coxeración de alta eficiencia e residuos, retribución do extracusto da actividade de produción nos sistemas eléctricos nos territorios non peninsulares con réxime retributivo adicional, retribución asociada á aplicación de mecanismos de capacidade e anualidades correspondentes ao déficit do sistema eléctrico, cos seus correspondentes xuros e axustes.

<sup>56</sup> Realizaranse segundo a Orde ETU/1282/2017, do 22 de decembro, tendo como obxecto:

- As peaxes de acceso e os prezos unitarios para o financiamento dos pagamentos por capacidade de aplicación aos consumidores de enerxía eléctrica, así como os valores dos cargos asociados aos custos do sistema de aplicación ás modalidades de autoconsumo, a partir de o 1 de xaneiro de 2018.
- As anualidades do desaxuste de ingresos para 2018 e os custos definidos como cotas con destinos específicos e extracusto de produción nos sistemas eléctricos nos territorios non peninsulares.

<sup>57</sup> Artigo 33. Acceso e conexión.

1. Para os efectos desta lei entenderase por:

- Dereito de acceso: dereito de uso da rede nunhas condicións legal ou regulamentariamente determinadas.
- Dereito de conexión a un punto da rede: dereito dun suxeito a adaptarse electricamente a un punto concreto da rede de transporte existente ou planificada ou de distribución existente ou incluída nos plans de investimento aprobados pola Administración xeral do Estado nunhas condicións determinadas.
- Permiso de acceso: aquel que se outorga para o uso da rede á que se conecta a instalación.
- Permiso de conexión a un punto da rede: aquel que se outorga para poder conectar unha instalación de produción de enerxía eléctrica ou consumo a un punto concreto da rede de transporte ou, se é o caso, de distribución.

Comunidade Autónoma, sendo este criterio fundamento de non poucos problemas de interpretación en canto ao principio de territorialidade no que respecta á autorización das instalacións de transporte secundario e distribución, ademais das pautas técnicas de tensión e potencia eléctrica na autorización das instalacións de xeración e transporte primario de enerxía eléctrica.

No tocante á actividade de distribución exclusivamente, introdúcese unha definición máis detallada que a exposta na súa predecesora Lei 17/2007<sup>58</sup>. Esclarécese tamén que tipo de instalacións son as que se dedican a esta actividade e cales quedan excluídas, indicando tamén unha redución no alcance das liñas directas, xa que *só poderán conectar produtores e consumidores que pertenzan ao mesmo grupo empresarial. Os distribuidores de enerxía eléctrica teñen que estar inscritos no Rexistro Administrativo de Distribuidores*<sup>59</sup>, sen prexuízo de que as comunidades autónomas con competencias na materia tamén poidan crear e xestionar os seus propios rexistros territoriais.

Substitúese a tarifa de último recurso (TUR) polo prezo voluntario para o pequeno consumidor (PVPC)<sup>60</sup>, para aqueles consumidores aos que se fixa por parte da Administración un prezo da enerxía cunha potencia contratada non superior a 10 kW e co que se suprimen os Contratos de Electricidade para a Subministración do Último Recurso (poxas CESUR)<sup>61</sup>. As tarifas de último recurso resérvanse para dous grupos de consumidores: os denominados vulnerables –beneficiarios do denominado bono social<sup>62</sup>– e aqueles consumidores que, sen teren dereito aos prezos voluntarios para o

<sup>58</sup> Artigo 38: "A actividade de distribución de enerxía eléctrica é aquela que ten por obxecto a transmisión de enerxía eléctrica desde as redes de transporte ou, se é o caso, desde outras redes de distribución ou desde a xeración conectada á propia rede de distribución, ata os puntos de consumo ou outras redes de distribución nas axeitadas condicións de calidade co fin último de subministrala aos consumidores".

<sup>59</sup> Preceptuado nos artigos 182 a 187 do Real decreto 1955/2000, do 1 de decembro, polo que se regulan as actividades de transporte, distribución, comercialización, subministración e procedementos de autorización de instalacións de enerxía eléctrica.

<sup>60</sup> Serán únicos para todo o territorio español e incluírán os conceptos de custo de produción de enerxía eléctrica, as peaxes de acceso e cargos que competen, ademais dos custos de comercialización que correspondan.

<sup>61</sup> O 20 de decembro de 2013 anulouse o resultado da 25 poxa CESUR, tal como se suxire no informe do 7 de xaneiro de 2014 da CNMC, en previsión do artigo 14.3 da Orde ITC/1659/2009, do 22 de xuño, ao manter que existían argumentos que indicaban unha insuficiente presión competitiva para a celebración da poxa. Isto orixinará a desaparición das ditas poxas CESUR co Real decreto 216/2014, do 28 de marzo, polo que se establece a metodoloxía de cálculo dos prezos voluntarios para o pequeno consumidor de enerxía eléctrica e o seu réxime xurídico de contratación, polo que se pasa dun modelo en que o prezo do custo estimado da enerxía se fixaba *a priori* a través dun mecanismo cun prezo de futuro, a un mecanismo en que o consumidor aboa o custo que tivo no mercado a enerxía consumida no período.

<sup>62</sup> Considerado obriga de servizo público de acordo coa citada Directiva 2009/72/CE, do 13 de xullo de 2009, e que se aplicará aos consumidores vulnerables que cumpran coas características sociais, de consumo e poder adquisitivo que se establecen no Real decreto 897/2017, do 6 de outubro, polo que se regula a figura do consumidor vulnerable, o bono social e outras medidas de protección para os consumidores domésticos de enerxía eléctrica, definindo o consumidor vulnerable como o titular dun punto de subministración de electricidade na súa vivenda habitual que, sendo persoa física, estea acollido ao prezo voluntario para o pequeno consumidor (PVPC) e cumpra os requisitos establecidos no artigo 3, o que en definitiva vén indicar que para ser beneficiario deste cómpre incluírse en determinados limiares de renda referenciados ao Indicador Público de Renda de Efectos Múltiples (IPREM), en función do número de membros que compoñan a unidade familiar. Ademais disto, establécese tamén un bono social de maior contía para os consumidores vulnerables severos, que son definidos por referencia ao limiar de renda máis baixos que os sinalados con carácter xeral, debendo ser soportada a diferenza polas «matrices dos grupos de sociedades que desenvolvan a actividade de comercialización de enerxía eléctrica, ou polas propias sociedades que así o fagan se non forman parte de ningún grupo societario» e que pola súa vez é desenvolvido pola Orde ETU/943/2017, do 6 de outubro, aínda que posteriormente foi modificada pola Orde ETU/1282/2017, do 22 de decembro. Sobre os requisitos para ser considerado consumidor vulnerable, convén consultar a Resolución do 15 de novembro 2017, da Secretaría de Estado de Enerxía, pola que se pon en marcha a aplicación telemática que lle permite ao comercializador de referencia comprobar que o solicitante do bono social cumpre os requisitos para ser considerado consumidor vulnerable.

pequeno consumidor, carezan transitoriamente dun contrato de subministración cun comercializador.

No apartado de comercialización prodúcense diversas novidades, entre elas, o cambio de comercializadores de último recurso a comercializadores de referencia, os cales se encargarán de cobrarlles aos consumidores o prezo voluntario ao pequeno consumidor (PVPC) e do bono social, se é o caso. Recoñéceselles o dereito a actuar como suxeitos de mercado na produción de electricidade. Cómpre destacar tamén o feito de que a partir desta lei os comercializadores teñen que aboar o importe das peaxes aos distribuidores, baixo ameaza de sanción, con independencia do seu cobramento do consumidor final, co que deben atender as súas obrigas de pagamento fronte ao sistema eléctrico nos prazos que se establecen regulamentariamente<sup>63</sup>. Para finalizar, faremos uso da clasificación realizada por Abel Estoa, ao afirmar que os deberes dos comercializadores recollidos no artigo 4.6.1 da Lei 24/2013 se poden clasificar arredor de tres grandes bloques: os relativos aos requisitos para o exercicio da actividade, obrigas fronte ao sistema, administracións e resto de suxeitos e obrigas respecto aos consumidores<sup>64</sup>; estas últimas veranse aumentadas respecto á lexislación anterior. Ademais disto, hai que sinalar a capacidade por parte das administracións públicas de establecer inspeccións (*acceder a calquera local ou instalación, verificar libros e rexistros, solicitar explicacións sobre feitos ou documentos*), así como de impor sancións en caso de cometer algunha das infraccións estipuladas (moi graves, graves, leves), non só aos comercializadores, senón ao resto de suxeitos (produtores, transportista, distribuidores, operador do mercado e operador do sistema) que interveñen no mercado eléctrico.

Respecto ao operador do sistema e do mercado, poucas novidades hai. O artigo 3.10 da Lei 24/2013 establece que, entre as competencias que corresponden á Administración xeral do Estado, está a de regular os termos en que se debe desenvolver a xestión económica e técnica do sistema eléctrico, aprobando as regras de mercado e os procedementos de operación de carácter instrumental e técnico necesarios. Segundo o punto 11 do artigo 14, a retribución de ambos os dous operadores establecerase de acordo coa metodoloxía que determine o Goberno en función dos servizos que efectivamente presten e será financiada baseándose nos prezos que estes lles cobren aos axentes e suxeitos do sistema, respectivamente.

Regúlase por primeira vez o autoconsumo<sup>65</sup>, entendéndose por este o consumo de enerxía eléctrica proveniente de instalacións de xeración conectadas no interior dunha

<sup>63</sup> Real decreto 1048/2013, do 27 de decembro, polo que se establece a metodoloxía para o cálculo da retribución da actividade de distribución de enerxía eléctrica, artigo 10.1 Retribución anual da actividade de distribución: "*O ministro de Industria, Enerxía e Turismo, logo de acordo da Comisión Delegada de Goberno para Asuntos Económicos, e por proposta da Comisión Nacional de Mercados e a Competencia, establecerá anualmente a retribución recoñecida a cada distribuidor pola actividade de distribución, que se calculará de acordo co disposto neste artigo*".

<sup>64</sup> ESTOA PÉREZ, A., "La actividad de comercialización en la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del sector eléctrico", *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 98, xaneiro-abril 2014, pp. 147-149.

<sup>65</sup> Cualificada acertadamente esta regulación do autoconsumo por GONZÁLEZ RÍOS como "*pouco rendible*" e "*altamente desincentivadora*", polo feito de que se lles exige aos consumidores dese réxime de autoconsumo o aboamento de todos os custos e cargos do sistema no mesmo xeito en que o realizan o resto de consumidores e porque, á parte disto, se lle impón o pagamento dunha "peaxe de apoio" pola enerxía que consumiu. Como colofón, un hipotético incumprimento das ditas prescricións implicaría o pagamento de sancións que poderían chegar ata os 60.000.000 de euros. GONZÁLEZ RÍOS, I., "La incipiente regulación del autoconsumo de energía eléctrica: implicaciones energéticas, ambientales y urbanísticas", *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 99-100, 2014, p. 1646.

rede dun consumidor ou a través dunha liña directa de enerxía eléctrica asociadas a un consumidor. Distínguense tres modalidades: de subministración, de produción e produción con autoconsumo dun consumidor conectado a través dunha liña directa cunha instalación de produción. Segundo o punto 4 do artigo 9, os consumidores acollidos ás modalidades de autoconsumo de enerxía eléctrica terán a obriga de inscribirse no Rexistro Administrativo de Autoconsumo de Enerxía Eléctrica, creado para tal efecto no Ministerio de Industria, Enerxía e Turismo. Así mesmo, o Goberno estableceu as condicións administrativas e técnicas para a conexión á rede das instalacións con autoconsumo mediante a Orde ETU/1976/2016, do 23 de decembro, pola que se establecen as peaxes de acceso de enerxía eléctrica para 2017.

### 3.2.2 Problemas afrontados e problemas que se manteñen

O principal empeño desta Lei 24/2013 é o de eliminar o déficit estrutural do sistema eléctrico. Para iso, tal como se explica na exposición de motivos, preténdese que a través dos ingresos se satisfagan a totalidade dos custos. Establécese que toda medida normativa que supoña un aumento das taxas ou unha redución dos beneficios debe incorporar, pola *súa vez*, unha diminución ou incremento equivalente, xa sexa dos prezos ou das retribucións, segundo corresponda. Como xa se explicou, é o principal escollo ao que se enfronta este proceso de liberalización do mercado eléctrico, xa que se alcanzaron cotas de débeda totalmente inasumibles e que puxeron a proba a estabilidade financeira do sistema, chegando a alcanzar un teito acumulado de case 39.000 millóns de euros no ano 2013, malia ser certo que, nos últimos anos, se está a conseguir revertir a situación, ao obter un leve superávit de beneficios.

Outro tema importante é o da planificación eléctrica, que debe contar coa actuación de non poucas administracións que, nun ou outro sentido, poden posuír algún tipo de competencia ou participación e ás que moitas veces se deduce das súas intervencións unha excesiva influencia por parte do Goberno, o que complica en boa medida a súa efectividade á hora de establecer unhas previsións reais e efectivas en termos tanto de crecemento como de consumo<sup>66</sup>. Segundo isto e observando o artigo 4.2 da Lei 24/2013, móstrase o tratamento a seguir por todas as administracións participantes no referendo da planificación eléctrica, pois advirte que será levada a cabo pola Administración xeral do Estado, pero non ha de facelo de costas ás comunidades autónomas, xa que deberá contar coa participación destas, sen esquecer as cidades de Ceuta e Melilla. Á parte disto, deriva imprescindible contar co preceptivo informe emitido pola Comisión Nacional dos Mercados e a Competencia (CNMC) e encomendalo ao trámite de audiencia, antes de que o dito proxecto sexa sometido no Congreso dos Deputados segundo o procedemento

<sup>66</sup> Esta percepción é compartida por moitos dos profesionais que gozan de grande autoridade no estudo do mercado eléctrico; entre eles, recollellos, por ser de todo esclarecedoras, as opinións de Pedro Mielgo acerca da planificación na nova regulación eléctrica, cando entre outras cousas afirma: "*recurso a unha linguaxe confusa e contradictoria, clara ampliación do ámbito da potestade planificadora do goberno, unha definición de escenarios insuficiente que non contempla variables económicas esenciais...*, introdución de parámetros e criterios carentes de definicións aceptadas no mundo académico e económico..." MIELGO ÁLVAREZ, P., "La planificación en la nueva regulación eléctrica", *Cuadernos de energía*, n. 42, xullo 2014, pp. 27-28.



previsto no seu regulamento, para que finalmente goce da aprobación do Goberno por un período de validez de seis anos<sup>67</sup>.

No que respecta á autorización de instalacións de transporte, distribución, produción e liñas directas, incluídas no artigo 53, resulta que a día de hoxe non se elaborou o desenvolvemento regulamentario necesario para poder levar a cabo a construción das instalacións de transporte primario e secundario dependentes da Administración xeral do Estado, polo que se observará o disposto no título VII de *procedementos de autorización das instalacións de produción, transporte e distribución* do Real decreto 1955/2000, do 1 de decembro, polo que se regulan as actividades de transporte, distribución, comercialización, subministración e procedementos de autorización de instalacións de enerxía eléctrica<sup>68</sup>. O certo é que este Real decreto necesita ser actualizado en numerosos puntos que gardan relación co urbanismo ou o medio ambiente, ao facer referencia a disposicións xa derogadas<sup>69</sup>, unha eiva que presenta a propia Lei 24/2013 no dito artigo 53 de *Autorización de instalacións de transporte, distribución, produción e liñas directas*, ao establecer que, para os casos en que sexa preceptiva, se tramitará xunto co procedemento de autorización administrativa a declaración de impacto ambiental, para o que cumprirá observar (e cito textualmente) “o disposto no Texto refundido da Lei de avaliación de impacto ambiental de proxectos, aprobado polo Real decreto lexislativo 1/2008”. Resulta inconcibible esa remisión cando o citado texto refundido foi expresamente derogado pola disposición derogatoria única, derogación normativa da Lei 21/2013, do 9 de decembro, de avaliación ambiental<sup>70</sup>.

Ante a importancia que a UE lle concede ao feito de conseguir un mercado interior da electricidade completamente integrado, mediante a xa citada Directiva 2009/72/CE, ademais dos intercambios transfronteirizos de electricidade fixados polo Regulamento (CE) n. 714/2009 do Parlamento Europeo e do Consello, do 13 de xullo de 2009<sup>71</sup>, o lexislador español seguiu fomentando a cooperación e coordinación destes intercambios transfronteirizos non soamente con Portugal a través do Mercado Ibérico da

<sup>67</sup> Dedúcese deste precepto, unha vez chegado o momento de coordinar o procedemento planificador eléctrico cos plans de ordenación do territorio e a protección ambiental, a irrefutable necesidade de acudir aos principios de cooperación e coordinación administrativa tanto no ámbito da normación como no da participación directa en comisións, consellos ou asociacións, manifestándose particularmente comprometido no obxectivo presente ao converxer as competencias tanto duns como doutros sobre unha mesma superficie ou enclave zonal, por todo o cal recaerá sobre os plans de ordenación do territorio a primixenia función formativa no que a planificación respecta, xa que estes, tal como afirma o profesor GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ: “*debido precisamente á súa vocación integradora e omnicompreensiva de todas e cada unha das actividades que inciden sobre o seu ámbito territorial de actuación, conteñen determinacións e previsións varias que as máis das veces –por non dicir sempre– afectan e inciden en ámbitos físicos sobre os que tamén exercen as súas competencias outras administracións públicas*”. GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ, F., “Instrumentos de planificación territorial y urbanística versus zonas afectas a la defensa nacional: regulación y problemática jurídica”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, n. 203, 2003, p. 62.

<sup>68</sup> E polo que se derroga –aínda que mantendo a súa estrutura– o Decreto 2617/1966, do 20 de outubro, sobre autorización de instalacións eléctricas, así como no Decreto 2619/1966, do 20 de outubro, polo que se aproba o Regulamento da Lei 10/1966, do 18 de marzo, sobre expropiación forzosa e sancións en materia de instalacións eléctricas.

<sup>69</sup> Como é a mención á derogada Lei 6/1998, do 13 de abril, sobre réxime do solo e valoracións.

<sup>70</sup> Onde se recolle de xeito evidente, no seu apartado 1.b, o seguinte: “1. *Quedan derogadas todas as disposicións de igual ou inferior rango que se opoñan a esta lei e, en particular, as seguintes: ... b) O Texto refundido da Lei de avaliación de impacto ambiental de proxectos, aprobado polo Real decreto lexislativo 1/2008, do 11 de xaneiro*”.

<sup>71</sup> No seu punto 1 establece: “O mercado interior da electricidade, que se foi implantando gradualmente desde 1999, ten como finalidade dar unha posibilidade real de elección a todos os consumidores da Comunidade, sexan cidadáns ou empresas, de crear novas oportunidades comerciais e de fomentar o comercio transfronteirizo, co fin de conseguir melloras da eficiencia, prezos competitivos, un aumento da calidade do servizo e de contribuír á seguridade da subministración e á sustentabilidade”.



Electricidade (MIBEL), que xera multitude de beneficios económicos e de seguridade da subministración, ademais de fomentar a competencia e a eficiencia<sup>72</sup>, senón tamén co resto de países con que España ten conexións e códigos de rede, para os que se ofrece un “*acceso efectivo e transparente ás redes de transporte a través das fronteiras*”, garantindo unha planificación coordinada e previsora, necesitándose para iso unha evolución técnica axeitada do sistema, todo iso coordinado e supervisado polos xestores das redes de transporte.

Outro dos principais problemas aos que hai que facer fronte é o da *pobreza enerxética*, entendéndose por esta a incapacidade que sofren millóns de fogares para facer fronte ao pagamento da enerxía suficiente que lles permita satisfacer as súas necesidades domésticas, xa sexa por ingresos insuficientes na unidade familiar, por un elevado custo da enerxía ou por unha escasa eficiencia enerxética da vivenda<sup>73</sup>. Trátase dun problema que se estende ao ámbito internacional e do que as Nacións Unidas se fixeron eco ao incluílo no punto número 7 “*Enerxía alcanzable e non contaminante*”, dos Obxectivos de Desenvolvemento Sustentable<sup>74</sup>. Na Unión Europea abordaron este asunto a través da Directiva 2009/72/CE do Parlamento Europeo e do Consello, do 13 de xullo de 2009, sobre normas comúns para o mercado interior da electricidade e pola que se derroga a Directiva 2003/54/CE; e da Directiva 2009/73/CE do Parlamento Europeo e do Consello, do 13 de xullo de 2009, sobre normas comúns para o mercado interior do gas natural e pola que se derroga a Directiva 2003/55/CE. Nelas ínstase os Estados membros a garantir a subministración de enerxía necesaria para os clientes vulnerables e a desenvolver plans de acción nacionais ou outros marcos adecuados para loitar contra a pobreza enerxética<sup>75</sup>. Ademais destas directivas, tamén hai que contar co “*paquete de inverno da Unión Europea*” (enerxía limpa para todos os europeos)<sup>76</sup>.

<sup>72</sup> COSTA CAMPI, M. T., “Evolución del sector eléctrico español (1975-2015)”, *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*, n. 889-890, 2016, p. 152.

<sup>73</sup> Non se debería asociar unicamente a vulnerabilidade coa accesibilidade do servizo, senón que hai que conxugala co principio de igualdade, en concreto a territorial, tal como di González Ríos, xa que se debe garantir o acceso ao servizo sen importar a zona xeográfica en que se atopen os clientes. GONZÁLEZ RÍOS, I., “La protección del consumidor eléctrico y la lucha contra «la pobreza energética»: provisiones comunitarias e insuficiente regulación interna española”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 45, 2013, p. 600.

<sup>74</sup> Os obxectivos que se pretenden neste Programa das Nacións Unidas para o Desenvolvemento de aquí ao 2030 son:  
 - Garantir o acceso universal a servizos enerxéticos alcanzables, fiables e modernos.  
 - Aumentar considerablemente a proporción de enerxía renovable no conxunto de fontes enerxéticas.  
 - Duplicar a taxa mundial de mellora da eficiencia enerxética.  
 - Aumentar a cooperación internacional para facilitar o acceso á investigación e a tecnoloxía relativas á enerxía limpa, incluídas as fontes renovables, a eficiencia enerxética e as tecnoloxías avanzadas e menos contaminantes de combustibles fósiles, e promover o investimento en infraestrutura enerxética e tecnoloxías limpas.  
 - Ampliar a infraestrutura e mellorar a tecnoloxía para prestar servizos enerxéticos modernos e sustentables para todos nos países en desenvolvemento, en particular os países menos adiantados, os pequenos Estados insulares en desenvolvemento e os países en desenvolvemento sen litoral, en consonancia cos seus respectivos programas de apoio.

<sup>75</sup> Considerando 53 da Directiva 2009/72/CE do Parlamento Europeo e do Consello, do 13 de xullo de 2009, sobre normas comúns para o mercado interior da electricidade e pola que se derroga a Directiva 2003/54/CE: “*A pobreza enerxética é un problema cada vez maior na Comunidade. Os Estados membros afectados que aínda non tomaran medidas ao respecto deben desenvolver, en consecuencia, plans de acción nacionais ou outros marcos adecuados para loitar contra a pobreza enerxética, co fin de reducir o número de persoas que padecen esa situación. En calquera caso, os Estados membros deben garantir a subministración de enerxía necesaria para os clientes vulnerables*”.

<sup>76</sup> O paquete persegue tres obxectivos principais: antepor a eficiencia enerxética, lograr o liderado mundial en materia de enerxías renovables e ofrecer un trato xusto aos consumidores.

En España, co Real decreto–lei 15/2018, do 5 de outubro, de medidas urxentes para a transición enerxética e a protección dos consumidores, obrígase o Goberno a aprobar unha estratexia conxunta contra a pobreza enerxética na elaboración da cal participen todos os sectores afectados: as comunidades autónomas e entidades locais, as asociacións de consumidores, os representantes do terceiro sector e as empresas enerxéticas, que finalmente crean a Estratexia Nacional contra a Pobreza Enerxética 2019–2024.<sup>77</sup>

## 4 Conclusións

PRIMEIRA.– Coa integración das extintas Comisión Nacional da Enerxía (CNE) e Comisión Nacional da Competencia (CNC), na actual Comisión Nacional dos Mercados e a Competencia (CNMC) pretendeuse crear un “*súper regulador*” que tivese unha maior independencia e poder de decisión en aspectos clave relacionados coa resolución de conflitos ou a capacidade normativa. Non obstante, coa Lei 24/2013, devolvéronse competencias ao Goberno e dá a impresión de que se lle quitase protagonismo ao regulador, deixándoo en moitas situacións dependente das decisións que desde a Administración central se tomen.

SEGUNDA.– Malia que a Lei 24/2013 do sector eléctrico foi creada coa intención de afirmarse como unha norma dilixente con vocación integradora, que incidise naqueles puntos ou factores máis necesarios para a mellora do sector eléctrico, o certo é que non conseguiu realizar a reforma integral que o mercado necesita e segue utilizando multitude de regulamentos e ordes que a reforcen ou complementen para ir parcheando os problemas que van xurdindo a xeito de improvisación, en lugar de ter unha correcta planificación a medio e longo prazo.

TERCEIRA.– A pesar de que en España o réxime de liberalización enerxética leva implantado máis de 20 anos, detéctanse multitude de obstáculos que dificultan o desenvolvemento da plena competencia, resaltando entre eles a maioritaria acollida que ten o prezo voluntario ao pequeno consumidor (PVPC) no mercado retalista doméstico, polo que se necesitarán máis cambios regulatorios que poidan incentivar o cliente a participar no libre mercado.

CUARTA.– O lamentable déficit de tarifa enerxética provocou que o lexislador se preocupase en exercer un maior control sobre as actividades reguladas que sobre as

<sup>77</sup> Na cal se define o consumidor vulnerable do seguinte xeito: “é o consumidor de enerxía eléctrica ou de usos térmicos que se atopa en situación de pobreza enerxética, podendo ser beneficiario das medidas de apoio establecidas polas administracións”. *Estratexia nacional contra a pobreza enerxética 2019-2024*, p. 6.

Segundo esta estratexia nacional, a pobreza enerxética en España está entre os 3,5 e os 8,1 millóns de persoas; ademais disto, o 17,3% da poboación española (8 millóns de persoas) declarou en 2017 un gasto enerxético desproporcionado fronte aos seus ingresos; no lado oposto, isto é, a “pobreza enerxética escondida” (“é a situación en que se atopa un fogar no cal non poden ser satisfeitas as necesidades básicas de subministracións de enerxía, como consecuencia dun nivel de ingresos insuficiente e que, se é o caso, pode verse agravada por dispor dunha vivenda ineficiente en enerxía”), reflíctese que o 11,5% da poboación española (5,2 millóns de persoas) declarou un gasto anormalmente baixo en enerxía. Pola orografía tan diversificada que ten España, ademais das diferentes latitudes, existe unha notable variedade climática, dándose a circunstancia de que o 26% da poboación española (12 millóns de persoas) declarou a imposibilidade de manter a súa vivenda no verán a unha temperatura axeitada en 2017 e, pola contra, o 8% da poboación española (3,7 millóns de persoas) declarou a imposibilidade de manter a súa vivenda no inverno a unha temperatura axeitada en 2017. Malia o lamentable da situación, atópase dentro da media europea, manifestándose máis intensamente no sueste de Europa. *Ibíd.*, pp. 40–62.

liberalizadas, o que pon de manifesto a necesidade de establecer un marco normativo que propicie o impulso idóneo para que a autorregulación avance no sector privado.

QUINTA.- Aínda que a lei recolle a figura do consumidor vulnerable como beneficiario do bono social e que esa opción se desenvolveu regulamentariamente, o certo é que en España hai unha marxe de poboación comprendida entre os 3,5 e os 8,1 millóns de persoas que se atopan nunha situación de pobreza enerxética que lles impide satisfacer necesidades enerxéticas básicas, polo que cómpre destinar todos os esforzos e recursos posibles para conseguir que desapareza tan dramática situación.

## Bibliografía

- ARIÑO ORTIZ, G., e LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, L., “La planificación”, *Comentarios a la Constitución socioeconómica de España*, Comares, Granada, 2002.
- BEATO BLANCO, P., “La liberalización del sector eléctrico en España ¿un proceso incompleto o frustrado?”, *Información Comercial Española (ICE)*, n. 826, 2005.
- CABALLERO SÁNCHEZ, R., “Las sociedades de infraestructuras estratégicas. El nacimiento de un modelo de compañía regulada al servicio del mercado”, *Revista de Administración Pública*, n. 181, 2010.
- CALERO PÉREZ, P., *Boletín Económico del ICE (Información Comercial Española)*, n. 2662, 2000.
- CISNEROS RUIZ, A. J., “La situación financiera del sector eléctrico español durante el marco legal estable (1988-1996)”, *Técnica Contable*, Vol. 52, n. 622, 2000.
- COSTA CAMPI, M. T., “Evolución del sector eléctrico español (1975-2015)”, *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*, n. 889-890, 2016.
- DE LA CRUZ FERRER, J., “El debate sobre el régimen jurídico del tendido de redes de distribución y de su acceso y conexión a otras redes”, *Revista de derecho de las telecomunicaciones e infraestructuras en red (REDETI)*, Año n. 7, n. 20, 2004.
- ESPEJO MARÍN, C., “La electricidad en las relaciones España-Portugal”, *Finisterra: Revista portuguesa de geografía*, Vol. 39, n. 78, 2004.
- ESTOA PÉREZ, A., “La actividad de comercialización en la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del sector eléctrico”, *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 98, xaneiro-abril 2014.
- GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ, F., “Instrumentos de planificación territorial y urbanística versus zonas afectas a la defensa nacional: regulación y problemática jurídica”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, n. 203, 2003.
- GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ, F., “Los instrumentos integrantes de la política de residuos, son elementos indispensables, a la hora de ejecutar cuantas actuaciones se prevean en relación con los mismos: en particular, los planes y programas de gestión de residuos, los programas de prevención de residuos y las medidas de fomento de unos y otros”, *Comentarios sistemáticos a la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014.

regap



ESTUDIOS

- GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ, F., “El Derecho de acceso a la información en materia medioambiental como técnica de protección integral del medio ambiente: aspectos más reseñables de su aplicación y potencialidades futuras a desarrollar”, *Revista Internacional de Direito Ambiental*, n. 8, 2014.
- GONZÁLEZ RÍOS, I., “La protección del consumidor eléctrico y la lucha contra «la pobreza energética»: previsiones comunitarias e insuficiente regulación interna española”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 45, 2013.
- GONZÁLEZ RÍOS, I., “La incipiente regulación del autoconsumo de energía eléctrica: implicaciones energéticas, ambientales y urbanísticas”, *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 99-100, 2014.
- GONZÁLEZ RÍOS, I., “La indefinición normativa del concepto de servicios de interés general y su ámbito material”, *Servicios de interés general y protección de los usuarios: educación, sanidad, servicios sociales, vivienda, energía, transportes y comunicaciones electrónicas*, Dykinson, Madrid, 2018.
- GRIFELL I TATJÉ, E., e BLÁZQUEZ GÓMEZ, L., “Regulación de la Distribución Eléctrica en España: Análisis Económico de una Década, 1987-1997”, *Documents de Treball (Universitat Autònoma de Barcelona. Departament d’Economia de l’Empresa)*, n. 1, 2004.
- LEGUINA VILLA, J., “Instalaciones de líneas eléctricas y precariedad administrativa”, *Revista de Administración Pública*, n. 68, 1972.
- LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, L., “La nueva Ley 54/1997 del Sector Eléctrico”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n. 3, 1999.
- LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, L., “La nueva configuración jurídica del sector eléctrico tras la Ley 54/1997”, *Documentación Administrativa*, n. 256, 2000.
- LÓPEZ MILLA, J., “Los Costes de Transición a la Competencia en el sector eléctrico español”, *Revista Asturiana de Economía (RAE)*, n. 19, 2009.
- MIELGO ÁLVAREZ, P., “La planificación en la nueva regulación eléctrica”, *Cuadernos de energía*, n. 42, julio 2014.
- MORENO ROJAS, J., “La liberalización del sector eléctrico: los costes de transición a la competencia y su problemática contable”, *Boletín AECA (Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas)*, n. 49, 1999.
- MUÑOZ MACHADO, S., “Introducción al sector energético: regulación pública y libre competencia”, *Derecho de la Regulación*. Tomo I, Iustel, Madrid, 2009.
- REE (Red Eléctrica de España), *El Marco Legal Estable. Economía del sector eléctrico español 1988-1997*, Alcobendas, 2006 (Versión electrónica en [www.ree.es](http://www.ree.es)).
- RODRÍGUEZ MONROY, C., “Evolución histórica reciente y situación actual del sector eléctrico español”, *Cuadernos de Economía: Spanish Journal of Economics and Finance*, n. 70, 2002.
- TARLEA JIMÉNEZ, R., e CODES CALATRAVA, J.M., “El sector eléctrico”, *Sectores Regulados: sector energético, sector del transporte y sector de las telecomunicaciones*, Dykinson, Madrid, 2014.

# Regap

Comentarios e crónicas

2



# Os desafios das novas formas de lidar com os resíduos nos territórios inteligentes sob uma perspectiva europeia

Los retos de las nuevas formas de tratamiento de residuos en territorios inteligentes desde una perspectiva europea

The challenges of new forms of treating waste in smart territories from a European perspective



ROBERTA FERNANDES DE FARIA

Doutoranda em Direito na Universidade de Santiago de Compostela  
Mestre em Direito do Ambiente e advogada  
fariabeta@gmail.com

Recibido: 05/11/2019 | Aceptado: 19/12/2019

DOI: <https://doi.org/10.36402/10.36402/regap.v1i58.52>

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

**Resumo:** Na intenção de cumprir com os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da ONU, o governo espanhol publicou, em dezembro de 2017, o Plano Nacional de Territórios Inteligentes, apostando na sustentabilidade urbana e melhoria da qualidade de vida dos cidadãos que nas cidades vivem. A Administração Pública deve trabalhar na implementação de um novo modelo de gestão urbana para transformar suas cidades em territórios inteligentes e tratar os principais problemas das cidades tradicionais, incluindo uma nova forma de lidar com os resíduos urbanos e reinventar suas cadeias de suprimento por meio de políticas públicas, regulamentos e incentivos.

**Palavras-chave:** Resíduos, cidades inteligentes, desenvolvimento sustentável, meio ambiente.

**Resumen:** Con la intención de cumplir con los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la ONU, el Gobierno español hizo público, en diciembre de 2017, el Plan Nacional de Territorios Inteligentes, que apuesta por la sostenibilidad urbana y la mejora de la calidad de vida de los ciudadanos en las ciudades donde residen. La Administración pública debe trabajar en la adopción de un nuevo modelo de gestión urbana para transformar sus ciudades en territorios inteligentes y afrontar los principales problemas de las ciudades tradicionales, incluyendo una nueva forma de tratamiento de residuos urbanos y la reinención de sus cadenas de suministro mediante políticas públicas, reglamentos e incentivos.

**Palabras clave:** Residuos, ciudades inteligentes, desarrollo sostenible, medio ambiente.

**Abstract:** With the intention of meeting the UN Sustainable Development Goals, the Spanish government published, in December 2017, the National Plan of Intelligent Territories, focusing on urban sustainability and improving the quality of life of citizens living in cities. Public administration should work on

1 Trabalho realizado no âmbito do projeto de pesquisa: Instrumentos legais para o combate ao despovoamento em áreas rurais (DESPORU), Ref.: RTI2018-099804-A-100. FEDER/Ministério da Ciência, Inovação e Universidades, Agência Estatal de Pesquisa. Governo de Espanha.



implementing a new urban management model to transform its cities into smart territories and address the main problems of traditional cities, including a new way of dealing with urban waste and reinventing their supply chains through public policies, regulations, and incentives.

**Key words:** Waste, smart cities, sustainable development, environment.

**SUMARIO:** 1 Introdução. 2 Os territórios inteligentes. 2.1 O desenvolvimento sustentável dos territórios inteligentes. 3 Resíduos. 3.1 Resíduo como recurso. 3.2 Gestão eficiente de resíduos. 3.2.1 Questões políticas e legais. 3.2.2 A tecnologia como facilitadora do serviço público de gestão de resíduos urbanos. 4 Conclusão.

## 1 Introdução

Uma cidade inteligente visa a melhoria da qualidade de vida da população que nela vive e o desempenho sustentável promovido pela administração pública local. Tendo em conta as diversas políticas protetivas do ambiente, é necessário analisar o grande problema da escassez de recursos naturais e o aumento da geração de resíduos sólidos urbanos, bem como os problemas decorrentes da falta de um gerenciamento adequado destes.

A temática dos resíduos é um problema que exige mudanças significativas e este trabalho se propõe a fazer com que este tema, eminentemente urbano, possa receber o tratamento adequado, a partir de uma abordagem interdisciplinar da questão, bem como a feitura de um apanhado das normas e políticas europeias vinculadas ao desenvolvimento sustentável das cidades e a gestão de resíduos sólidos urbanos.

Na União Europeia, tratar enormes quantidades de resíduos, ou melhor evitar que estes sejam gerados, tem sido um dos focos centrais de políticos e legisladores em razão das tendências mundiais, a pressão por um ambiente mais equilibrado e para a consolidação de uma nova realidade socioambiental. A gestão de resíduos sólidos urbanos é um tema de preocupação para os agentes públicos, com impactos diretos na saúde, no ambiente e na qualidade de vida dos cidadãos. Além disso, de acordo com estudo da Organização das Nações Unidas<sup>2</sup>, estima-se que até 50% dos orçamentos das cidades são gastos na coleta e disposição de resíduos sólidos urbanos, que representa um elevado custo financeiro e ambiental.

Assim, a proposta é abordar as políticas e normas europeias relativas aos resíduos em um contexto de desenvolvimento sustentável para cidades inteligentes.

## 2 Os territórios inteligentes

As cidades precisam gerenciar as suas obrigações (preservação e melhoria do meio ambiente, governança, economia, mobilidade, transporte, serviços públicos, etc.) que tem vindo a ser administradas de forma “inteligente” com o uso de tecnologias

<sup>2</sup> UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME (UNEP) e UNITED NATIONS INSTITUTE FOR TRAINING AND RESEARCH (UNITAR), *Study Guidelines for National Waste Management Strategies: Moving from Challenges to Opportunities*. Disponível em: [http://cwm.unitar.org/national-profiles/publications/cw/wm/UNEP\\_UNITAR\\_NWMS\\_English.pdf](http://cwm.unitar.org/national-profiles/publications/cw/wm/UNEP_UNITAR_NWMS_English.pdf).

e infraestruturas que melhoram a prestação dos serviços. Os territórios inteligentes são necessários para tratar os principais problemas das cidades tradicionais, como o tráfego intenso de veículos, o grande fluxo de resíduos, poluição do ar, entre outros. Uma cidade inteligente, em resumo, consiste em melhorar os índices de qualidade de vida dos cidadãos e da gestão pública usando tecnologias emergentes e projetos de soluções urbanas, atraindo investimentos e gerando crescimento econômico, progresso social e prosperidade na cidade<sup>3</sup>. De modo resumido, um território inteligente está relacionado com o desenvolvimento de um novo modelo de cidade com uma base tecnológica que propõe soluções para o sistema ou para melhoria da qualidade de vida dos cidadãos, conectando sociedade, política, setor privado e ambiente.

Além dos 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentáveis (ODS) das Nações Unidas, que são metas globais a serem atingidas até 2030, onde governos, empresas e sociedade em geral estão comprometidos no seu desenvolvimento, uma cidade inteligente segue as normas internacionais ISO 37.120 (modelo de referência para indicadores de serviços e qualidade de vida das cidades, reunindo 17 áreas temáticas<sup>4</sup>) e ISO 18.091 (que fornece aos governos locais diretrizes para conseguir a classificação qualitativa dos serviços e processos da cidade em 39 atividades essenciais<sup>5</sup>). Cidades com melhores

<sup>3</sup> REVISTA SMART CITIES. Disponível em: <http://smart-cities.pt/revista-smart-cities/>.

<sup>4</sup> 1. Economia; 2. Educação; 3. Energia; 4. Meio Ambiente; 5. Finanças; 6. Incêndio e Respostas a Emergências; 7. Governo; 8. Saúde; 9. Lazer; 10. Segurança; 11. Habitação; 12. Gestão de Resíduos Sólidos; 13. Telecomunicações e Inovação; 14. Transporte; 15. Planejamento Urbano; 16. Águas Residuais; 17. Água e Saneamento.

<sup>5</sup> Essa norma internacional promove a adoção de uma abordagem de processo para o desenvolvimento, implantação e melhoria contínua de um sistema de gestão da qualidade para melhorar a satisfação dos clientes a partir de suas necessidades. A norma aborda os seguintes aspectos:

Desenvolvimento institucional para um bom governo

Governo responsável, planejado e organizado com um sistema de gestão integrado de qualidade;

Associado, solidário e conectado;

Competência e continuidade dos serviços públicos;

Engajamento da comunidade nas políticas públicas e programas;

Responsabilidade fiscal;

Promoção da proteção civil e serviços de emergência;

Uso sistemático das tecnologias da informação e comunicação (TIC);

Marco legal vigente e atualizado;

O Estado de direito prevalece no território do governo local;

Transparência e com acesso a informações com integridade e responsabilidade social;

Gestão financeira saudável;

Seguro e consciente da segurança.

Desenvolvimento econômico sustentável

Promoção de alternativas econômicas inovadoras;

Promoção de oportunidades de trabalho decente;

Responsabilidade pela segurança alimentar;

Promoção para a formação de locais de trabalho;

Promoção do turismo;

Responsável pela mobilidade sustentável, rotas de comunicação e interconexões;

Promoção do desenvolvimento econômico primário;

Promoção do desenvolvimento da indústria, comércio e serviços.

Desenvolvimento social inclusivo

Prestação de serviços públicos;

Promoção dos esportes, recreação e desenvolvimento do setor social;

Políticas sociais para incluir as necessidades da população indígena;

Promoção da igualdade de gênero;

Responsável por setores de risco e vulneráveis da população;

Promoção da saúde pública;

Promoção da educação básica de qualidade;

Promoção da moradia digna;

indicadores de inovação, gestão pública, infraestrutura, educação e sustentabilidades atraem mais investimentos, empresas e negócios.

O impulsionamento de um meio urbano otimizado é importante para a sustentabilidade da economia e do ambiente, transformando o espaço urbano num lugar inovador, funcional e eficiente. Segundo a Comissão Europeia<sup>6</sup>, uma cidade inteligente vai além do uso de tecnologias de informação e comunicação, significando, também, redes de transporte urbano mais inteligentes, instalações aprimoradas de abastecimento de água e eliminação de resíduos e maneiras mais eficientes de iluminar e aquecer edifícios, além de uma administração da cidade mais interativa e responsiva, espaços públicos mais seguros e atendimento às necessidades do envelhecimento da população. O Plano Espanhol de Territórios Inteligentes muito bem delinea os objetivos de construir soluções eficientes para o equilíbrio ambiental (uso racional dos recursos como água e energia e tratamento de resíduos) e melhoria dos serviços públicos (educação, saúde, transporte).

## 2.1 O desenvolvimento sustentável dos territórios inteligentes

A maior parte da população concentra-se nas cidades em razão da dinamização das atividades económicas, maior oferta de emprego e inovação. Entretanto, são nas cidades onde mais se verificam problemas ambientais com graves consequências para a qualidade de vida dos seus cidadãos.

No passado, a preocupação das cidades era no investimento nas infraestruturas de diversas escalas, como estradas, serviços essenciais de água, energia e saneamento. Terminado este ciclo, ganhou importância aprofundar o conhecimento dos recursos territoriais existentes e aprender a geri-los de modo mais eficiente e integrado, promovendo a sua adaptação face à crescente exposição das dinâmicas da globalização e às pressões externas e prosseguindo um modelo de desenvolvimento territorial mais sustentável. Assim, surge a necessidade de um território sustentável, ou seja, uma cidade que reforce o modelo de desenvolvimento urbano que promova a eficiência dos seus subsistemas (energia, mobilidade, água e resíduos) e melhore a capacidade de resposta aos riscos e aos impactos, nomeadamente os relacionados com as alterações climáticas<sup>7</sup>. A tecnologia tem mudado o mundo, o mercado e até a forma de

---

Promoção da educação cívica e da cultura social responsável;  
Promoção da preservação do património cultural e histórico;  
Responsabilidade pelo combate à pobreza.  
Desenvolvimento ambiental sustentável  
Cuidados com a qualidade do ar;  
Limpeza e responsabilidade pelos resíduos;  
Cuidado com a imagem circundante;  
Cuidado e responsabilidade pelos recursos naturais;  
Sistema eficaz de gestão de terras;  
Cuidado e responsabilidade pela água;  
Cuidados e responsabilidade pelo solo;  
Promoção da educação ambiental;

<sup>6</sup> COMISSÃO EUROPEIA. Disponível em: <http://ec.europa.eu/eip/smartcities/>.

<sup>7</sup> GOVERNO PORTUGUÊS, *Resolução do Conselho de Ministros n. 61/2015 de 11 de agosto*. Disponível em: <https://dre.pt/application/file/69977523>.

gestão das empresas e das cidades, o que impacta, conseqüentemente, na qualidade de vida das pessoas<sup>8</sup>.

A busca e criação de cidades inteligentes e sustentáveis estão no topo da agenda pública sobre planejamento e governança urbana, sendo certo que o planejamento sustentável das cidades é importante para atrair investimentos e impulsionar o desenvolvimento econômico e social das comunidades.

O 7.º Programa Geral de Ação da União para 2020 em matéria de ambiente, que orientará a política ambiental europeia até 2020 (Decisão n. 1386/2013/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de novembro de 2013<sup>9</sup>), tem como 8º objetivo ajudar as cidades a tornarem-se mais sustentáveis. Segundo dados da Comissão Europeia<sup>10</sup>, a Europa é densamente povoada e até 2020 oitenta por cento dos seus cidadãos viverão, provavelmente, numa cidade, ou próximos de uma. Sendo assim, as cidades, grande parte das vezes, partilham um conjunto comum de problemas, como baixa qualidade do ar, níveis elevados de ruído, emissões de gases com efeito de estufa, escassez de água e resíduos e, por esta razão, o plano europeu citado apoia e promove a inovação e a partilha das melhores práticas nas cidades com o objetivo de assegurar que até 2020, a maioria das cidades da União Europeia estão a aplicar políticas para o planeamento e projeto urbano sustentáveis.

As cidades podem ser definidas como ecossistemas complexos onde diferentes atores, com interesses diversos, são obrigados a colaborar para garantir um ambiente sustentável e uma qualidade de vida adequada<sup>11</sup>. Deste modo, uma cidade inteligente sustentável pode ser considerada como uma cidade que usa tecnologias da informação e comunicação para aumentar a qualidade de vida dos seus habitantes, contribuindo para um desenvolvimento sustentável.

A urbanização, em si, cria um ecossistema urbano com características que alteram o equilíbrio ambiental, tais como: a alta densidade demográfica; uma relação desproporcional entre ambiente constituído e ambiente natural com significativa alteração da diversidade biológica nativa; importação de energia para manter o funcionamento do sistema; um elevado número de resíduos; poluição do ar, entre outras<sup>12</sup>. A ONU<sup>13</sup> já alertou para este problema, tanto que incluiu como metas dos ODS 11 (cidades e comunidades sustentáveis) temas intrinsecamente relacionados à urbanização, como

<sup>8</sup> MACENA, J. P., "Municípios 4.0 aborda tecnologias que proporcionam melhorias em serviços públicos", *Agência Sebrae de Notícias*, Alagoas, 2019. Disponível em: <http://www.al.agenciasebrae.com.br/sites/asn/uf/AL/municipios-40-aborda-tecnologias-que-proporcionam-melhorias-em-servicos-publicos,71a2d13eb23fc610VgnVCM1000004c00210aRCRD>.

<sup>9</sup> Decisão n. 1386/2013/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de novembro de 2013 sobre um programa geral de ação ambiental da União para 2020 "Viver bem, dentro dos limites do nosso planeta". Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32013D1386>.

<sup>10</sup> COMISSÃO EUROPEIA, *7º Programa de ação para o Ambiente da União Europeia para 2020 em matéria de ambiente: "Viver bem, dentro dos limites do nosso planeta"*. Disponível em: <https://ec.europa.eu/environment/pubs/pdf/factsheets/7eap/pt.pdf>.

<sup>11</sup> CAPDEVILA, J. e ZARLENGA, M.I., "Smart city or smart citizens? The Barcelona case", *Journal of Strategy and Management*, n. 8(3), 2015, pp. 266-282. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/277180909\\_Smart\\_City\\_or\\_smart\\_citizens\\_The\\_Barcelona\\_case](https://www.researchgate.net/publication/277180909_Smart_City_or_smart_citizens_The_Barcelona_case).

<sup>12</sup> PHILIPPI, J.R.A. e MALHEIROS, T.F., "Saneamento e saúde pública: integrando Homem e Ambiente", Alves, A.C. e Philippi, J.R.A. (eds.), *Curso Interdisciplinar de Direito Ambiental*, Manole, São Paulo, 2005, p. 5.

<sup>13</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Disponível em: <http://www.agenda2030.org.br/ods/11/>.

a gestão de resíduos sólidos e saneamento de modo a reduzir o impacto ambiental. Neste sentido, surge a preocupação governamental de reduzir os aglomerados urbanos na intenção de minimizar os impactos negativos desta grande urbanização, como é o caso do Plano Nacional de Territórios Inteligentes, do governo espanhol.

Constituir-se uma cidade sustentável inteligente requer ultrapassar alguns desafios, uma vez que os impactos negativos da urbanização e o consumismo desenfreado está a sobrecarregar os recursos naturais finitos disponíveis.

Os governos dos municípios são agentes indispensáveis para a implementação de decisões e acordos ambientais internacionais, tendo em vista que a implementação de tais acordos frequentemente se dá no âmbito das cidades, e a forma como as cidades são planeadas e governadas influencia, significativamente, a dimensão dos impactos diretos e indiretos sobre o meio ambiente<sup>14</sup>. O Plano Nacional de Territórios Inteligentes estabelece que a prestação de serviços públicos busca resolver ou antecipar problemas, mas isso não significa que a provisão deles implique a resolução do problema. Se a política for mal projetada, o problema não deixará de existir, mesmo que o serviço seja prestado perfeitamente. Neste mesmo diploma, é entendido que não basta avaliar se o serviço é prestado ou se seguiu as regras e procedimentos padrões, uma vez que deve ser verificado se o problema foi mitigado ou se ajudou a melhorar, objetivamente, a qualidade de vida dos cidadãos que se beneficiaram da política ou do serviço público prestado.

A União Europeia, em matéria de ambiente urbano, incentiva as cidades a aplicarem políticas de planeamento e ordenamento urbano sustentáveis. Entre estas políticas, incluem questões de mobilidade urbana, edifícios sustentáveis, eficiência energética e conservação da biodiversidade urbana<sup>15</sup>–

É certo que as zonas urbanas colocam desafios específicos em termos de ambiente e saúde humana, mas também oferecem oportunidades para utilizar os recursos de forma mais eficiente e é neste sentido que a União Europeia incentiva os municípios a tornarem-se mais sustentáveis através de iniciativas como o prémio “Capital Verde da Europa”<sup>16</sup>, o prémio “Folha Verde da Europa”<sup>17</sup> e o instrumento “Cidade Verde”<sup>18</sup>.

<sup>14</sup> PUPPIM DE OLIVEIRA, J.A., “The implementation of climate change related policies at the subnational level: an analysis of three countries”, *Habitat International*, Vol. 33, Ed. 3ª, Julho de 2009, pp. 253-259.

<sup>15</sup> COMISSÃO EUROPEIA, *O reexame da aplicação da política ambiental 2019. Relatório Sobre Portugal*. Disponível em: [https://ec.europa.eu/environment/eir/pdf/report\\_pt\\_pt.pdf](https://ec.europa.eu/environment/eir/pdf/report_pt_pt.pdf), p. 28.

<sup>16</sup> COMISSÃO EUROPEIA, *Capital Verde da Europa*. Disponível em: [https://ec.europa.eu/environment/europeangreencapital/index\\_en.htm](https://ec.europa.eu/environment/europeangreencapital/index_en.htm).

<sup>17</sup> COMISSÃO EUROPEIA, *Prémio Folha Verde da Europa*. Disponível em: <https://ec.europa.eu/environment/europeangreencapital/europeangreenleaf/>.

<sup>18</sup> COMISSÃO EUROPEIA, *Instrumento Cidade Verde*. Disponível em: <https://webgate.ec.europa.eu/greencitytool/home/>.

## 3 Resíduos

### 3.1 Resíduo como recurso

O Parlamento Europeu, em recente ficha temática sobre a União Europeia<sup>19</sup>, lembrou que todos os produtos têm por base recursos naturais, sendo certo que, caso se mantenham os atuais modelos de utilização dos recursos, a degradação ambiental e a diminuição dos recursos naturais continuarão a avançar, tal como a produção de resíduos. A Europa consome grande quantidade de recursos naturais, deixando em risco recursos escassos. A preocupação com a utilização racional dos recursos naturais consistiu numa das preocupações ambientais incipientes constantes da base dos primeiros Tratados europeus e, atualmente, estão sendo impostas estratégias para diminuição de resíduos em aterro e estabelecidas metas de reciclagem e reaproveitamento dos resíduos no intuito de transformar a Europa autossuficiente em termos de recursos. A Comunicação da Comissão Europeia (COM(2015) 614 final)<sup>20</sup> “Fechar o ciclo – plano de ação da União Europeia para a economia circular”, de 2015, veio realçar o empenho e apoio da União Europeia, com o intuito de dinamizar a Economia Circular na Europa. Este pacote prevê propostas legislativas revistas (Proposta sobre os resíduos e um *Plano de Ação para a Economia Circular*) que confere à Comissão Europeia um mandato concreto nesse sentido (produção; consumo; aprovisionamento responsável de matérias-primas primárias; gestão de resíduos; conversão de resíduos em recursos-matérias-primas secundárias; consumidores; inovação e investimento), prevendo melhoria da gestão dos resíduos; aumento da reciclagem e redução da deposição em aterros.

De acordo com a Agência Europeia do Ambiente<sup>21</sup>, a abordagem da Europa para a gestão eficiente de resíduos tinha como intenção, no passado, apenas questões sanitárias para reduzir os danos à saúde humana, entretanto, hoje, a preocupação europeia abrange, também, o tratamento dos resíduos como um recurso importante para mitigar a captação dos materiais finitos da natureza. O Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, em seu artigo 191º, defende que as políticas da Europa no domínio do ambiente contribuirão para a prossecução da utilização prudente e racional dos recursos naturais, e assim a importância do tratamento dos resíduos como recurso foi ganhando destaque, tanto que a Decisão 1386/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, na publicação do 7.º Programa de Ação em Matéria de Ambiente<sup>22</sup>, colocou

<sup>19</sup> PARLAMENTO EUROPEU, *Eficiência em termos de recursos e economia circular*. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/pt/sheet/76/eficiencia-em-termos-de-recursos-e-economia-circular>.

<sup>20</sup> COMISSÃO EUROPEIA, *COM(2015) 614 final*. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=C\\_ELEX:52015DC0614&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=C_ELEX:52015DC0614&from=EN).

<sup>21</sup> AGÊNCIA EUROPEIA DO AMBIENTE, *Waste recycling, 2016*. Disponível em: <https://www.eea.europa.eu/data-and-maps/indicators/waste-recycling-1>.

<sup>22</sup> COMISSÃO EUROPEIA, *7º Programa de ação para o Ambiente da União Europeia para 2020 em matéria de ambiente: “Viver bem, dentro dos limites do nosso planeta”*. Disponível em: <https://ec.europa.eu/environment/pubs/pdf/factsheets/7eap/pt.pdf>.

como segundo objetivo temático prioritário “tornar a União uma economia hipocarbónica, eficiente na utilização dos recursos, verde e competitiva”. A legislação tem avançado neste sentido, tanto que a nova Diretiva 2018/851 do Parlamento Europeu e do Conselho (que altera a Diretiva 2008/98, relativa aos resíduos), nas considerações iniciais, assim descreve: “A gestão de resíduos na União deverá ser melhorada e transformada em gestão sustentável dos materiais, a fim de proteger, preservar e melhorar a qualidade do ambiente, proteger a saúde humana, assegurar uma utilização prudente, eficiente e racional dos recursos naturais”.

O objetivo de transformar resíduos em recursos corresponde ao desenvolvimento e implementação de políticas que auxiliem a transição de uma economia linear para uma economia circular, baseada num modelo de desenvolvimento sustentável que visem assegurar que os resíduos sejam geridos com um recurso e, neste sentido, a Diretiva 2008/98, que orienta a política da Europa em matéria de resíduos, baseia-se na hierarquia de resíduos (artigo 4º), que prioriza a prevenção ou redução de resíduos, seguida pela preparação para a reutilização, reciclagem, outras valorizações e, finalmente, eliminação ou aterro, que é a opção menos desejável. A aplicação da hierarquia supracitada tem como consequência última uma mais eficiente gestão dos resíduos<sup>23</sup>. Neste panorama, cumpre levar em consideração o Roteiro para uma Europa eficiente em termos de recursos (COM(2011) 571), que contém uma seção sobre a transformação de resíduos em recurso e isso se concentra na melhoria da gestão dos resíduos que permitirá utilizar melhor os recursos, desenvolvendo uma combinação de políticas que ajudam a criar uma economia de reciclagem completa.

## 3.2 Gestão eficiente de resíduos

### 3.2.1 Questões políticas e legais

As cidades são núcleos de atração materiais, humanos e financeiros, mas também de produção de emissões e de resíduos. O PNUMA (Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente)<sup>24</sup> que maioria da população mundial vive em cidades, que concentram 75% do consumo de recursos naturais e 50% da produção de resíduos a nível global, sendo responsáveis por 60 a 80% das emissões dos gases de efeito estufa. Entretanto, como referido anteriormente, as políticas de racionalização na utilização de recursos naturais têm, nas cidades, um grande potencial de sucesso quando há uma recolha e tratamento dos resíduos, de modo a determinar diversos ganhos na intensidade de uso dos recursos naturais<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> DEPARTMENT FOR ENVIRONMENT, FOOD & RURAL AFFAIRS, *Guidance on applying the Waste Hierarchy*. Disponível em: [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/69403/pb13530-waste-hierarchy-guidance.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/69403/pb13530-waste-hierarchy-guidance.pdf).

<sup>24</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (BRASIL). Disponível em: <https://nacoesunidas.org/ate-2050-serao-necessarios-tres-planetas-para-suprir-necessidades-da-populacao-mundial-alerta-onu/>.

<sup>25</sup> DIREÇÃO GERAL DO TERRITÓRIO, *Cidades Sustentáveis 2020*, DGT, Lisboa, 2015, p. 89. Disponível em: [http://www.dgterritorio.pt/ordenamento\\_e\\_cidades/cidades/cidades\\_sustentaveis\\_2020/](http://www.dgterritorio.pt/ordenamento_e_cidades/cidades/cidades_sustentaveis_2020/).



Uma verdadeira agenda de desenvolvimento sustentável de um governo inteligente deve, necessariamente, incluir gerenciamento adequado de resíduos. Para isso, é importante esclarecer as características e tendências globais da região e, portanto, as razões pelas quais essa gestão se torna uma prioridade política e quais são os riscos inerentes à inação. Esse processo deve ser marcado por uma mudança de paradigmas na qual o gerenciamento de resíduos é um participante importante na transição de uma economia linear para uma circular e para o cumprimento dos os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável que foram estabelecidos na Agenda 2030, mais especificamente os objetivos 11 e 12.

A Diretiva-Quadro Resíduos (2008/98 CE) foi recentemente alterada por quatro diretivas que determinam novas regras para aumentar os níveis de reciclagem dos resíduos e reduzir a deposição em aterros. As novas regras estão integradas no pacote relativo à Economia Circular<sup>26</sup>, publicado em 2015, e estipulam, em primeiro lugar, que a reciclagem de resíduos urbanos terá de aumentar dos atuais 44% para: 55% até 2025; 60% até 2030 e 65% até 2035.

Neste seguimento, em maio de 2016, os Ministros dos Estados Membros da União Europeia responsáveis pelo Desenvolvimento Urbano reuniram-se em Amsterdão para adotar a Agenda Urbana para a União Europeia, designada “Pacto de Amsterdão”, onde, entre os 12 temas prioritários, destaca-se a Economia Circular, de modo a promover a renovação e a reciclagem dos materiais e dos produtos por meio de políticas urbanas na área de gestão de resíduos.

A política europeia prioriza a problemática dos resíduos urbanos, pois a sua importância ambiental pode potenciar uma gestão mais eficiente dos recursos naturais, reduzindo os impactos ambientais associados à sua utilização. Além disso, os desafios que se colocam na gestão dos resíduos sólidos urbanos<sup>27</sup> são de nível diferenciado em relação aos demais tipos de resíduos em decorrência dos quantitativos produzidos e da dispersão territorial existente.

É relevante considerar que uma melhor aplicação da legislação existente já traria imensos benefícios para uma gestão eficiente de resíduos. Um estudo elaborado pela Comissão Europeia<sup>28</sup>, em 2012, previu que a aplicação total da legislação da União Europeia relativa aos resíduos resultaria em poupanças de 72 mil milhões de euros por ano, aumentaria o volume de negócios anual do setor de reciclagem e de gestão de resíduos da Europa em 4,2 mil milhões de euros e criaria mais de 400000 novos empregos até 2020. Se aplicada de forma correta, a legislação ambiental Europeia cria condições equitativas e oportunidades no mercado único para investimentos

<sup>26</sup> COMISSÃO EUROPEIA, *COM(2015) 614 final*, plano de ação da UE para a economia circular.

<sup>27</sup> De acordo com a Diretiva 2018/851 do PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, os resíduos urbanos são definidos como resíduos das habitações e resíduos de outras origens, tais como comércio de retalho, administração, educação, serviços de saúde, hotelaria e serviços de alimentação, e outros serviços e atividades, que sejam semelhantes em termos de natureza e composição aos resíduos das habitações. Por conseguinte, os resíduos urbanos incluem, nomeadamente, os resíduos da manutenção de parques e jardins, tais como folhas, relva e resíduos da poda de árvores, e os resíduos resultantes dos serviços de limpeza de mercados e ruas, tais como o conteúdo dos contentores de lixo e os resíduos provenientes da varredura das ruas, exceto materiais como areia, pedra, lama ou pó.

<sup>28</sup> COMISSÃO EUROPEIA, *7º Programa de ação para o Ambiente da União Europeia para 2020 em matéria de ambiente: “Viver bem, dentro dos limites do nosso planeta”*. Disponível em: <https://ec.europa.eu/environment/pubs/pdf/factsheets/7eap/pt.pdf>.

sustentáveis, para além dos benefícios ambientais. A Ciência Jurídica e o Direito é importante para conceber soluções institucionais para as questões urbanas que dialoguem com as novas tecnologias. Entretanto não basta haver normas gerais como as diretivas europeias sobre resíduos e políticas de metas a serem atingidas sem um instrumento de regulação direta de comando e controle, que tem por base normas legais que respondem à fórmula de coerção-sanção legal. Sua importância é fundamental em questões ambientais, pois é a principal forma de intervenção do Estado no controle da execução de certos comportamentos ou o cumprimento de obrigações, sendo certo que a governança na gestão de resíduos encontra um de seus principais pilares nos sistemas legais e nas regras que os geradores e gestores de resíduos devem cumprir, bem como multas aplicáveis a casos de não conformidade (consubstanciando a aplicação do princípio do poluidor-pagador).

Nos serviços públicos, que é o elemento prioritário de uma cidade inteligente, o gerenciamento inteligente de resíduos é um fator chave importante para o desenvolvimento de melhora da qualidade de vida dos cidadãos, porém ainda é um desafio a ser superado para as cidades e comunidades que pretendem ser sustentáveis e inclusivas para todos<sup>29</sup>. A gestão de resíduos na cidade precisa, necessariamente, de um planejamento, que nada mais é do que a aplicação do princípio da prevenção, princípio chave da lei ambiental que obriga a agir diligentemente sobre as causas e as fontes de problemas ambientais, tentando evitar impactos negativos no meio ambiente. O planejamento requer análise prévia de causas que poderiam levar a cenários indesejados e identificar os aspectos que precisam ser levados em consideração para a concretização dos objetivos definidos. Na gestão de resíduos sólidos urbanos, os governos das cidades inteligentes planejam de acordo com as mudanças tecnológicas, com as mudanças e consciência de hábitos e consumo dos cidadãos, e requer o funcionamento de um sistema inspirado na economia de recursos naturais e de baixo carbono. Neste planejamento, é importante ter conhecimento do tipo de resíduo gerado, as quantidades geradas e sua distribuição geográfica, o leque de atores vinculados à gestão, as tecnologias disponíveis, etc.<sup>30</sup>.

### 3.2.2 A tecnologia como facilitadora do serviço público de gestão de resíduos urbanos

A gestão de resíduos sólidos urbanos<sup>31</sup> é um serviço público que quase todo governo da cidade fornece a seus moradores. Embora os níveis de serviço, os impactos e os custos ambientais variem dramaticamente, o gerenciamento de resíduos sólidos é sem dúvida o serviço municipal mais importante e serve como pré-requisito para outras

<sup>29</sup> KAZA, S., YAO, L.C., BHADA-TATA, P. e VAN WOERDEN, F., "What a Waste 2.0: A Global Snapshot of Solid Waste Management to 2050", *Urban Development*, Banco Mundial, Washington D.C., 2018. Disponível em: <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/30317>.

<sup>30</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, *Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente: Perspectiva de la Gestión de Residuos en América Latina y el Caribe*, 2018, p. 127. Disponível em: [https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/26448/Residuos\\_LAC\\_ES.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/26448/Residuos_LAC_ES.pdf?sequence=1&isAllowed=y).

<sup>31</sup> Os resíduos urbanos são constituídos pelos resíduos recolhidos pelas autoridades municipais ou em seu nome, ou diretamente pelo setor privado (empresas ou instituições privadas sem fins lucrativos) não em nome dos municípios.

ações municipais. Em verdade, uma cidade que não consegue gerenciar, efetivamente, seus resíduos, raramente está hábil para gerenciar serviços mais complexos, como saúde, educação ou transporte<sup>32</sup>. Em poucas palavras, podemos considerar que a gestão de resíduos sólidos urbanos é um conjunto de estratégias institucionais, legais e financeiras capaz de orientar a organização do setor<sup>33</sup>.

A Diretiva 2018/851 estabelece que a responsabilidade geral pela recolha dos resíduos urbanos é dos municípios (apesar de ser permitido um sistema de gestão de resíduos em que esses serviços são contratados a operadores privados, ou qualquer outro tipo de repartição de responsabilidades entre intervenientes públicos e privados). Ora, a responsabilidade pela execução de sistemas de gerenciamento de resíduos sólidos, na maioria das vezes, recai sobre os governos municipais, que precisam estabelecer regras e regulamentos locais para este fim. Os regulamentos locais cobrem aspectos específicos da gestão de resíduos, incluindo separação de fontes, taxas domésticas e comerciais, locais de descarte, a agências responsáveis pela implementação de operações de resíduos e iniciativas, entre outras<sup>34</sup>. É papel da administração pública dos municípios promover o saneamento e limpeza pública da sua cidade, que inclui a gestão de resíduos sólidos urbanos, tendo como base o ordenamento territorial e o uso do solo, pois todo o resíduo coletado deve ter destino adequado e não pode ser depositado de forma irregular<sup>35</sup>.

Os gestores municipais de resíduos sólidos são responsáveis pela tarefa de remover o “lixo” produzido, mas deve fazê-lo da maneira mais econômica, social e ambientalmente adequada possível, entretanto, é de extrema importância entender que resíduo não é lixo. Sem a intensão de esgotar todos os conteúdos relativos ao tema, resíduos sólidos urbanos são restos de alimentos, embalagens descartadas, objetos inservíveis, etc., que, quando separados por tipos de materiais, são reaproveitados na cadeia de reuso ou reciclagem, não cabendo, a denominação de lixo (que o que não pode ser mais reaproveitado) para aquilo que sobra no processo de produção ou de consumo. A clareza na compreensão desta diferenciação é o que permite avançar na construção de um novo paradigma que supere, inclusive o conceito de limpeza urbana.<sup>36</sup>

Impende destacar que o problema dos resíduos não diz respeito à coleta e ao local de deposição, pois, atualmente, os esforços centram-se no desvio de resíduos urbanos de aterros, a reciclagem e a valorização dos materiais coletados. Quando se trata de entender a importância desta gestão, devemos ter em mente que o gerenciamento de

<sup>32</sup> HOORNWEG, D. e BHADA-TATA, P., “*Que desperdício: uma revisão global da gestão de resíduos sólidos*”, *Série de desenvolvimento urbano*, n. 15, Washington D.C., Banco Mundial, 2012. Disponível em: <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/17388>.

<sup>33</sup> LIMA, J.D., *Gestão de resíduos sólidos urbanos no Brasil*, ABES, Rio de Janeiro, 2001, p. 267.

<sup>34</sup> KAZA, S., YAO, L.C., BHADA-TATA, P. e VAN WOERDEN, F., “*What a Waste 2.0: A Global Snapshot of Solid Waste Management to 2050*”, cit., p. 91.

<sup>35</sup> O resíduo urbano depositado de forma irregular provoca efeitos negativos nas cidades, tais como assoreamento de rios e córregos, entupimento de vias de escoamento de águas pluviais e consequente inundações em época de chuvas, destruição de áreas verdes, mau cheiro, proliferação de insetos e animais vetores de doenças. REZENDE, D.A. e CASTOR, B.V.J., *Planejamento estratégico municipal: empreendedorismo participativo nas cidades, prefeituras e organizações públicas*, Ed. 2ª, Brasport, Rio de Janeiro, 2006.

<sup>36</sup> GRIMBERG, E., *A Política Nacional de Resíduos Sólidos: a responsabilidade das empresas e a inclusão social*, Instituto Pólis, São Paulo, 2004.

resíduos urbanos é composto de diferentes estágios, da coleta e transporte ao tratamento. A coleta é o fator chave para alcançar uma gestão tão eficiente dos resíduos urbanos por duas razões: seus custos e seu componente logístico. A recolha de Resíduos Sólidos Urbanos é uma atividade complexa e, em termos econômicos, geralmente é o que mais recursos consomem nos sistemas de limpeza urbana das cidades<sup>37</sup>.

Mais uma vez impende trazer a comento a Diretiva 2018/851, que veio alterar a Diretiva 2008/98 (Diretiva Quadro de Resíduos) em diversas matérias relativas a resíduos, incluindo alterações em matéria de obrigação de recolha seletiva de resíduos urbanos nas frações “material” e biorresíduos. Antes, enquanto meio para assegurar a valorização de resíduos, a recolha seletiva de resíduos era uma recomendação, mas com a atual alteração, a recolha seletiva passou a ser uma obrigação. Contudo, foram previstos alguns cenários, de natureza técnica, ambiental e económica, em que é admissível que se concedam derrogações à obrigação de recolha seletiva.

Os resíduos sólidos urbanos coletados podem ser separados ou misturados, dependendo dos regulamentos locais. Enquanto a maioria dos resíduos reciclados é coletada separadamente, outra parte vem da extração de materiais recicláveis de resíduos municipais misturados em plantas de pré-tratamento. Isso geralmente resulta em materiais reciclados de menor qualidade e pode aumentar o risco de contaminação dos ciclos dos materiais e do meio ambiente<sup>38</sup>. A separação dos resíduos na fonte pode adicionar custos ao processo de coleta do lixo, mas, por outro lado, há ganhos ambientais e cumprimentos das metas e da legislação europeia para o setor dos resíduos no que tange à reciclagem e deposição em aterros.

Mas como chegar às metas de sustentabilidade no setor dos resíduos? É aí que entram as tecnologias utilizadas pelas cidades inteligentes para tratamento e reciclagem dos resíduos urbanos. A tecnologia ajuda a ter uma visão sistêmica do processo, desde a prevenção durante a fase de geração, até o reaproveitamento, passando pela coleta, transporte, tratamento mais adequado a cada tipo de resíduo. Entre as soluções mais comumente empregadas estão reservatórios subterrâneos com sensores que avisam quando estão chegando ao limite para que os resíduos ali depositados sejam removidos, a recolha seletiva, reciclagem e a transformação dos resíduos orgânicos e do metano em energia (gás)<sup>39</sup>.

Um exemplo de sucesso do uso da tecnologia para gestão de resíduos urbanos é a cidade de Santander. Em Santander, a recolha seletiva dos resíduos sólidos é automatizada. Os contentores públicos informam quando estão cheios, evitando a recolha quando ainda é desnecessária. O projeto, desenvolvido em parceria com a Universidade de Cantábria, envolve a implantação de uma solução de tecnologia que inclui sensores de volume, umidade, odor e emissão de gases, entre outros, presentes nos contentores,

<sup>37</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, *Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente: Perspectiva de la Gestión de Residuos en América Latina y el Caribe*, 2018, p. 127. Disponível em: [https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/26448/Residuos\\_LAC\\_ES.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/26448/Residuos_LAC_ES.pdf?sequence=1&isAllowed=y).

<sup>38</sup> AGÊNCIA EUROPEIA DO AMBIENTE, *Recycling of municipal waste*. Disponível em: <https://www.eea.europa.eu/airs/2018/resource-efficiency-and-low-carbon-economy/recycling-of-municipal-waste>.

<sup>39</sup> BOUSKELA, M., CASSEB, M., BASSI, S., DE LUCA, C. e FACCHINA, M., *Caminho para as smart cities: Da gestão tradicional para a cidade inteligente*, Banco Interamericano de Desenvolvimento, Washington D.C., 2016, p. 93.

aplicações móveis para auxiliar o trabalho de recolha e manutenção, sendo certo que o conjunto dessas infraestruturas permite a análise em tempo real dos dados coletados e é, hoje, a principal ferramenta para tomada de decisão das empresas de gestão de resíduos sólidos urbanos. Cumpre destacar que a iniciativa tecnológica conta também com a participação ativa dos cidadãos, que através de uma aplicação no telemóvel, podem identificar áreas que precisam de atendimento e limpeza e enviar alertas aos responsáveis pela gestão dos resíduos urbanos. Este modelo automatizado de gestão de resíduos confere benefícios ambientais à cidade, pois reduz a emissão de gás carbônico a partir da economia de combustível obtida com a otimização das rotas de recolha, reduz os gastos de hora de trabalho (capital humano), motiva os cidadãos para separação dos resíduos com o fim de reciclagem e a previne doenças provocadas por vetores ao evitar a saturação dos contentores.

## 4 Conclusão

Os territórios inteligentes promovem qualidade de vida para os cidadãos que lá vivem por meio de melhorias nos serviços públicos e implementação de tecnologias. Uma cidade inteligente também constitui ser sustentável quando reduz a produção de resíduos, o consumo de recursos, promove uma utilização mais sustentável da água, reduz a poluição do ar e da água e melhora a mobilidade urbana.

A União Europeia é dependente de recursos materiais para quase todas as suas atividades, mas a extração destes recursos tem impactos significativos no ambiente, bem como na economia, torna-se cada vez mais essencial reutilizar esses materiais e mantê-los por períodos mais longos, de modo a reduzir a necessidade de usar materiais virgens. Os territórios inteligentes devem incrementar a eficiência do metabolismo urbano, assumindo a prioridade de redução e valorização do resíduo como um recurso, ampliando o quadro de soluções de reutilização, reciclagem e valorização dos resíduos urbanos.

A Agência Europeia do Ambiente, no Relatório sobre Recursos e Gestão de Resíduos<sup>40</sup>, publicado em 28/10/2019, revela que está a haver uma evolução na Europa no sentido de melhorar uma já ambiciosa política de resíduos, entretanto União Europeia continua a perder oportunidades para reutilizar recursos valiosos que estão a perder-se através de práticas ineficientes de gestão de resíduos.

Para tornar os resíduos em recurso, os governos dos territórios inteligentes precisam aplicar integralmente a legislação da União Europeia em matéria de resíduos, o que inclui a hierarquia dos resíduos, a necessidade de uma recolha seletiva de resíduos, o cumprimento dos objetivos de eliminar gradualmente a deposição em aterro de resíduos recicláveis ou recuperáveis. Cumpre, entretanto, às cidades, introduzir novos instrumentos políticos, nomeadamente instrumentos financeiros, para promover a prevenção e tornar a reciclagem economicamente mais atrativas, melhorar e alargar

<sup>40</sup> AGÊNCIA EUROPEIA DO AMBIENTE, *Resource efficiency and waste "Waste management": Reducing loss of resources from waste management is key to strengthening the circular economy in Europe*. Disponível em: <https://www.eea.europa.eu/publications/reducing-loss-of-resources-from>.

a recolha seletiva de resíduos, implementar sistemas de pagamento em função da produção de resíduos (como o sistema PAYT – pay as you throw), bem como serviços de recolha porta a porta<sup>41</sup>.

Neste contexto, as políticas e os sistemas de gestão de resíduos devem implementar estratégias públicas apropriadas, com marcos regulatórios, utilização de tecnologias disponíveis e formas de educação e comunicação que contribuam para a sustentabilidade.

## Bibliografia

- AGÊNCIA EUROPEIA DO AMBIENTE, *Resource efficiency and waste “Waste management”*. *Reducing loss of resources from waste management is key to strengthening the circular economy in Europe*. Disponível em: <https://www.eea.europa.eu/publications/reducing-loss-of-resources-from>.
- AGÊNCIA EUROPEIA DO AMBIENTE, *Waste recycling, 2016*. Disponível em: <https://www.eea.europa.eu/data-and-maps/indicators/waste-recycling-1>.
- AGÊNCIA EUROPEIA DO AMBIENTE, *Recycling of municipal waste*. Disponível em: <https://www.eea.europa.eu/airs/2018/resource-efficiency-and-low-carbon-economy/recycling-of-municipal-waste>.
- BOUSKELA, M., CASSEB, M., BASSI, S., DE LUCA, C. e FACCHINA, M., *Caminho para as smart cities: Da gestão tradicional para a cidade inteligente*, Banco Interamericano de Desenvolvimento, Washington D.C., 2016.
- CAPDEVILA, J. e ZARLENGA, M.I., “Smart city or smart citizens? The Barcelona case”, *Journal of Strategy and Management*, n. 8(3), 2015. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/277180909\\_Smart\\_City\\_or\\_smart\\_citizens\\_The\\_Barcelona\\_case](https://www.researchgate.net/publication/277180909_Smart_City_or_smart_citizens_The_Barcelona_case) ([Consultado em outubro de 2019](#)).
- COMISSÃO EUROPEIA, *7º Programa de ação para o Ambiente da União Europeia para 2020 em matéria de ambiente: “Viver bem, dentro dos limites do nosso planeta”*. Disponível em: <https://ec.europa.eu/environment/pubs/pdf/factsheets/7eap/pt.pdf>.
- COMISSÃO EUROPEIA. Disponível em: <http://ec.europa.eu/eip/smartcities/> ([Consultado em outubro de 2019](#)).
- COMISSÃO EUROPEIA, *O reexame da aplicação da política ambiental 2019. Relatório sobre Portugal*. Disponível em: [https://ec.europa.eu/environment/eir/pdf/report\\_pt\\_pt.pdf](https://ec.europa.eu/environment/eir/pdf/report_pt_pt.pdf).
- COMISSÃO EUROPEIA, *Capital Verde da Europa*. Disponível em: [https://ec.europa.eu/environment/europeangreencapital/index\\_en.htm](https://ec.europa.eu/environment/europeangreencapital/index_en.htm).
- COMISSÃO EUROPEIA, *Prémio Folha Verde da Europa*. Disponível em: <https://ec.europa.eu/environment/europeangreencapital/europeangreenleaf/>.
- COMISSÃO EUROPEIA, *Instrumento Cidade Verde*. Disponível em: <https://webgate.ec.europa.eu/greencitytool/home/>.

---

<sup>41</sup> COMISSÃO EUROPEIA, *O reexame da aplicação da política ambiental 2019. Relatório sobre Portugal*, p. 10. Disponível em: [https://ec.europa.eu/environment/eir/pdf/report\\_pt\\_pt.pdf](https://ec.europa.eu/environment/eir/pdf/report_pt_pt.pdf).



- COMISSÃO EUROPEIA, *COM(2015) 614 final*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52015DC0614&from=EN>.
- COMISSÃO EUROPEIA, *O reexame da aplicação da política ambiental 2019. Relatório Sobre Portugal*. Disponível em: [https://ec.europa.eu/environment/eir/pdf/report\\_pt\\_pt.pdf](https://ec.europa.eu/environment/eir/pdf/report_pt_pt.pdf).
- DEPARTMENT FOR ENVIRONMENT, FOOD & RURAL AFFAIRS, *Guidance on applying the Waste Hierarchy*. Disponível em: [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/69403/pb13530-waste-hierarchy-guidance.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/69403/pb13530-waste-hierarchy-guidance.pdf).
- DIREÇÃO GERAL DO TERRITÓRIO, *Cidades Sustentáveis 2020*, DGT, Lisboa, 2015. Disponível em: [http://www.dgterritorio.pt/ordenamento\\_e\\_cidades/cidades/cidades\\_sustentaveis\\_2020/](http://www.dgterritorio.pt/ordenamento_e_cidades/cidades/cidades_sustentaveis_2020/).
- GRIMBERG, E., *A Política Nacional de Resíduos Sólidos: a responsabilidade das empresas e a inclusão social*, Instituto Pólis, São Paulo, 2004.
- GOVERNO PORTUGUÊS, *Resolução do Conselho de Ministros n. 61/2015 de 11 de agosto*. Disponível em: <https://dre.pt/application/file/69977523>.
- HOORNWEG, D. e BHADA-TATA, P., “*Que desperdício: uma revisão global da gestão de resíduos sólidos*”, *Série de desenvolvimento urbano*, n. 15, Washington D.C., Banco Mundial, 2012. Disponível em: <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/17388>.
- KAZA, S., YAO, L.C., BHADA-TATA, P. e VAN WOERDEN, F., “*What a Waste 2.0: A Global Snapshot of Solid Waste Management to 2050*”, *Urban Development*, Banco Mundial, Washington D.C., 2018. Disponível em: <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/30317>.
- LIMA, J.D., *Gestão de resíduos sólidos urbanos no Brasil*, ABES, Rio de Janeiro, 2001.
- MACENA, J.P., “*Municípios 4.0 aborda tecnologias que proporcionam melhorias em serviços públicos*”, *Agência Sebrae de Notícias*, Alagoas, 2019. Disponível em: [http://www.al.agenciasebrae.com.br/sites/asn/uf/AL/municipios-40-aborda-tecnologias-que-proporcionam-melhorias-em-servicos-publicos,71a2d13eb23fc610VgnVCM1000004c00210aRCRD\\_\(Consultado em outubro de 2019\)](http://www.al.agenciasebrae.com.br/sites/asn/uf/AL/municipios-40-aborda-tecnologias-que-proporcionam-melhorias-em-servicos-publicos,71a2d13eb23fc610VgnVCM1000004c00210aRCRD_(Consultado_em_outubro_de_2019)).
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, *Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente: Perspectiva de la Gestión de Residuos en América Latina y el Caribe*, 2018. Disponível em: [https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/26448/Residuos\\_LAC\\_ES.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/26448/Residuos_LAC_ES.pdf?sequence=1&isAllowed=y).
- PARLAMENTO EUROPEU, *Eficiência em termos de recursos e economia circular*. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/pt/sheet/76/eficiencia-em-termos-de-recursos-e-economia-circular>.
- PHILIPPI, J.R.A. e MALHEIROS, T.F., “*Saneamento e saúde pública: integrando Homem e Ambiente*”, Alves, A.C. e Philippi, J.R.A. (eds.), *Curso Interdisciplinar de Direito Ambiental*, Manole, São Paulo, 2005.

Regap



COMENTÁRIOS E CRÔNICAS



PUPPIM DE OLIVEIRA, J.A., “The implementation of climate change related policies at the subnational level: an analysis of three countries”, *Habitat International*, Vol. 33, Ed. 3ª, Julho de 2009.

REVISTA SMART CITIES. Disponível em: <http://smart-cities.pt/revista-smart-cities/>.  
(Consultado em outubro de 2019).

REZENDE, D.A. e CASTOR, B.V.J., *Planejamento estratégico municipal: empreendedorismo participativo nas cidades, prefeituras e organizações públicas*, Ed. 2ª, Brasport, Rio de Janeiro, 2006.

UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME (UNEP) e UNITED NATIONS INSTITUTE FOR TRAINING AND RESEARCH (UNITAR), *Study Guidelines for National Waste Management Strategies: Moving from Challenges to Opportunities*. Disponível em: [http://cwm.unitar.org/national-profiles/publications/cw/wm/UNEP\\_UNITAR\\_NWMS\\_English.pdf](http://cwm.unitar.org/national-profiles/publications/cw/wm/UNEP_UNITAR_NWMS_English.pdf) (Consultado em outubro de 2019).

## Protección de datos e elaboración de perfís: o novo artigo 58 bis da Lei orgánica 5/1985, do 19 de xuño, do réxime electoral xeral

Protección de datos y elaboración de perfiles: el nuevo artículo 58 bis de la Ley orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general

Data protection and profiling: the new article 58 bis of the Organic Law 5/1985 of 19 June, on the General Electoral System

58 Regap

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

ANDONI POLO ROCA

Alumno de posgrao da Universidade do País Vasco (UPV/EHU)  
andpoloro@gmail.com

Recibido: 22/10/2019 | Aceptado: 19/12/2019

DOI: <https://doi.org/10.36402/10.36402/regap.v1i58.46>

**Resumo:** A nova Lei orgánica 3/2018, do 5 de decembro, de protección de datos persoais e garantía dos dereitos dixitais, modificou a Lei orgánica 5/1985, do 19 de xuño, do réxime electoral xeral e introduciu un novo artigo: o artigo 58 bis, sobre a utilización de medios tecnolóxicos e datos persoais nas actividades electorais. Este novo precepto podería posibilitar a elaboración de perfís ideolóxicos da cidadanía a partir dos seus datos persoais, con fins electorais, que lles permitiría aos partidos políticos facer propaganda electoral personalizada. Un precepto que podería non ser acorde coa normativa comunitaria de protección de datos, especialmente co Regulamento xeral de protección de datos da Unión de 2016, ou co establecido polo TEDH, TXUE ou TC, e cuxa constitucionalidade foi resolta pola Sentenza 76/2019, do 22 de maio.

**Palabras clave:** Protección de datos, elaboración de perfís, RXPd, LOREX, TXUE, TC.

**Resumen:** La nueva Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, modificó la Ley orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general e introdujo un nuevo artículo: el artículo 58 bis, sobre la utilización de medios tecnológicos y datos personales en las actividades electorales. Este nuevo precepto podría posibilitar la elaboración de perfiles ideológicos de la ciudadanía a partir de sus datos personales, con fines electorales, que permitiría a los partidos políticos hacer propaganda electoral personalizada. Un precepto que podría no ser acorde con la normativa comunitaria de protección de datos, especialmente con el Reglamento general de protección de datos de la Unión de 2016, o con lo establecido por el TEDH, TJUE o TC, y cuya constitucionalidad fue resuelta por la Sentencia 76/2019, de 22 de mayo.

**Palabras clave:** Protección de datos, elaboración de perfiles, RGPD, LOREG, TJUE, TC.

**Abstract:** The new Organic Law 3/2018, of December 5, on the Protection of Personal Data and Guarantee of Digital Rights has amended the Organic Law 5/1985 of 19 June, on the General Electoral System and has introduced a new article: Article 58 bis, on the use of technological means and personal data in electoral sphere. This new precept could enable the elaboration of ideological profiles of the citizenry from their personal data, for electoral purposes, which would allow the political parties to make personalized electoral propaganda. A provision that may not be in accordance with the European Union data protection regulations, especially with the EU General Data Protection Regulation of 2016, or with the case law of the ECHR, CJEU or Constitutional Court of Spain, and whose constitutionality was resolved by judgment 76/2019, from May 22.

**Key words:** Data protection, profiling, GDPR, OLGES, CJEU, Constitutional Court of Spain.

**SUMARIO:** 1 Introducción. 2 A protección de datos como dereito fundamental e a doutrina do TC. 3 A elaboración de perfís na LOPDCP de 1999 e a Directiva 95/46/CE de 1995. 4 A elaboración de perfís no RXPDP de 2016. 5 A LOPDGDD de 2018 e o novo artigo 58 bis da LOREX. 5.1 O novo artigo 58 bis da LOREX desde o punto de vista material: “interese público esencial” e “medidas axeitadas e específicas” do RXPDP. 5.2 O novo artigo 58 bis da LOREX desde o punto de vista formal: reserva de lei. 5.3 O novo artigo 58 bis da LOREX: algunhas cuestións sobre o fondo. 6 Sínteses da Sentenza 76/2019, do 22 de maio de 2019, do Tribunal Constitucional. 7 Conclusións.

## 1 Introducción

Os constantes avances tecnolóxicos fixeron que nos decatásemos de que o dereito á protección de datos é extremadamente fráxil fronte ás novas tecnoloxías e que pode ser doadamente vulnerado. Os casos *Facebook* ou *WhatsApp*, ou o caso *Cambridge Analytica* –compañía encargada de elaborar estratexias e útiles de comunicación, baseándose en perfís ideolóxicos de electores elaborados a partir dos seus datos persoais–, foron un aviso desta circunstancia e topáronse cunha lexislación sobre protección de datos anticuada que non foi capaz de prever a situación e non contemplaba recursos e medidas para facerlle fronte a tal vulneración do dereito á protección de datos.

Ante todos estes cambios, a Unión Europea (UE) viuse obrigada en 2016 a elaborar unha nova normativa de protección de datos e aprobou o Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeo e do Consello, do 27 de abril de 2016, relativo á protección das persoas físicas no que respecta ao tratamento de datos persoais e á libre circulación destes datos e polo que se derroga a Directiva 95/46/CE (Regulamento xeral de protección de datos, RXDP)<sup>1</sup> para adaptarse aos novos retos. Ante esa situación, España, cunha lexislación xa anticuada a causa do novo regulamento, aprobou, a finais de 2018, unha nova lei: Lei orgánica 3/2018, do 5 de decembro, de protección de datos persoais e garantía dos dereitos dixitais (LOPDGDD).

A nova lei quixo renovar a lexislación española en materia de protección de datos e garantir, así mesmo, os dereitos dixitais da cidadanía. Pero, ademais, esta nova norma introduciu, dun xeito que pasou case desapercibido, unha modificación da Lei orgánica 5/1985, do 19 de xuño, do réxime electoral xeral (LOREX), relativa á elaboración

<sup>1</sup> *Diario Oficial da Unión Europea* n. 119 do 14 de maio de 2016.

de perfís ideolóxicos da cidadanía con fins electorais que lles permitirá aos partidos facer propaganda electoral personalizada.

Esta modificación que posibilita a elaboración de perfís ideolóxicos, contra a que se interpuxo un recurso de inconstitucionalidade<sup>2</sup> ante Tribunal Constitucional (TC) polo Defensor do Pobo<sup>3</sup> e cuxa constitucionalidade foi resolta, pouco despois, polo TC na Sentenza 76/2019, do 22 de maio de 2019, podería vulnerar non só o dereito á protección de datos, senón outros dereitos fundamentais, como o de liberdade ideolóxica, participación política, etc. Por iso, o obxecto deste traballo é analizar ese precepto que habilita a facer uso de datos persoais da cidadanía (gustos, afeccións, orixe étnica ou racial, conviccións relixiosas ou filosóficas, orientación sexual, afiliación sindical, vida sexual, etc.) para fins electorais non só desde unha posible vulneración do dereito á protección de datos ou da Constitución española (CE) –o que foi resolto polo TC–, senón ademais como posible vulneración do RXP, LOPDGDD ou os criterios marcados polo Tribunal de Xustiza da Unión Europea (TXUE), Tribunal Europeo de Dereitos Humanos (TEDH) ou TC.

## 2 A protección de datos como dereito fundamental e a doutrina do TC

O dereito fundamental á protección de datos atopámolo no artigo 18.4 da CE, dereito que estivo en constante desenvolvemento desde que en 1993 o TC incluíu o termo “liberdade informática” na súa doutrina<sup>4</sup>. En 1998 o tribunal deixou claro que o artigo 18.4 incorpora un novo dereito fundamental dotándoo de plena autonomía respecto do dereito á intimidade<sup>5</sup>, corroborando plenamente a doutrina acerca da autonomía do dereito á protección de datos<sup>6</sup>. Para o ano 2000 o TC acabou de construír a súa doutrina arredor deste dereito fundamental, declarando que este dereito consagra “en si mesmo un dereito ou liberdade fundamental” e que cando falamos de protección de datos nos atopamos fóra da intimidade, xa que o dereito á protección de datos, á parte de protexer datos íntimos, tamén protexe os que non o son, se non soamente quedarían amparados polo dereito á protección de datos aqueles datos de carácter

<sup>2</sup> Recurso de inconstitucionalidade n. 1405-2019, contra o artigo 58 bis 1 da Lei orgánica 5/1985, do 19 de xuño, do réxime electoral xeral, incorporado a esta pola disposición derradeira terceira, punto dous, da Lei orgánica 3/2018, do 5 de decembro, de protección de datos persoais e garantía dos dereitos dixitais (BOE n. 64, do 15 de marzo de 2019, p. 25384). Admitido a trámite a principios de marzo de 2019: TC. Providencia de admisión, 12 de marzo de 2019, n. de asunto 1405-2019. Recurso de inconstitucionalidade promovido polo Defensor do Pobo.

<sup>3</sup> Art. 162.1.a) da CE, art. 32.1 da Lei orgánica 2/1979, do 3 de outubro, do Tribunal Constitucional, e art. 29 da Lei orgánica 3/1981, do 6 de abril, do Defensor do Pobo.

<sup>4</sup> Cfr. STC 254/1993, do 20 de xullo.

<sup>5</sup> SSTC 11/1998, do 13 de xaneiro, FFX 4.º e 5.º; 33/1998, do 11 de febreiro; 35/1998, do 11 de febreiro; 45/1998, do 24 de febreiro; 60/1998, do 16 de febreiro; 77/1998, do 31 de marzo; 94/1998, do 4 de maio; 104/1998, do 18 de maio; 105/1998, do 18 de maio; 106/1998, do 18 de maio; 123/1998, do 15 de xuño; 124/1998, do 15 de xuño; 126/1998, do 15 de xuño; 158/1998, do 13 de xullo; 198/1998, do 13 de outubro; 223/1998, do 24 de novembro; 30/1999, do 8 de marzo; 44/1999, do 22 de marzo, e 45/1999, do 22 de marzo.

<sup>6</sup> LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P.L., *El Derecho a la Autodeterminación Informativa. La Protección de los Datos Personales Frente al Uso de la Informática*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 23, e PÉREZ LUÑO, A.E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 37.

persoal que tivesen unha estreita relación coa intimidade e vida persoal, quedando fóra dese amparo outros que non tivesen esa relación<sup>7</sup>. Este dereito fundamental, ademais, a diferenza do dereito á intimidade, atribúelle ao seu titular un feixe de facultades que consiste na súa maior parte no poder xurídico de impor a terceiros a realización ou omisión de determinados comportamentos cuxa regulación concreta debe establecer a lei<sup>8</sup>.

Na súa xurisprudencia, o TC seguiu falado de “dereito á protección de datos” ou “dereito á protección dos datos de carácter persoal”, como dereito recoñecido no artigo 18.4 da CE<sup>9</sup>, tamén de “liberdade informática”, “como dereito a controlar o uso dos mesmos datos insertos nun programa informático (*habeas data*) e que comprende, entre outros aspectos, a oposición do cidadán a que determinados datos persoais sexan utilizados para fins distintos daquel lexítimo que xustificou a súa obtención”<sup>10</sup>. En palabras do tribunal, “a finalidade deste dereito fundamental é garantirlle á persoa un poder de disposición sobre o uso e destino dos seus datos co propósito de impedir o seu tráfico ilícito e lesivo para a dignidade e dereito do afectado, garantíndolles aos individuos un poder de disposición sobre eses datos”<sup>11</sup>.

A este dereito que recolle o artigo 18.4 da CE, así mesmo, deulle un dobre carácter o TC, segundo o cal este dereito fundamental non só consagra un dereito fundamental autónomo a controlar o fluxo de informacións que concirnen a cada persoa<sup>12</sup>, “senón tamén, como se desprende do seu último inciso («para garantir [...] o pleno exercicio dos seus dereitos»), un dereito instrumental ordenado á protección doutros dereitos fundamentais, isto é, un instituto de garantía dos dereitos á intimidade e á honra e do pleno desfrute dos restantes dereitos dos cidadáns”<sup>13</sup>. Exemplo diso son as xa citadas sentenzas do caso Renfe, entre outras, onde se recoñeceu o carácter instrumental de dereito fundamental recoñecido no artigo 18.4 CE para a garantía de liberdade sindical<sup>14</sup>, ou con respecto á liberdade ideolóxica<sup>15</sup>.

O obxectivo deste dereito é protexer os datos persoais, pero cales serán os que gozarán desa tutela? Segundo o RXPDP, serán datos persoais “toda información sobre unha persoa física identificada ou identificable”<sup>16</sup>, información que será calquera que

<sup>7</sup> STC 292/2000, do 30 de novembro, FX 5.º

<sup>8</sup> STC 292/2000, do 30 de novembro, FX 5.º

<sup>9</sup> STC 96/2012, do 7 de maio, FX 6.º

<sup>10</sup> STC 96/2012, do 7 de maio, FX 6.º

<sup>11</sup> STC 17/2013, do 31 de xaneiro, FX 4.º

<sup>12</sup> SSTC 11/1998, do 13 de xaneiro, FX 5.º; 96/2012, do 7 de maio, FX 6.º, e 151/2014, do 25 de setembro, FX 7.º

<sup>13</sup> STC 76/2019, do 22 de maio de 2019, FX 5.º

<sup>14</sup> SSTC 11/1998, do 13 de xaneiro, FX 5.º; 60/1998, do 16 de marzo, FX 1.º; 124/1998, do 15 de xuño, FX 2.º; e 126/1998, do 15 de xuño, FX 2.º

<sup>15</sup> STC 76/2019, do 22 de maio de 2019, FX 5.º

<sup>16</sup> Art. 4, apartado 1, RXPDP.

sexa numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica<sup>17</sup> ou de calquera outro tipo<sup>18</sup>. En canto ao termo persoa física “identificable”, o regulamento estableceu que esta será “toda persoa cuxa identidade poida determinarse, directa ou indirectamente, en particular mediante un identificador, como por exemplo un nome, un número de identificación, datos de localización, un identificador en liña ou un ou varios elementos propios da identidade física, fisiolóxica, xenética, psíquica, económica, cultural ou social da dita persoa”.

Os datos persoais obxecto de tutela, polo tanto, serán todos aqueles datos sobre unha persoa física identificada ou identificable<sup>19</sup>, é dicir, todos aqueles que identifican ou permitan identificar calquera persoa<sup>20</sup>, datos que, combinados, poden crear un perfil de cada persoa e ser usados con diversos fins: publicitarios, comerciais, electorais, etc. Por este motivo, a elaboración de perfís é un dos temas máis sensibles e relevantes na protección de datos.

### 3 A elaboración de perfís na LOPDCP de 1999 e a Directiva 95/46/CE de 1995

A elaboración de perfís baseada nun tratamento automatizado de datos xa tivo a súa referencia en normativas anteriores sobre protección de datos, en particular en dúas: na Lei orgánica 15/1999, do 13 de decembro, de protección de datos de carácter persoal (LOPDCP), e na directiva que esta traspuxo, a Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeo e do Consello, do 24 de outubro de 1995, relativa á protección das persoas físicas no que respecta ao tratamento de datos persoais e á libre circulación destes datos<sup>21</sup>.

Neste sentido, a LOPDCP, no ámbito da impugnación de valoracións, no seu artigo 13 regulou o dereito a impugnar as valoracións que se basean en datos persoais, posibilidade que facilitan os ficheiros automatizados, ao dispor de elementos suficientes que permiten elaborar ou adoptar unha decisión sobre unha persoa<sup>22</sup>. Polo tanto, unha vez realizada a valoración (por exemplo, unha vez efectuada a elaboración do perfil ideolóxico baseado en datos persoais ou opinións persoais), o artigo 13 facultaba a persoa para impugna-la.

A LOPDCP, mediante ese artigo, recollía o dereito da cidadanía a “non verse sometidos a unha decisión [...], sobre eles ou que lles afecte de xeito significativo, que se basee unicamente nun tratamento de datos destinados a avaliar determinados aspectos da

<sup>17</sup> ARZOZ SANTIESTEBAN, X., *Videovigilancia, seguridad ciudadana y derechos fundamentales*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2010, p. 149.

<sup>18</sup> Art. 5.1, apartado f), do Real decreto 1720/2007, do 21 de decembro, polo que se aproba o Regulamento de desenvolvemento da Lei orgánica 15/1999, do 13 de decembro, de protección de datos de carácter persoal. BOE n. 17, do 19/01/2008.

<sup>19</sup> Art. 4, apartado 1, RXP.D.

<sup>20</sup> STEDH 27798/1995, do 16 de febreiro de 2000, Amann contra Suíza, ap. 65; e STC 292/2000, do 30 de novembro, FX 6.º Tamén SAN do 24 de xaneiro de 2003, n. rec. 400/2001, FX 5.º

<sup>21</sup> *Diario Oficial da Unión Europea* n. 281, do 23 de novembro de 1995.

<sup>22</sup> REBOLLO DELGADO, L., e SERRANO PÉREZ, M. M., *Manual de Protección de Datos*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 209 e 210.



súa personalidade”. É dicir, o dereito a non verse sometidos a unha decisión baseada en datos persoais e que “prexulgue” aspectos da súa personalidade<sup>23</sup>. Ese precepto foi unha copia literal do artigo 15 (decisións individuais automatizadas) da Directiva 95/46/CE (máis que traspór, foi unha simple copia da normativa europea).

Eses “aspectos da personalidade” que mencionaba a LOPDCP recolleunos o Real decreto 1720/2007, que desenvolveu a LOPDCP<sup>24</sup>, e a dita norma aludía como “aspectos de personalidade baseados nun tratamento de datos” a “rendemento laboral, crédito, fiabilidade ou conduta”<sup>25</sup>, enumeración que non debemos entender limitada<sup>26</sup>, podendo ter en conta calquera outro aspecto da persoa que poida servir para conformar un perfil da súa personalidade<sup>27</sup>.

O precepto desa norma tamén foi unha copia do artigo 15 da Directiva 95/46/CE; non obstante, na redacción literal do real decreto atopamos “rendemento laboral, crédito, fiabilidade ou conduta” e na da Directiva, “rendemento laboral, crédito, fiabilidade, conduta, etc.”. Esta distinción entre unha lista que parece pechada e unha aberta carece de importancia, porque, como mencionamos, a do real decreto debemos considerala tamén unha lista aberta; no caso contrario, non recollería o espírito do precepto da directiva e deixaría fóra aspectos da personalidade que si o serían *de facto*, pero non *de iure*.

O Real decreto 1720/2007 recolleu como excepción o mesmo que recolle o actual RXPd, que, malia a prohibición de verse sometidos a esa decisión baseada en datos destinados a avaliar aspectos da súa personalidade, si que poderemos atoparnos ante esta situación cando unha norma con rango de lei así o estableza<sup>28</sup>.

Isto énos de interese porque a LOPDGDD de 2018 non recolleu de forma expresa o contido do artigo 13 da LOPDCP de 1999 (artigo 15 da Directiva 95/46/CE), ao mesmo tempo que introduciu o novo artigo 58 bis na LOREX, seguramente porque, a diferenza das directivas, os regulamentos teñen alcance xeral e son obrigatorios en todos os seus elementos e directamente aplicables en cada Estado membro<sup>29</sup>, pero, tendo introducido ese novo artigo na LOREX, quizais tería sido mellor se o lexislador tivese feito unha pequena referencia ao que recolle o RXPd de 2016, sen facer unha copia literal, xa que é directamente aplicable.

<sup>23</sup> REBOLLO DELGADO, L., e SERRANO PÉREZ, M. M., *Manual de Protección de Datos*, cit., p. 210.

<sup>24</sup> Real decreto 1720/2007, do 21 de decembro, polo que se aproba o Regulamento de desenvolvemento da Lei orgánica 15/1999, do 13 de decembro, de protección de datos de carácter persoal.

<sup>25</sup> Art. 36.1 do Real decreto 1720/2007, do 21 de decembro.

<sup>26</sup> REBOLLO DELGADO, L., e SERRANO PÉREZ, M. M., *Manual de Protección de Datos*, cit., p. 210.

<sup>27</sup> TRONCOSO REIGADA, A., *Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, Civitas, Madrid, 2010, p. 1.132. Tamén “estabilidad emocional, tolerancia a la frustración, sensibilidad ante determinadas realidades de la sociedad actual, etc.”.

<sup>28</sup> Art. 36.2.b do Real decreto 1720/2007, do 21 de decembro.

<sup>29</sup> Art. 288 TFUE.



## 4 A elaboración de perfís no RXPDP de 2016

O Regulamento xeral de protección de datos (RXPDP), que renovou a normativa comunitaria en materia de protección de datos, prohíbe o tratamento de datos persoais que revelen as opinións políticas<sup>30</sup>, no seu artigo 9.1, pero, no seu segundo apartado, o artigo 9 recolle dez circunstancias (dez excepcións) en que non rexerá esa prohibición [letras a) a j)]. Algunhas delas teñen unha aplicación limitada a un ámbito concreto (laboral, social, asociativo, sanitario, xudicial, etc.) ou responden a unha finalidade determinada, polo que, en si mesmas, delimitan os tratamentos específicos que autorizan como excepción á regra xeral do artigo 9.1 do RXPDP. Algunhas circunstancias, ademais, están condicionadas a que o dereito da Unión ou o dos Estados membros o prevexan e regulen expresamente no seu ámbito de competencias. Así mesmo, o propio RXPDP recolle, no seu considerando n.10, que recoñece tamén unha marxe de manobra para que os Estados membros especifiquen as súas normas, mesmo para o tratamento de categorías especiais de datos persoais («datos sensibles»).

A primeira circunstancia habilitante para o tratamento dos datos persoais especialmente protexidos, tal como recolle o apartado a) do artigo 9.2 do RXPDP, consiste no consentimento explícito do interesado: “cando o interesado dea o seu consentimento explícito para o tratamento dos ditos datos persoais cun ou máis dos fins especificados”<sup>31</sup>. Pero o lexislador español excluíu plenamente a eficacia habilitante do consentimento do afectado: “o só consentimento do afectado non bastará para levantar a prohibición do tratamento de datos cuxa finalidade principal sexa identificar a súa ideoloxía, afiliación sindical, relixión, orientación sexual, crenzas ou orixe racial ou étnica”<sup>32</sup>. Ademais, o lexislador estableceu que para as circunstancias das letras g), h) e i) do artigo 9.2 do RXPDP deberán estar amparados nunha norma con rango de lei, que poderá establecer requisitos adicionais relativos á súa seguridade e confidencialidade<sup>33</sup>.

Entre esas circunstancias ou excepcións á regra xeral (artigo 9 RXPDP), atopamos a que habilita o tratamento de datos persoais que revelen as opinións políticas cando sexa necesario por razóns dun “interese público esencial”, debendo ser “proporcional ao obxectivo perseguido”, respectar no esencial o dereito á protección de datos e establecer “medidas axeitadas e específicas” para protexer os intereses e dereitos fundamentais do interesado (letra g) do artigo 9.2 RXPDP). É unha das circunstancias que intentou “blindar” a LOPDGD, segundo a cal esta circunstancia deberá estar recollida nunha norma con rango de lei que poderá exixir requisitos adicionais de seguridade e confidencialidade<sup>34</sup>, polo que para aplicar esta circunstancia habilitante

<sup>30</sup> Tamén datos persoais que revelen a orixe étnica ou racial, conviccións relixiosas ou filosóficas, afiliación sindical, datos xenéticos, datos biométricos e datos relativos á saúde, á vida sexual ou a orientación sexual.

<sup>31</sup> Art. 9.2.a) RXPDP.

<sup>32</sup> Art. 9.1 LOPDGD.

<sup>33</sup> Art. 9.2 LOPDGD.

<sup>34</sup> Art. 9.2 LOPDGD.



nos atopamos cos presupostos que recolle a mesma circunstancia, máis un requisito preceptivo (“deberán”) e un requisito facultativo (“poderá”) da LOPDGDD.

No que respecta á elaboración de perfís, por outro lado, o RXPDP xa o previu nos seus considerandos: no seu considerando n. 56 recolleu que os partidos políticos poderán recompilar datos persoais sobre as opinións políticas das persoas “por razóns de interese público” se así o exige “o funcionamento do sistema democrático”, debendo ofrecerse, non obstante, “garantías axeitadas”<sup>35</sup>.

A iso debemos engadir que o RXPDP no apartado primeiro do seu artigo 22 recolle o dereito do interesado a non ser obxecto dunha decisión baseada unicamente no tratamento automatizado e a non ser obxecto de elaboración de perfís, pero, ao mesmo tempo, establece que non será evocable ese dereito cando estea autorizado polo dereito da Unión ou dos Estados membros, sempre que se establezan “medidas adecuadas para salvaguardar os dereitos e liberdades e os intereses lexítimos do interesado”<sup>36</sup>. Das tres excepcións que fan que o apartado primeiro do artigo 22 non sexa de aplicación, entre as que se atopa a que acabamos de mencionar, só dúas delas levan consigo “como mínimo o dereito a obter intervención humana por parte do responsable, a expresar o seu punto de vista e a impugnar a decisión”<sup>37</sup>, especialidade que non lle é de aplicación á excepción da autorización polo dereito da Unión ou dos Estados membros (neste caso preciso, a LOREX).

Debemos recordar que o requisito de consentimento, como manifestación de vontade, libre, inequívoca, específica e informada<sup>38</sup>, xunto cos dereitos do interesado, é a pedra angular da protección de datos e o seu tratamento<sup>39</sup>, formando este parte do contido esencial do dereito<sup>40</sup>. E, así, no RXPDP de 2016, o consentimento e os dereitos do interesado forman o contido esencial do regulamento; e así o recolle o RXPDP<sup>41</sup>. Pero neste caso concreto de elaboración de perfís o regulamento recolle as excepcións que quedan por enriba do consentimento, establecendo unha excepción a ese piar do dereito fundamental, unha excepción que debe ser sempre proporcional e suxeita a unha interpretación restritiva.

## 5 A LOPDGDD de 2018 e o novo artigo 58 bis da LOREX

Tendo en conta o RXPDP de 2016 e que, a consecuencia diso, a LOPDPC de 1999 quedou obsoleta, o lexislador español elaborou a finais do ano 2018 a nova LOPDGDD, que, ademais de recoller un novo réxime de protección relativo aos datos persoais, recoller e amparar dereitos dixitais, adecuou a lexislación española ao RXPDP de 2016,

<sup>35</sup> RXPDP, considerando n. 56.

<sup>36</sup> Art. 22.2.b RXPDP.

<sup>37</sup> Art. 22.3 RXPDP.

<sup>38</sup> Art. 3.h LOPDPC de 1999.

<sup>39</sup> HOWARD, P. N., e JONES, S. (eds.), *Sociedad on-line: Internet en contexto*, Editorial UDOC, Barcelona, 2005, p. 323.

<sup>40</sup> SERRANO LÓPEZ, M. M., “El derecho fundamental a la Protección de Datos. Su contenido esencial”, *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, n. 1, 2005, pp. 245-265, p. 255.

<sup>41</sup> Art. 4.11 e 7 RXPDP.

completándoo na medida en que o regulamento lles dá marxe para iso aos Estados membros.

Esta nova lei está composta por 10 títulos, 97 artigos, 22 disposicións adicionais, 6 disposicións transitorias, unha disposición derogatoria e 16 disposicións derradeiras. Debemos ter en conta, por outro lado, que, a pesar de que a LOPDGDD derogou en gran medida a LOPDCP de 1999, non a derogou enteira<sup>42</sup>.

Ademais da regulación recollida no ámbito da protección de datos e dereitos dixitais, a LOPDGDD, na súa disposición derradeira terceira, modificou o apartado terceiro do artigo 39 da Lei orgánica 5/1985, do 19 de xuño, do réxime electoral xeral (LOREX), e introduciu un novo artigo: o artigo 58 bis, sobre a utilización de medios tecnolóxicos e datos persoais nas actividades electorais.

Este precepto non o recollía o primeiro proxecto da LOPDGDD, foi introducido como emenda na súa tramitación no Congreso dos Deputados (Comisión de Xustiza)<sup>43</sup>, co obxecto de “establecer salvagardas para impedir casos como o que vincula a *Cambridge Analytica* co uso ilícito de datos de 50 millóns de usuarios de *Facebook* para mercadotecnia electoral”, emenda que non tivo moita discusión no debate de totalidade do Pleno do Congreso dos Deputados<sup>44</sup>, pero si estivo presente no do Senado<sup>45</sup>.

De conformidade con este novo artigo 58 bis da LOREX, “a recompilación de datos persoais relativos ás opinións políticas das persoas que leven a cabo os partidos políticos [...] atoparase amparada no interese público [...]” (art. 58 bis 1) e, ademais, “poderán utilizar datos persoais obtidos en páxinas web e outras fontes de acceso público” para a realización de actividades políticas durante o período electoral” (art. 58 bis 2).

Isto significa que os partidos políticos, coalicións ou agrupacións de electores poderán empregar os datos persoais e opinións persoais da cidadanía de distintas webs de acceso público (entre elas, por exemplo, redes sociais como *Twitter* ou *Facebook*) e usalas por vontade con fins electorais, sen necesidade de obter o consentimento do afectado. É dicir, que isto ampara a elaboración de perfís ideolóxicos e facer propaganda electoral á medida de cada persoa.

No seu apartado quinto, por outro lado, o artigo 58 bis regulou que “se lle facilitará ao destinatario un modo sinxelo e gratuíto de exercicio do dereito de oposición”, dando cumprimento, deste xeito, ao dereito de oposición recoñecido polo RXP

<sup>42</sup> Na súa disposición derogatoria única, a LOPDGDD estableceu que queda derogada a LOPDCP de 1999, sen prexuízo do previsto na disposición adicional décimo cuarta e na disposición transitoria cuarta. Deste xeito, a lei recolleu expresamente que os artigos 23 e 24 da LOPDCP de 1999 seguirán en vigor, mentres non sexan expresamente modificadas, substituídas ou derogadas (disposición adicional décimo cuarta) e tamén seguirá en vigor o artigo 22 da LOPDCP de 1999, pero este último con carácter transitorio, mentres non entre en vigor a norma que traspoña ao dereito español o disposto na Directiva (UE) 2016/680 do Parlamento Europeo e do Consello, do 27 de abril de 2016, relativa á protección das persoas físicas no que respecta ao tratamento de datos persoais por parte das autoridades competentes para fins de prevención, investigación, detección ou axuízamento de infraccións penais ou de execución de sancións penais, e á libre circulación dos ditos datos e pola que se derroga a Decisión marco 2008/977/XAI do Consello. É dicir, os artigos en relación a ficheiros das forzas e corpos de seguridade (art. 22), excepcións aos dereitos de acceso, rectificación e cancelación (art. 23) e outras excepcións aos dereitos dos afectados (art. 24).

<sup>43</sup> Emenda n. 332 ao Proxecto 121/000013 de Lei orgánica de protección de datos de carácter persoal. BOCG. Congreso dos Deputados. N. A-13-2, do 18 de abril de 2018, pp. 209 e 210.

<sup>44</sup> *Diario de Sesiones*. Congreso dos Deputados, n. 104, do 15 de febreiro de 2018, pp. 28-39.

<sup>45</sup> *Diario de Sesiones*. Senado, n. 90, do 21 de novembro de 2018, pp. 203-217.

(art. 21) e perfilado pola LOPDGDD (art. 18), como dereito do interesado a oporse ao tratamento dos seus datos persoais<sup>46</sup>, intentando así manter o debido respecto aos dereitos que o RXPd lle outorga ao interesado<sup>47</sup>, dereitos que debemos lembrar que son persoalísimos<sup>48</sup>.

No referente á tramitación, ao ter sido este precepto que modifica a LOREX froito dunha emenda, iso supón que non foi sometido ao trámite de consulta e información pública<sup>49</sup> (non sendo coñecido pola sociedade) e tampouco puido ser sometido a informe polas administracións, organismos públicos e órganos constitucionais, nin tan sequera pola Axencia Española de Protección de Datos (AEPD)<sup>50</sup>, nin polos órganos constitucionais como son o Consello Xeral do Poder Xudicial e o Consello de Estado.

Tamén é curioso que o lexislador nin se preocupou por modificar directamente a LOREX, en vez de facelo dun xeito indirecto por unha disposición da LOPDGDD, cando o mesmo día que o BOE publicou a LOPDGDD tamén publicou, curiosamente, a Lei orgánica 2/2018, do 5 de decembro, que modifica a LOREX para garantir o dereito de sufraxio de todas as persoas con discapacidade<sup>51</sup>, oportunidade que podería ter aproveitado o lexislador para facer unha modificación directa, e, non obstante, non o fixo.

En pleno debate no Senado, a Axencia Española de Protección de Datos (AEPD) publicou unha nota de prensa declarando que o precepto non permitía o tratamento de datos persoais para a elaboración de perfís baseados en opinións políticas, nin o envío de información personalizada baseada en perfís ideolóxicos ou políticos; soamente permite “a recompilación por parte dos partidos políticos de datos persoais relativos a opinións políticas para obter información que lles permita pulsar as inquietudes dos cidadáns co fin de poder darlles resposta nas súas propostas electorais”<sup>52</sup>.

Tendo en conta a importancia do precepto, a AEPD elaborou un informe xurídico<sup>53</sup> onde razoou que o novo artigo non posibilitaba a elaboración de perfís ideolóxicos, posto que se suprimira o termo “tratamento” recollido na emenda 331 inicialmente presentada no Congreso dos Deputados, mesma liña que se seguiu no debate no Senado<sup>54</sup>. Unha vez aprobada a LOPDGDD, a AEPD emitiu unha circular o 7 de marzo

<sup>46</sup> SÁNCHEZ BRAVO, Á. A., *La protección del derecho a la libertad informática en la Unión Europea*, Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, Sevilla, 1998, p. 97.

<sup>47</sup> Os chamados dereitos “ARSLOP”: dereito de acceso (art. 15 RXPd e art. 13 LOPDGDD), dereito de rectificación (art. 16 RXPd e art. 14 LOPDGDD), dereito de cancelación (art. 17 RXPd e art. 15 LOPDGDD), dereito de limitación (art. 18 RXPd e art. 16 LOPDGDD), dereito de oposición (art. 21 RXPd e art. 18 LOPDGDD) e dereito de portabilidade (art. 20 RXPd e art. 17 LOPDGDD).

<sup>48</sup> REBOLLO DELGADO, L., e SERRANO PÉREZ, M. M., *Manual de Protección de Datos*, cit., p. 183.

<sup>49</sup> Art. 133 da Lei 39/2015, do 1 de outubro, do procedemento administrativo común das administracións públicas.

<sup>50</sup> A disposición derradeira duodécima da LOPDGDD, por exemplo, que modifica os apartados 2 e 3 do artigo 28 da Lei 39/2015, do 1 de outubro, do procedemento administrativo común das administracións públicas (LPAC), contiña o denominado “consentimento tácito”, non permitido polo RXPd, e a AEPD, antes da aprobación da LOPDGDD, pronunciouse no sentido de que o seu contido non era conforme co regulamento europeo.

<sup>51</sup> BOE n. 294, do 6 de decembro de 2018, BOE-a-2018-16672.

<sup>52</sup> Axencia Española de Protección de Datos (2018). Nota de Prensa. Criterio da Axencia Española de Protección de Datos sobre cuestións electorais no proxecto de nova LOPD (Madrid, 21 de novembro de 2018), <https://www.aepd.es/prensa/2018-11-21.html>.

<sup>53</sup> Informe do Gabinete Xurídico da AEPD 2018.

<sup>54</sup> *Diario de Sesiones*. Senado, n. 90, do 21 de novembro de 2018, pp. 203-217, p. 209.

de 2019<sup>55</sup>, dándolle continuidade ao dito informe, co obxecto de interpretar este novo artigo introducido na LOREX e fixar os seus criterios, composta por unha exposición de motivos (que recolle parte do exposto no informe xurídico de 2018), once artigos, unha disposición transitoria e unha disposición derradeira.

Segundo a AEPD, este novo artigo debe ser interpretado “de forma restritiva e conforme o establecido na Constitución española, de xeito que non conculque dereitos fundamentais”. As opinións políticas deberán ser libremente expresadas (art. 5.1), o tratamento que se realice deberá ser “proporcional ao obxectivo perseguido” (art. 6.1) e establécense garantías (art. 7) como, entre outras, que os partidos adopten medidas apropiadas, designar un delegado de protección de datos, realizar avaliaci3ns de impacto, etc. Tam3n recolle un deber de informaci3n que deber3 realizarse en forma “concisa, transparente, intelixible e de doado acceso, cunha linguaxe clara e sinxela” (art. 8).

Á fin e ao cabo, o que sup3n o artigo 58 bis da LOREX e a habilitaci3n para iso do RXPDP 3 unha inxerencia sobre os nosos dereitos fundamentais, con base legal, por iso o que require a an3lise 3 se se deron todos presupostos para que esa inxerencia sexa unha condici3n permitida polo dereito ou unha inxerencia desproporcionada sobre os nosos dereitos fundamentais.

Para iso, podemos ter en conta tam3n a tripla an3lise de proporcionalidade do TEDH, an3lise que se basea en tres requisitos: prevista pola lei, atender a un fin lex3timo e ser necesaria nunha sociedade democr3tica<sup>56</sup>. Dentro do primeiro requisito, prevista pola lei, debe haber unha existencia dunha base legal no dereito interno e o tribunal analiza tam3n a calidade da lei, a cal desagrega en accesibilidade e en previsibilidade da dita lei<sup>57</sup>. Deberemos por todo iso analizar se se dan os presupostos formulados polo RXPDP e a lexislaci3n española e se a medida resulta proporcional.

## 5.1 O novo artigo 58 bis da LOREX desde o punto de vista material: “interese p3blico esencial” e “medidas axeitadas e espec3ficas” do RXPDP

Para empezar, debemos apuntar que a base xur3dica do artigo 58 bis da LOREX a atopamos na habilitaci3n da letra g) do artigo 9.2 do RXPDP, polo que, xa que se baseou nesa habilitaci3n, debemos analizar se se cumpriron os presupostos que esta recolle: 1) baseado nun “interese p3blico esencial”, 2) proporcional ao obxectivo perseguido (respectando no esencial o dereito 3 protecci3n de datos) e 3) establecer “medidas axeitadas e espec3ficas” (art. 9.2.g RXPDP).

<sup>55</sup> Circular 1/2019, do 7 de marzo, da Axencia Espa3ola de Protecci3n de Datos, sobre o tratamento de datos persoais relativos a opini3ns pol3ticas e env3o de propaganda electoral por medios electr3nicos ou sistemas de mensaxar3a por parte de partidos pol3ticos, federaci3ns, coalici3ns e agrupaci3ns de electores ao abeiro do artigo 58 bis da Lei org3nica 5/1985, do 19 de xu3no, do r3xime electoral xeral (Disposici3n 3423 do BOE n. 60, do 11 de marzo de 2019).

<sup>56</sup> TEDH (Pleno), 26 de novembro de 1991, caso Observer e Guardian c. Reino Unido, ap. 49.

<sup>57</sup> R3JZ MIGUEL, C., *El derecho a la protecci3n de la vida privada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 91 e ss.

Debemos comezar diferenciando o “interese público” que “o funcionamento do sistema democrático exige” do considerando n. 56 e o “interese público esencial” do artigo 9.2.g do RXPd; así o estableceu o Supervisor Europeo de Protección de Datos<sup>58</sup>, diferenciando, do mesmo modo, as “garantías axeitadas” (considerando n. 56) e as “medidas axeitadas e específicas” (art. 9.2.g RXPd).

Está claro, por outra parte, que o requisito básico será o “interese público esencial”, xa que é este o que fai que non se aplique a prohibición de tratamento de datos que releven opinións políticas, se non, estaríamos a aplicar a excepción da prohibición do artigo 9.2.g, baixo un requisito que non é o aplicable e sorteando a condición *sine qua non* dese artigo que recolle a excepción á cal está directamente unida. É dicir, que se estaría a utilizar unha excepción dun artigo, pero facendo uso da condición doutro, “burlando” o requisito desa excepción.

Ao falarmos dese “interese público esencial”<sup>59</sup>, transcendemos da “razoabilidade” do tratamento; segundo a autoridade inglesa de protección de datos, “a cuestión é se o tratamento é obxectivamente necesario para a finalidade indicada, non se é unha parte necesaria do método de tratamento elixido polo responsable”<sup>60</sup>.

O Grupo de Traballo do Artigo 29 (GT29), no seu Ditame WP217<sup>61</sup>, declarou que “se o tratamento comporta unha invasión da privacidade, a base xurídica deberá ser o suficientemente específica e precisa á hora de definir o tipo de tratamento de datos que pode permitirse”<sup>62</sup>. Ademais, requírese unha interpretación estrita e unha clara identificación, caso por caso, do interese público en xogo<sup>63</sup>.

O novo artigo 58 bis da LOREX recolle que concorre “interese público”, pero non especifica ese interese e, por suposto, sen facer referencia á necesidade dun tipo de interese público “esencial”. É moi visible que o lexislador baseou este novo precepto no considerando n. 56, pois fixo referencia a ese “interese público” que “o funcionamento do sistema democrático exige”, e non ao “interese público esencial”, que é o requisito básico da aplicación da excepción da prohibición do artigo 9.2.g do RXPd e moito máis restritivo.

O artigo 58 bis non mostra ese nexo de necesidade, nin tampouco xustifica a debida proporcionalidade que debe existir sempre entre a limitación de dereitos e a medida adoptada, o que supón a recompilación dos seus datos persoais obtidos en páxinas web cun interese público que non se cataloga de esencial e nin sequera se especifica.

<sup>58</sup> Supervisor Europeo de Protección de Datos. Developing a toolkit for assessing the necessity of measures that interfere with fundamental rights, 2016. [https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/16-06-16\\_necessity\\_paper\\_for\\_consultation\\_en.pdf](https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/16-06-16_necessity_paper_for_consultation_en.pdf).

<sup>59</sup> Art. 9.2.g RXPd.

<sup>60</sup> “The question is whether the processing is objectively necessary for the stated purpose, not whether it is a necessary part of your chosen methods.” Information Commissioner’s Office, Overview of the General Data Protection Regulation. <https://ico.org.uk/media/for-organisations/data-protection-reform/overview-of-the-gdpr-1-13.pdf>.

<sup>61</sup> GT29. Ditame (WP 217) 06/2014 sobre o concepto de interese lexítimo do responsable do tratamento dos datos en virtude do artigo 7 da Directiva 95/46/CE. Adoptado o 9 de abril de 2014.

<sup>62</sup> GT29. Ditame (WP 217) 06/2014 sobre o concepto de interese lexítimo do responsable do tratamento dos datos en virtude do artigo 7 da Directiva 95/46/CE. Adoptado o 9 de abril de 2014, p. 26.

<sup>63</sup> GT29. Ditame (WP 217) 06/2014 sobre o concepto de interese lexítimo do responsable do tratamento dos datos en virtude do artigo 7 da Directiva 95/46/CE. Adoptado o 9 de abril de 2014, p. 27.

Por iso, o precepto vulnera o requisito de necesidade e de “interese público esencial” exixido e exixible polo RXPDP.

Pero mesmo se se recollese un “interese público” ou xeral, e non o debido “interese público esencial” –que xa vimos que non é posible, pero supoñamos–, o artigo 58 bis seguiría sen cumprir os requisitos. Segundo a reiterada xurisprudencia do TXUE, debemos entender por “interese xeral” que fai que este prevaleza, entre outros a loita contra o terrorismo internacional para o mantemento da paz e a seguridade internacionais<sup>64</sup>, loita contra a delincuencia grave para garantir a seguridade pública<sup>65</sup>, etc. O TXUE, non obstante, foi extremadamente restritivo con esa prevalencia e, por exemplo, no caso *Digital Rights Ireland e Seitlinger* e outros, o tribunal anulou a Directiva 2006/24/CE<sup>66</sup>, porque posibilitaba a conservación dalgúns datos, expresando que aínda que si se cumpría o requisito de “interese xeral” este non pode servir para xustificar calquera medida<sup>67</sup>. Así que esta modificación da LOREX sería inxustificable mesmo nesta situación hipotética.

En canto ás garantías, por outro lado, outro dos requisitos do RXPDP é que cómpre adoptar “medidas axeitadas e específicas” (art. 9.2.g RXPDP), non unicamente “garantías axeitadas” (considerando n. 56). Neste sentido, o artigo 58 bis LOREX non inclúe medidas e garantías específicas de ningún tipo, senón que, en cambio, fai unha pequena referencia a “garantías axeitadas”, termo máis xenérico que entraña unha menor protección que o de “medidas axeitadas e específicas” ligado aos tratamentos que poidan realizarse en nome dun “interese xeral esencial”<sup>68</sup>.

A redacción literal da disposición establece que “se atopará amparada no interese público unicamente cando se ofrezan garantías axeitadas”. Nesa redacción dá por feito que a medida está baseada nun interese público (sen dicir cal) e úneo ás garantías (fainos entender que haberá un interese público cando haxa esas garantías, é dicir, que o feito de haber garantías presupón un interese público), cando son dous requisitos autónomos: que se dea un interese público esencial (razoado motivado xustificable) e, por outro lado, que se establezan unhas garantías axeitadas. O artigo 58 bis LOREX, apartado 1, polo tanto, contén unha redacción que modifica e burla a normativa comunitaria e a propia LOPDGDD para facer posible un tratamento de

<sup>64</sup> STXUE (Gran Sala) do 3 de setembro de 2008, asuntos C-402/05 P e C-415/05 Kadi e Al Barakaat International Foundation/Consello e Comisión, ap. 363. STXUE (Sala Terceira) do 15 de novembro de 2012, asuntos C-539/10 P e C-550/10 P Al-Aqsa/Consello, ap. 130.

<sup>65</sup> STXUE (Gran Sala) do 23 de novembro de 2010, asunto C-145/09 Land Baden-Württemberg contra Panagiotis Tsakouridis, ap. 46 e 47.

<sup>66</sup> Directiva 2006/24/CE do Parlamento Europeo e do Consello, do 15 de marzo de 2006, sobre a conservación de datos xerados ou tratados en relación coa prestación de servizos de comunicacións electrónicas de acceso público ou de redes públicas de comunicacións e pola que se modifica a Directiva 2002/58/CE. *Diario Oficial da Unión Europea* n. 105, do 13 de abril de 2006.

<sup>67</sup> STXUE (Gran Sala) do 8 de abril de 2014, asuntos acumulados C-293/12 e C-594/12 *Digital Rights Ireland e Seitlinger* e outros, ap. 45 e ss.

<sup>68</sup> Este problema agrávasenos ao seguir a súa evolución parlamentaria, posto que a redacción orixinal da emenda 331 si establecía, nun segundo apartado, un tipo de garantías específicas, ou máis específicas, polo menos (tales como avaliación de impacto, deber de información, etc.), pero na publicación do BOE desapareceron. Tamén é curioso que na disposición adicional 17.ª da LOPDGDD que regula o uso de datos de saúde, recolle o tratamento realizado sobre a base dun interese público, mencionándose expresamente a habilitación do artigo 9.2.g RXPDP e algunhas medidas de garantía específicas.



datos que estaría prohibido tanto polo dereito comunitario como polo español (9.1 RXPd e 9.2 LOPDGD).

O artigo 23 do RXPd, así mesmo, establece que se poderá limitar o dereito da Unión ou dos Estados membros que se lle aplique ao responsable ou ao encargado do tratamento “cando tal limitación respecte no esencial os dereitos e liberdades fundamentais e sexa unha medida necesaria e proporcionada nunha sociedade democrática”, e establece, ademais, dez disposicións específicas que, como mínimo, deberá recoller tal medida legislativa (entre elas, finalidade, categoría, alcance, garantías, prazos, riscos, etc.).

Convén lembrar, do mesmo xeito, que dentro da xa mencionada análise da proporcionalidade da inxerencia, segundo xurisprudencia reiterada do TXUE, o principio de proporcionalidade exige que os actos sexan adecuados para lograr os obxectivos lexítimos perseguidos pola normativa de que se trate e non superen os límites do que resulta apropiado e necesario para o logro dos ditos obxectivos<sup>69</sup>, escollendo sempre a menos restritiva, cando se ofrezca unha elección entre varias medidas axeitadas, e os inconvenientes ocasionados, non debendo ser desmesurados con respecto aos obxectivos perseguidos<sup>70</sup>.

## 5.2 O novo artigo 58 bis da LOREX desde o punto de vista formal: reserva de lei

O segundo punto que deberemos analizar será que tipo de norma debe recoller a medida, o “interese público esencial” e as “medidas axeitadas e específicas”, tendo en conta que nos atopamos ante unha medida restritiva dos nosos dereitos fundamentais<sup>71</sup>. Como mencionamos, o lexislador español estableceu que a circunstancia da letra g) do artigo 9.2 do RXPd, entre outras, deberá estar amparada nunha norma con rango de lei, que poderá establecer requisitos adicionais relativos á súa seguridade e confidencialidade (art. 9.2 LOPDGD). Pero, só a medida? A resposta é clara: non. O que debe estar amparado cunha norma con rango de lei é a medida e todos os presupostos que fan posible a medida (“interese público esencial” e as “medidas axeitadas e específicas”).

A seguinte pregunta sería: calquera norma con rango de lei? Para iso debemos ter en conta que o artigo 58 bis da LOREX pode supor unha inxerencia sobre o dereito á protección de datos, dereito fundamental<sup>72</sup> autónomo<sup>73</sup> que consagra en si mesmo

<sup>69</sup> STXUE (Gran Sala) de 9 de novembro de 2010, asuntos acumulados C-92/09 and C-93/09, Volker und Markus Schecke GbR e Hartmut Eifert/Land Hessen, ap. 46. STXUE (Cámara Cuarta) do 8 de xullo de 2010, asunto C-343/09 Afton Chemical, ap. 45. STXUE (Gran Sala) do 9 de novembro de 2010, asunto C-92/09 Volker und Markus Schecke e Eifert, ap. 74. STXUE (Gran Sala) do 23 de outubro de 2012, C-581/10 Nelson e outros, ap. 71. STXUE (Sala Quinta) do 17 de outubro de 2013, asunto C-101/12 Schaible, ap. 29.

<sup>70</sup> STXUE (Gran Sala) do 22 de xaneiro de 2013, asunto C-283/11 Sky Österreich GmbH e Österreichischer Rundfunk, ap. 50.

<sup>71</sup> O RXPd soamente establece “cando estea autorizado polo dereito [...] dos Estados membros”, pero non o limita a lei.

<sup>72</sup> STC 254/1993, do 20 de xullo, FX 6.

<sup>73</sup> SSTC 94/1998, do 4 de maio, FX 6, e 292/2000, do 30 de novembro, FX 5.

un dereito ou liberdade fundamental<sup>74</sup>, con sede no artigo 18.4 da CE<sup>75</sup>, polo que, ao tratarse dunha medida restritiva dos nosos dereitos fundamentais, deberá ser lei orgánica (art. 53.1 CE), respectando sempre o seu contido esencial, do cal deducimos que, segundo o RXPDP, a LOPDGDD e a propia CE, a habilitación da letra g) do artigo 9.2 do RXPDP e os seus presupostos deben estar recollidos nunha lei orgánica.

Debemos ter en conta que, segundo o TC, aínda que a reserva de lei orgánica que se aplica ao desenvolvemento dos dereitos fundamentais, como parte da especial protección que a CE dispensa aos dereitos e liberdades<sup>76</sup>, posúe certo alcance, co fin de evitar petrificacións do ordenamento<sup>77</sup>, cando se trate de disposicións que sexan restritivas de dereitos fundamentais – mesmo non sendo de “desenvolvemento” –, rexerá a reserva de lei para fixar as garantías axeitadas e específicas fronte a elas<sup>78</sup>, cumprindo sempre o principio de calidade da lei que restrinxen dereitos<sup>79</sup>.

Ademais de ser lei orgánica, así mesmo, o apartado terceiro do artigo segundo da nova LOPDGDD recolle expresamente que os tratamentos que estean fóra do ámbito de aplicación do RXPDP (por non estaren comprendidas no ámbito de aplicación do dereito comunitario) se rexerán pola súa lexislación específica (se non a houbese, polo RXPDP e, supletoriamente, pola LOPDGDD) e menciona de forma expresa os “tratamentos realizados ao abeiro da lexislación orgánica do réxime electoral xeral”<sup>80</sup>. Isto quere dicir que a LOPDGDD recolleu expresamente que o tratamento de datos en ámbito electoral, onde atopamos a elaboración de perfís que é obxecto de análise, require que estea regulado por esa normativa específica: a LOREX.

En suma, que a LOREX (lei orgánica específica da materia) recolla a medida cumprida por RXPDP, a LOPDGDD e a CE; pero, e os presupostos da habilitación?, onde mencionamos que se recolleron as medidas axeitadas e específicas? Na Circular 1/2019, do 7 de marzo, da AEPD, é dicir, unha norma con rango regulamentario. Intentouse validar a inxerencia nos nosos dereitos fundamentais cun regulamento, o que é un despropósito absoluto. “Non existen”, polo tanto, esas medidas axeitadas e específicas, porque, aínda que estean recollidas na Circular 1/2019, non podemos telas en conta porque vulneran o artigo 9.2 LOPDGDD e o artigo 53.1 CE, artigos que tamén resultan vulnerados, posto que a mesma disposición non estableceu cal é o interese público esencial, como apuntamos no anterior apartado.

O Consello de Estado, no seu ditame, tamén declarou sobre esa reserva de lei: “O anteproxecto fai un primeiro uso desta habilitación coa finalidade de establecer unha reserva de lei para a regulación dos tratamentos de datos fundados nas citadas causas. Non se trata, polo tanto, dunha mera reiteración do contido do regulamento,

<sup>74</sup> SSTC 96/2012, do 7 de maio, FX 6, e 17/2013, do 31 de xaneiro, FX 4.

<sup>75</sup> SSTC 254/1993, do 20 de xullo, FX 6, e 96/2012, do 7 de maio, FX 6.

<sup>76</sup> SSTC 101/1991, do 13 de maio, FX 2; 5/1981, do 13 de febreiro; 167/1987, do 27 de outubro; 142/1993, do 22 de abril.

<sup>77</sup> SSTC 173/1998, do 23 de xullo, FX 7; 129/1999, do 1 de xullo, FX 2; 53/2002, do 27 de febreiro, FX 12; 135/2006, do 27 de abril, FX 2.

<sup>78</sup> STC 290/2000, do 30 de novembro, FFX 11 e 14.

<sup>79</sup> STC 17/2013, do 31 de xaneiro, FX 8.

<sup>80</sup> Art. 2.3 LOPDGDD.

senón dunha previsión dirixida a garantir que o seu desenvolvemento se realice con respecto ás exixencias da Constitución española, en particular do seu artigo 53.1”<sup>81</sup>.

### 5.3 O novo artigo 58 bis da LOREX: algunhas cuestións sobre o fondo

Xa vimos que o novo artigo 58 bis da LOREX incumpre o RXPD na súa vertente material e formal. Non obstante, convénnos mencionar tamén, de xeito sucinto, algunhas cuestións sobre o fondo no que respecta a este asunto.

Este novo precepto podería vulnerar o dereito á liberdade ideolóxica, e debemos recordar que sen liberdade ideolóxica non serían posibles os valores superiores do ordenamento xurídico que se propugnan no artigo 1.1 da CE para constituír o Estado social e democrático de dereito que nese precepto se instaúra<sup>82</sup>.

A liberdade de expresión e información pode resultar tamén lesionada, en relación coa liberdade ideolóxica, liberdade que comprende unha dimensión externa de *agere licere*, conforme as propias ideas sen sufrir por iso sanción ou demérito nin padecer a compulsión ou a inxerencia dos poderes públicos<sup>83</sup>. Á liberdade ideolóxica que consagra o artigo 16.1 CE correspóndelle «o correlativo dereito a expresala que garante o artigo 20.1 a)»<sup>84</sup> a comunicala publicamente, indisolublemente unida ao pluralismo político e, por iso, fundamento do funcionamento dun Estado democrático<sup>85</sup>. Entón, se os partidos políticos poden recompilar opinións persoais de páxinas web, como redes sociais, entre outras, onde queda o dereito a comunicar libremente as ideas propias?

Tamén atoparemos nesta colisión o dereito á participación política, dereito a participar “libremente”, liberdade que é “valor superior” do ordenamento xurídico español, e recoñece, como principio xeral inspirador deste, a autonomía do individuo para elixir entre as diversas opcións vitais que se lle presenten, de acordo cos seus propios intereses e preferencias<sup>86</sup>.

Neste sentido, por último, a AEPD xa deixou claro que constitúe unha vulneración da protección de datos realizar unha enquisa en que se pidan datos de ideoloxía e relixión sen solicitar o consentimento expreso, escrito e informado dos afectados<sup>87</sup>.

---

<sup>81</sup> Ditame do Consello de Estado sobre o Anteproxecto de Lei orgánica de protección de datos de carácter persoal, do 26 de outubro de 2017. N. de expediente 757/2017 (XUSTIZA).

<sup>82</sup> SSTC 20/1990, do 15 de febreiro, FX 3, e 19/1985, do 13 de febreiro, FX 2.

<sup>83</sup> STC 120/1990, do 27 de xuño, FX 10.

<sup>84</sup> SSTC 20/1990, do 15 de febreiro, FX 5.

<sup>85</sup> SSTC 6/1981, do 16 de marzo, FX 3, 12/1982, do 21 de marzo, FX 3, 104/1986, do 17 de xullo, FX 5, 172/1990, do 12 de novembro, FX 3, e 240/1992, do 21 de decembro, FX 3.

<sup>86</sup> STC 132/1989, do 18 de xullo, FX 6.

<sup>87</sup> AEPD. Resolución R/03532/2017, procedemento n. AP/00036/2017

## 6 Síntese da Sentenza 76/2019, do 22 de maio de 2019, do Tribunal Constitucional

A constitucionalidade deste artigo foi analizada polo TC na súa Sentenza 76/2019, do 22 de maio, a cal resolveu o recurso de inconstitucionalidade promovido polo Defensor do Pobo e se pronunciou sobre a constitucionalidade do apartado 1 do artigo 58 bis. A impugnación central do recurso referíase ao artigo 18.4 CE en conexión co artigo 53.1 CE. A xuízo do tribunal, xa que as alegacións das partes non o controverten, o artigo 58 bis da LOREX (apartado 1.º) constitúe unha inxerencia no dereito fundamental á protección de datos persoais garantido polo artigo 18.4 CE, polo que o que debe decidir o TC é se a citada disposición legal (a que habilita a inxerencia) cumpre coas exixencias que derivan da CE e da doutrina constitucional<sup>88</sup>.

O TC basea en tres elementos a impugnación central do recurso, os cales poderían confluír nunha dobre vulneración dos artigos 18.4 e 53.1 CE<sup>89</sup>: a) que a disposición legal impugnada non determinase por si mesma a finalidade do tratamento de datos persoais que revelen opinións políticas, máis alá da xenérica mención ao «interese público»; b) que non limitase o tratamento regulando pormenorizadamente as restricións ao dereito fundamental; e c) que non establecese ela mesma as garantías axeitadas para protexer os dereitos fundamentais afectados. Así, o tribunal razoa a súa decisión nos fundamentos xurídicos 4.º a 9.º, nos cales analiza se se cumpren eses tres elementos seguindo a CE, o RXPDP, a LOPDGDD e a doutrina constitucional.

Para resolver o litixio principal, o TC comeza a súa fundamentación xurídica no artigo 9 do RXPDP<sup>90</sup>, a prohibición do tratamento de datos persoais que revelen as opinións políticas. Aínda que o TC ten en conta a excepción do apartado segundo, como xa mencionamos nos anteriores apartados deste traballo, alude ao requisito de tomar «medidas axeitadas e específicas para protexer os intereses e dereitos fundamentais do interesado» (art. 9.2.g) RXPDP) e ao de «estar amparados nunha norma con rango de lei», así como ao considerando n. 56 e á necesidade de protexer a integridade do proceso democrático, facendo referencia tamén ao artigo 9.2 LOPDGDD e á súa exixencia («deberán estar amparados nunha norma con rango de lei, que poderá establecer requisitos adicionais relativos á súa seguridade e confidencialidade»)<sup>91</sup>. En suma, segundo o tribunal o artigo 58 bis (apartado 1), contén unha modificación normativa introducida polo lexislador orgánico para facer posible un tratamento de datos que, de non existir a esa habilitación, estaría prohibido tanto polo dereito da Unión como polo noso ordenamento xurídico, pois así o establecen os artigos 9.1 do RXPDP e 9.2 da LOPDGDD<sup>92</sup>.

<sup>88</sup> STC 76/2019, do 22 de maio, FX 2.º

<sup>89</sup> STC 76/2019, do 22 de maio, FX 7.º, I.

<sup>90</sup> STC 76/2019, do 22 de maio, FX 4.º, II.

<sup>91</sup> STC 76/2019, do 22 de maio, FX 4.º

<sup>92</sup> STC 76/2019, do 22 de maio, FX 4.º

Continúa o tribunal declarando que os datos persoais que poden recompilarse integran unha categoría especial de datos<sup>93</sup> e, seguindo a súa doutrina, declara que o dereito á protección de datos é un dereito fundamental autónomo, pero, ademais, constitúe un dereito instrumental ordenado á protección doutros dereitos fundamentais, isto é, «un instituto de garantía dos dereitos á intimidade e ao honor e do pleno desfrute dos restantes dereitos dos cidadáns», polo que o dereito fundamental á protección de datos resulta afectado desde unha dobre perspectiva: como dereito fundamental autónomo e como dereito instrumental, neste caso, ordenado á protección do dereito fundamental á liberdade ideolóxica<sup>94</sup>.

O tribunal recoñece, non obstante, que non é un dereito absoluto e pode ser restrinxido mediante lei, sempre que iso responda a un fin de interese xeral, e os requisitos e o alcance da restrición estean suficientemente precisados na lei e respecten o principio de proporcionalidade. Para os efectos deste proceso, deben destacarse dous requisitos deses límites: 1) responder a un fin constitucionalmente lexítimo ou encamiñarse á protección ou a salvagarda dun ben constitucionalmente relevante, e, ademais, ser proporcionadas ao fin perseguido con elas e 2) precisar dunha habilitación legal, xa incida directamente sobre o seu desenvolvemento (art. 81.1 CE), ou limite ou condicione o seu exercicio (art. 53.1 CE)<sup>95</sup>.

Nese ámbito formal da reserva de lei, continúa o TC, existe unha dobre exigencia: por un lado, a necesaria intervención da lei para habilitar a inxerencia; e, por outro lado, esa norma legal «debe reunir todas aquelas características indispensables como garantía da seguridade xurídica», isto é, «debe expresar todos e cada un dos presupostos e condicións da intervención», xa que, mesmo tendo un fundamento constitucional, as limitacións do dereito fundamental establecidas por unha lei «poden vulnerar a Constitución se pecan de falta de certeza e previsibilidade nos propios límites que impoñen e o seu modo de aplicación», pois «a falta de precisión da lei nos presupostos materiais da limitación dun dereito fundamental é susceptible de xerar unha indeterminación sobre os casos aos cales se aplica tal restrición»; «ao producirse este resultado, máis alá de toda interpretación razoable, a lei xa non cumpre a súa función de garantía do propio dereito fundamental que restrinxe, pois deixa que no seu lugar opere simplemente a vontade de quen ten que aplicala»<sup>96</sup>.

En opinión do tribunal, a mera inexistencia de «garantías axeitadas» ou das «mínimas exixibles á lei» constitúe de seu unha inxerencia no dereito fundamental, de gravidade similar á que causarían intromisións directas no seu contido nuclear. A exigencia de «garantías axeitadas» fundaméntase, polo tanto, no respecto do contido esencial do dereito fundamental<sup>97</sup>. A necesidade de dispor de garantías axeitadas é especialmente importante cando o tratamento afecta a categorías especiais de datos (datos sensibles), pois o uso destes últimos é susceptible de comprometer máis

<sup>93</sup> STC 76/2019, do 22 de maio, FX 5.º

<sup>94</sup> STC 76/2019, do 22 de maio, FX 5.º

<sup>95</sup> STC 76/2019, do 22 de maio, FX 5.º

<sup>96</sup> STC 76/2019, do 22 de maio, FX 5.º

<sup>97</sup> STC 76/2019, do 22 de maio, FX 6.º

directamente a dignidade, a liberdade e o libre desenvolvemento da personalidade; garantías axeitadas que deben velar por que o tratamento de datos se realice en condicións que aseguren a transparencia, a supervisión e a tutela xudicial efectiva, e deben procurar que os datos non se recollan de forma desproporcionada e non se utilicen para fins distintos dos que xustificaron a súa obtención<sup>98</sup>.

As opinións políticas, segundo sentenza o TC, son datos persoais sensibles cuxa necesidade de protección é, nesa medida, superior á doutros datos persoais. Polo tanto, o lexislador está constitucionalmente obrigado a adecuar a protección que dispensa aos ditos datos persoais, se é o caso, impondo maiores exixencias co fin de que poidan ser obxecto de tratamento e prevendo garantías específicas no seu tratamento, ademais das que poidan ser comúns ou xerais<sup>99</sup>.

Por todo o razoado, o TC expresa que a disposición legal impugnada:

a) Non específica o interese público esencial que fundamenta a restrición do dereito fundamental; presupón que ha de existir, pero non chega a especificalo, o que supón que a disposición legal impugnada non determinou por si mesma a finalidade do tratamento de datos persoais que revelen opinións políticas, máis alá da xenérica mención ao «interese público»<sup>100</sup>.

b) Non limita o tratamento regulando pormenorizadamente as restricións ao dereito fundamental, só recolle unha condición limitativa: a recompilación só poderá levarse a cabo «no marco das súas actividades electorais». Trátase dunha condición que apenas contribúe a constrinxir o uso da habilitación conferida. É dicir, non se limitou o tratamento regulando pormenorizadamente as restricións ao dereito fundamental<sup>101</sup>.

c) A súa redacción literal nin contén nin específica en forma ningunha as garantías e limítase a recoñecer que deben ofrecerse «garantías axeitadas», sen máis precisións. Non estableceu ela mesma as garantías axeitadas para protexer os dereitos fundamentais afectados<sup>102</sup>.

Conclúe o tribunal que todo iso supón que o artigo 58 bis apartado 1 da LOREX non identificou a finalidade da inxerencia para a realización da cal se habilita os partidos políticos, nin delimitou os presupostos nin as condicións desa inxerencia, nin estableceu as garantías axeitadas que para a debida protección do dereito fundamental á protección de datos persoais reclama a doutrina constitucional. Isto produce, desta forma, tres vulneracións do artigo 18.4 CE en conexión co artigo 53.1 CE, autónomas e independentes entre si, todas elas vinculadas á insuficiencia da lei, redundando as tres na infracción do mandato de preservación do contido esencial do dereito fundamental (art. 53.1 CE): por unha banda, a insuficiente adecuación da norma legal impugnada aos requirimentos de certeza crea un perigo, no que reside precisamente esa vulneración e, por outra banda, a indeterminación da finalidade do tratamento e a inexistencia de «garantías axeitadas» ou as «mínimas exixibles á Lei» constitúen

<sup>98</sup> STC 76/2019, do 22 de maio, FX 6.º

<sup>99</sup> STC 76/2019, do 22 de maio, FX 6.º

<sup>100</sup> STC 76/2019, do 22 de maio, FX 7.º

<sup>101</sup> STC 76/2019, do 22 de maio, FX 7.º

<sup>102</sup> STC 76/2019, do 22 de maio, FX 8.º

en si mesmas inxerencias no dereito fundamental de gravidade similar á que causaría unha intromisión directa no seu contido nuclear<sup>103</sup>.

Por todo iso, o TC resolve estimando o recurso e declara inconstitucional o artigo 58 bis da LOREX sinalando que as opinións políticas son datos persoais sensibles cuxa necesidade de protección é superior á doutros datos persoais e que a disposición legal impugnada non identificou a finalidade da inxerencia para a realización da cal se habilita os partidos políticos, nin delimitou os presupostos nin as condicións desa inxerencia nin estableceu as garantías axeitadas.

## 7 Conclusións

Debemos concluír que, analizado o novo artigo 58 bis da LOREX, este incumpre tanto o RXPDP como a LOPDGDD e a CE. A disposición non recolleu os presupostos que habilitan o tratamento dos datos persoais que revelen opinións políticas e supón unha inxerencia desproporcionada nos nosos dereitos fundamentais, unha inxerencia que se intentou xustificar cunha norma regulamentaria. Vulnera, deste xeito, o dereito fundamental á protección de datos e o dereito á liberdade ideolóxica, e podería vulnerar, do mesmo modo, o dereito á liberdade de expresión e o dereito á participación política. O precepto obvia toda medida que poida garantir o dereito á protección de datos, permitindo un uso discriminado e sen lexitimación para iso por parte dos partidos políticos, e non resulta proporcional ao obxectivo perseguido.

A emenda que introduciu o novo precepto da LOREX razoouse defendendo que era necesaria para evitar casos como o de *Cambridge Analytica*, pero parece que con este novo artigo estaríamos máis preto dun “*Cambridge Analytica español*” que sen ela. O lexislador debería, polo tanto, *de lege ferenda*, reformular o artigo 58 bis da LOREX (actualmente inconstitucional), nun proxecto independente de reforma da lei orgánica específica que recolla dunha maneira concreta todos os requisitos do RXPDP e criterios do TXUE, TEDH e TC, para protexer a cidadanía e evitar vulneracións de dereitos fundamentais e liberdades públicas.

## Bibliografía

- ARZOZ SANTIESTEBAN, X., *Videovigilancia, seguridad ciudadana y derechos fundamentales*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2010.
- HOWARD, P. N., e JONES, S. (eds.), *Sociedad on-line: Internet en contexto*, Editorial UDOC, Barcelona, 2005.
- LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P. L., *El Derecho a la Autodeterminación Informativa. La Protección de los Datos Personales Frente al Uso de la Informática*, Tecnos, Madrid, 1990.
- PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1991.

---

<sup>103</sup> STC 76/2019, do 22 de maio, FX 9.º



- REBOLLO DELGADO, L., e SERRANO PÉREZ, M. M., *Manual de Protección de Datos*, Dykinson, Madrid, 2018.
- RUIZ MIGUEL, C., *El derecho a la protección de la vida privada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Civitas, Madrid, 1994.
- SÁNCHEZ BRAVO, Á. A., *La protección del derecho a la libertad informática en la Unión Europea*, Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, Sevilla, 1998.
- SERRANO LÓPEZ, M. M., “El derecho fundamental a la Protección de Datos. Su contenido esencial”, *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, n. 1, 2005.
- TRONCOSO REIGADA, A., *Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, Civitas, Madrid, 2010.

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS



# Xurisprudencia contencioso-administrativa

Jurisprudencia contencioso-administrativa

Contentious-administrative jurisprudence



FRANCISCO DE COMINGES CÁCERES

Maxistrado (Galicia, España)  
f.cominges@poderjudicial.es

Recibido: 14/01/2019 | Aceptado: 19/01/2019

DOI: <https://doi.org/10.36402/10.36402/regap.v1i58.121>

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

**SUMARIO:** 1 Administración local. 1.1 Convenios de colaboración entre a Xunta de Galicia e os concellos para a coordinación dos servizos de transporte público. Requisitos procedementais. 1.2 Persoal do corpo de extinción de incendios. Legalidade da prohibición de realización de "horas extra" retribuídas a quen supere unha determinada idade. 1.3 Persoal da Administración local. Desempeño de funcións de superior categoría. Equiparación retributiva. Consolidación do grao persoal. 1.4 Responsabilidade patrimonial da Administración municipal por accidente de peón na vía pública. O Concello non pode achacarlle no proceso xudicial a responsabilidade ao seu contratista se non o declarou previamente na vía administrativa. 1.5 Reclamación de pagamento de facturas. Prescrición, determinación e cálculo dos xuros de demora. 2 Contratos públicos. 2.1 Procedemento administrativo para a imposición de penalidades ás contratistas de servizos públicos que cumpran incorrectamente as súas obrigas. Non lle resulta de aplicación o instituto da caducidade. 2.2 Contratación por unha universidade do servizo de rede sen fíos. Compatibilidade das restricións tecnolóxicas establecidas nas bases da licitación cos principios de libre concorrencia e competencia. 3 Medio ambiente e urbanismo. 3.1 Disciplina urbanística. Admisibilidade de recurso extraordinario de revisión fronte a orde de demolición firme, pola aparición sobrevida de fotografías sobre a antigüidade da obra. 3.2 Obras e actividades permisibles en edificios en situación de fóra de ordenación. 4 Patrimonio cultural. 4.1 Delimitación do Camiño de Santiago. Concepción dinámica do trazado. 4.2 Determinación da cor da pintura da fachada dunha edificación protexida estruturalmente. 5 Persoal. 5.1 Límites de acceso dos órganos de representación sindical aos datos dos empregados públicos da súa Administración. 6 Proceso contencioso-administrativo. 6.1 Medidas cautelares contra ordes de demolición e multas por infraccións urbanísticas. 6.2 Requisitos de procedibilidade das administracións locais para interpor recursos contencioso-administrativos: deben achegar informe xurídico do secretario da Corporación. 6.3 Lexitimación activa en materia de medio. Límites da acción popular. 6.4 Non cabe instar a execución forzosa dunha sentenza desestimatoria ditada en proceso promovido fronte a unha orde de demolición. 6.5 Procesos contra resolucións da Tesouraría Xeral da Seguridade Social de

derivación de débeda. Determinación da contía. 7 Tributos. 7.1 Imposto sobre o incremento de valor dos terreos (plusvalía): Responsabilidade patrimonial do Estado lexislador. Acreditación da “minusvalía”. 7.2 Non-aplicación aos parques eólicos da taxa municipal por ocupacións da vía pública. 7.3 As vendas de ouro de particulares a comerciantes están suxeitas ao imposto de transmisións. 8 Universidades. 8.1 Axudas posdoutorais da Xunta de Galicia. Incompatibilidade con axudas ou contratos previos.

## 1 Administración local

### 1.1 Convenios de colaboración entre a Xunta de Galicia e os concellos para a coordinación dos servizos de transporte público. Requisitos procedementais

A Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (TSXG), na súa Sentenza do 13 de setembro de 2019 (rec. 4013/2017, relator: Martínez Quintanar), desestima o recurso interposto por unha empresa de transporte de viaxeiros fronte ao convenio suscrito entre a Xunta de Galicia e os Concellos de Santiago de Compostela e Teo para a coordinación do transporte público. Afírmase nela o seguinte, sobre cuestións procedementais que afectan aos concellos subscritores do convenio:

*«(...) Sostense na demanda que o convenio de colaboración é nulo por delegarse competencias da Xunta de Galicia e do Concello de Teo no Concello de Santiago á marxe do procedemento legalmente establecido. Neste sentido asevérase que o Concello de Santiago de Compostela asume a prestación, mediante o seu transporte urbano, do servizo interurbano Santiago-Os Tilos, competencia da Xunta de Galicia, servizo que excede o ámbito territorial dese municipio ou, cando menos, asume a competencia de regular as súas condicións (tarifas, frecuencias, bonos ordinarios, etc.). Na medida en que hai delegación de competencias da Administración autonómica, a aprobación deste convenio requiriría a aceptación expresa por acordo do Pleno do Concello de Santiago nos termos do artigo 8.1 Lei 5/1997 de Galicia e a súa tramitación de conformidade co disposto nesta (8.1 e 3, 61.r, 64.2.i, 64.4, 175, 178, 182 e 191.g) e concordantes LRBRL, aprobación que non se produciu (...).*

*Non cabe acoller a alegación procedemental da actora, porque propiamente non nos atopamos ante un acto de delegación intersubxectiva, entendido como a manifestación unilateral de vontade dunha Administración pola cal se transfire o exercicio dunha competencia propia a outra Administración, para que pase a desempeñala cos seus medios persoais e materiais. Trátase dun convenio de colaboración no que as administracións asinantes asumen as obrigas nel consignadas, respondendo a unha fórmula colaborativa en que se concreta a forma de prestación do servizo mediante a asunción recíproca de obrigas por todas as administracións asinantes do convenio. Non se trata dunha manifestación unilateral de vontade de transferencia de exercicio dunha competencia autonómica que fose aceptada por unha Administración local delegada. A disposición adicional 12.<sup>a</sup> da Lei 14/2013, do 26 de decembro, de racionalización do sector público autonómico, presta amparo a esta fórmula convida na procura da colaboración interadministrativa, e o propio convenio remítese a esa disposición expresamente, cuxo teor literal ampara expresamente*

o convenio asinado, bastando unha lectura deste para apreciar que a dita disposición non se limita a remitirse ás formas de cooperación previstas na Lei 6/1996, senón que establece, “ademais das mesmas”, e co fin de mellorar as condicións de accesibilidade das persoas usuarias á rede de transporte público, a posibilidade de que a Xunta de Galicia, a través da consellería competente en materia de mobilidade e transporte, formalice convenios de colaboración con outras administracións públicas galegas mediante os que se establecerán actuacións de coordinación de servizos de transporte público das súas respectivas competencias, incluíndo a habilitación da extensión dos servizos interurbanos ao transporte urbano ou viceversa.

Tendo en conta que o que fai o convenio de colaboración impugnado é habilitar o transporte urbano da cidade de Santiago de Compostela a estender os seus servizos á urbanización dos Tilos, situada fóra do seu termo municipal, para que poida realizar tráfico interurbanos coa dita urbanización, tanto de entrada como de saída á cidade, é claro o amparo xurídico da disposición adicional 12.<sup>a</sup> da Lei 14/2013, que habilita a Xunta de Galicia a asinar convenios de colaboración como este que inclúen non a habilitación da extensión dos servizos interurbanos ao transporte urbano senón á inversa, isto é, a extensión do transporte urbano aos servizos interurbanos, o que é o caso.

(...) Por iso, e por non se tratar nin dunha transferencia de funcións ou actividades, nin a aceptación dunha delegación ou encomenda de xestión, non cabe soste a nulidade do convenio por ausencia de informes municipais dos servizos de asesoría xurídica e intervención, aducida pola actora no punto cuarto da fundamentación xurídica da demanda. Precisamente o obxecto do convenio é coordinar o exercicio das respectivas competencias, e non se aprecia que deste puidesen derivar gastos adicionais que fixesen precisos os informes de fiscalización económica, máxime cando se prevé expresamente que o réxime de prestación destes servizos convidados non suporá incremento de custos para o Concello de Santiago de Compostela (cláusula 4.<sup>a</sup>), e si se prevé o sometemento do convenio na súa cláusula 5.<sup>a</sup> á función interventora e de control financeiro exercidas pola Intervención Xeral da Comunidade Autónoma. (...)

A parte actora alega que o Convenio de colaboración debía ter sido aprobado polo Pleno do Concello de Santiago de Compostela e en cambio foi aprobado pola Comisión de Goberno do Concello de Santiago. Tamén debería ser aprobado por acordo do Consello da Xunta de Galicia, por ser un convenio de duración indefinida e comportar a asunción de obrigas económicas plurianuais de importe superior a 200.000 euros ao ano, e este acordo non consta adoptado. Tamén por este motivo aduce que o convenio de colaboración é nulo de pleno dereito ao abeiro do artigo 62.1.b) da Lei 30/1992.

A alegación debe ser desestimada, porque a aprobación polos plenos municipais sería requisito de validez para a aceptación dunha delegación de competencias, que é o que considera o artigo 8 da Lei 5/1997 de Administración local de Galicia. Conforme o artigo 123.1.j) da Lei de bases de réxime local, a competencia do Pleno nos concellos suxeitos ao réxime de municipios de gran poboación refírese á transferencia de funcións ou actividades a outras administracións públicas, así como a aceptación das delegacións ou encomendas de xestión realizadas por outras administracións, salvo que por lei se impongan obrigatoriamente, e xa se expuxo no fundamento de dereito anterior que non nos atopamos ante

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

ningún destes supostos, atendendo á natureza convida das actuacións de coordinación, no marco dunha fórmula de colaboración competencial que non supón en puridade nin transferencia de funcións ou actividades a outras administracións públicas, nin a aceptación das delegacións nin encomendas de xestión. (...)

Na demanda alégase que, como se desprende do expediente e do complemento do expediente do Concello de Teo, ademais de non constar os referidos informes de secretario e interventor, non se someteu o dito expediente a información pública (art. 123 e 136.1 LRBRL e 8.3 e 64.d) da Lei local de Galicia); tampouco consta a súa publicación no BOP unha vez aprobado, sendo pois este nulo en atención ao previsto no 62.1 da Lei 30/1992. Polo que respecta ao acordo do Concello de Santiago, ademais de non ser adoptado polo Pleno, de non se ter emitido os preceptivos informes do secretario asesor xurídico e do interventor en relación co texto do convenio suscrito, non foi sometido a información pública o texto definitivo do convenio e, unha vez aprobado, non se publicou no BOP (art. 123 e 136.1 LRBRL e 8.3 e 64.d) da Lei local de Galicia), sendo pois este nulo en atención ao previsto no 62 da Lei 30/1992. Por último, sinala que a Xunta de Galicia tampouco someteu o expediente e o texto definitivo do convenio a información pública nin publicou o acordo polo que se aprobou no DOG.

Ningunha das circunstancias alegadas determina a nulidade do convenio de colaboración aprobado, por tratarse dun instrumento de coordinación interadministrativa cun amparo legal específico na disposición adicional 12.<sup>a</sup> da Lei 14/2013, no procedemento de aprobación da cal non está previsto como trámite preceptivo o sometemento a información pública. Nin o exige esa disposición nin o artigo 57 da Lei de bases de réxime local e na demanda non se cita ningún precepto legal aplicable ao caso que determine o carácter preceptivo dese trámite de información pública, do que se colixe que se trata dun trámite potestativo, de conformidade co previsto no artigo 86.1 da LRPAC 30/1992.

Debe precisarse que non se trata de ningunha ordenanza nin dunha disposición de carácter xeral, nin dunha delegación de competencias, polo que os preceptos citados pola actora non son aplicables. Ademais, si houbo un trámite de información pública por un dos concellos parte do convenio en relación cun borrador e a actora puido realizar alegacións, o que descarta, como xa se expuxo, a existencia de indefensión. Tampouco se aprecia a omisión de ningún informe preceptivo, ao tratarse dun procedemento de colaboración interadministrativa cun amparo legal específico que non determina a preceptividade de ningún informe que se omitise.

As mesmas consideracións cabe realizar en relación á ausencia de publicación do convenio de colaboración, xa que na demanda non se cita ningunha disposición legal ou regulamentaria que o estableza como requisito de validez, que sería o exixible para que a súa omisión determinase a súa anulación, que é o que se solicita na demanda. Trátase dun instrumento de colaboración administrativa, e para o caso de que algunha disposición establecese a exixencia da súa publicación en diario oficial, sería condicionante da súa eficacia, non da súa validez, polo que non podería fundamentarse nesa omisión a pretensión anulatoria. (...)».

## 1.2 Personal do corpo de extinción de incendios. Legalidade da prohibición de realización de “horas extra” retribuídas a quen supere unha determinada idade

O TSXG, na súa Sentenza do 18 de decembro de 2019 (rec. 152/2019, relator: Seoane Pesqueira), desestima o recurso interposto por personal do corpo de extinción de incendios do Concello de Vigo contra unha resolución na que se lle prohibe realizar “horas extras” retribuídas a quen alcance a idade mínima de prexubilación:

*«(...) Consideran os recorrentes que co dito decreto se lles discrimina por razón da súa idade, vulnerando o seu dereito ao traballo, á libre elección de profesión ou oficio, a promoción a través do traballo e a unha remuneración suficiente para satisfacer as súas necesidades e as da súa familia. (...)*

*Co fin de saír ao paso de cada un dos argumentos que se expoñen no recurso de apelación para fundar a alegación de discriminación, debemos dicir:*

*A) Son datos reais e feitos obxectivamente constatados os que revelan a maior perigosidade e penosidade do desempeño da actividade de bombeiro cando se alcanza a idade de xubilación anticipada e se leva maior tempo de prestación de servizos, pois, á marxe dos estudos levados a cabo a nivel estatal, dentro do Concello de Vigo son reveladores os que ofrece o informe do 18 de outubro de 2017 da técnica de prevención de riscos laborais, aos que anteriormente fixemos referencia, polo que non debe estrañar que o Comité de Seguridade e Saúde Laboral, na súa reunión do 14/12/2017, adoptase o acordo unánime de que os bombeiros menos indicados para realizar traballos fóra de xornada eran os que quedaban afectados polo RD 383/2008 e que, se se vían abocados a facelas, debían ser compensados con descansos. Desde logo, o establecemento dunha normativa local sobre a xornada laboral dos empregados públicos que alcanzaron a idade de xubilación anticipada, en aplicación do disposto no RD 383/08, non pode quedar condicionada pola declaración de aptitude de condicións físicas e psíquicas dos que no Concello se atopan nesa situación, porque esa declaración non fai desaparecer o carácter perigoso e penoso da actividade que desempeñan, e tampouco pode facer esquecer que a partir daquela idade se incrementa o risco de maior sinistralidade porque correlativamente as aptitudes psicofísicas se ven reducidas.*

*B) No informe da técnica de prevención de riscos laborais ponse de manifesto que o feito de que o cadro de personal do corpo de bombeiros de Vigo presenta unha media de idade elevada incide no índice de sinistralidade, pero é que, á marxe diso, xa vimos que de todos os estudos previos se deduciu indiscutiblemente a influencia da idade nunha actividade penosa e perigosa como a de bombeiro, e por iso se aproba a normativa relativa á posibilidade da súa xubilación anticipada, o cal, polo demais, se adecúa á lóxica e racionalidade.*

*C) Debe reiterarse que para a aprobación do decreto impugnado non pode atenderse ao estado psicofísico dos recorrentes, porque se trata dunha normativa que regula a cuestión con carácter permanente e estable, debendo aclararse que 33 membros do servizo non realizaron o recoñecemento voluntario en 2017, o cal é moi diferente á afirmación de que non resultarían aptos para o servizo.*

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS



D) *Tamén se aclarou anteriormente que o feito de que existan bombeiros aos que con 59 anos se lles permite seguir realizando reforzos e excesos de xornada é debido a que non se encontran dentro do ámbito de aplicación do RD 383/2008 porque non levan prestando servizos o número suficiente de anos, de modo que neles non concorre o segundo factor que, xunto coa idade, fai especialmente penosa e perigosa a actividade. Ademais, con iso demostrárase que non existe unha intención de prexudicar os que teñen maior idade.*

E) *O feito de que se veñan realizando máis reforzos de categoría superior que os debidos ou aconsellados non contradí o seu carácter excepcional, xa que iso se produce polo reducido do cadro de persoal, e en calquera caso iso non podería servir de fundamento para considerar contrario ao principio de igualdade o decreto impugnado, porque aquilo nada ten que ver coa alegada discriminación por razón de idade.*

*(...) convén advertir que a natureza das funcións exige unha aptitude psicofísica específica, na medida en que os fallos que poden producirse no exercicio das ditas funcións poden ter consecuencias importantes, non só para os propios funcionarios, senón tamén para os seus compañeiros e para terceiros, ademais de para a seguridade pública».*

### **1.3 Persoal da Administración local. Desempeño de funcións de superior categoría. Equiparación retributiva. Consolidación do grao persoal**

O TSXG, na súa Sentenza do 17 de xullo de 2019 (rec. 195/2019, relator: Rivera Frade), resolve a reclamación dun funcionario de carreira municipal motivada no desempeño efectivo de funcións dunha categoría superior á súa. Recoñece o seu dereito a percibir as mesmas retribucións do posto que está a desempeñar *de facto*. Pero denega a súa pretensión de consolidación do grao persoal dese posto superior ao seu:

*«(...) debemos darlle a razón ao apelante pois a realidade constatada a través do expediente administrativo tradúcese en que a cobertura do posto de traballo que vén ocupando desde hai máis de dous anos non o foi para substituír unha ausencia temporal, como pode ser unha ausencia por enfermidade, por desfrute de permiso, ou por outros motivos, senón para cubrir unha vacante por xubilación do seu titular, aínda que esta cobertura sexa provisional mentres non se provexa o posto polas canles e a través dos procedementos legalmente establecidos. E tamén debemos compartir co apelante en que, á marxe de cal sexa a verdadeira natureza xurídica do seu nomeamento, debe recoñecérselle o dereito ao aboamento das retribucións complementarias que leva aparelado o posto de oficial efectivamente desempeñado durante todo este tempo.*

*O criterio que exixía unha adscrición formal ao posto de traballo de categoría superior debe entenderse superado desde que a Sentenza do Tribunal Supremo do 18 de xaneiro de 2018 (recurso: 874/2017) non o impón, bastando co exercicio material dese outro posto na súa totalidade ou nos seus contidos esenciais ou substantivos.*

*E, polo tanto, con maior razón debe recoñecerse aquel dereito cando se desempeña un posto de traballo de categoría superior ao abeiro dunha substitución por vacante, como sucede neste caso, que ademais implica o desempeño das súas funcións de forma completa e continuada. Xa o anticipara esta Sala e Sección na Sentenza do 14 de xuño de 2017*

(recurso de apelación 409/2016), con cita da anterior do 18 de maio de 2016, ditada no recurso de apelación 329/2015, cando argumentamos: “No plano práctico e nas circunstancias concretas, o dereito debe remediar as situacións abusivas ou discriminatorias se concorre un escenario en que alguén proba que realiza funcións doutra categoría ou posto e as acomete ben por investidura expresa da Administración ou ben por compracencia e tolerancia tácita e inequívoca, en condicións de frecuencia, intensidade e modos que se impón evitar o enriquecemento inxusto daquela ou o desequilibrio no binomio prestación-contraprestación que inspira toda relación de servizos, laboral ou funcionarial. En consecuencia, sería suficiente con que a situación da realización de funcións de categoría superior de modo pleno, continuo e estable, se realizase por compracencia ou tolerancia tácita da Administración, pois dese modo pode previr o enriquecemento inxusto, xa que resultaría paradoxal que quen incumpre o deber de velar porque a distribución do traballo nas diversas dependencias se leve a cabo conforme os distintos niveis recollidos na relación de postos de traballo, se puidese beneficiar daquel desempeño de tarefas dun posto de categoría superior por parte dun empregado público”.

A doutrina que se recolle na Sentenza de Tribunal Supremo do 18 de xaneiro de 2018 (recurso: 874/2017) foi reiterada en sentenzas posteriores, citando entre as máis recentes a do 7 de maio de 2019 (recurso: 1780/2018), que sae ao paso da cita das sucesivas leis xerais de orzamentos do Estado que limitaban o aboamento dos complementos de destino e específico, recoñecendo unicamente os que se correspondían co posto ocupado en virtude dos procedementos de provisión previstos na lei.

O Tribunal Supremo sostén que as previsións que se recollen nas leis orzamentarias parten do principio de que os funcionarios desenvolven as tarefas correspondentes ao seu posto de traballo. E engade: “Agora ben, a xurisprudencia constatou que hai supostos en que a Administración consente situacións en que os funcionarios teñen que realizar todas ou a parte esencial das tarefas dun posto distinto, reservado a funcionarios de grupos de titulación superior e de superior nivel de complemento de destino. Este último é un suposto que non contempla a lei, pois esta refírese soamente ao desempeño de tarefas concretas doutro posto de traballo, non de todas ou das esenciais deste” (...).

Non obstante, o apelante non se poderá ver favorecido na pretensión encamiñada ao recoñecemento da consolidación de grao persoal en dous niveis superiores ao que ten consolidado no seu posto de traballo de suboficial, pois este dereito só se pode recoñecer cando un funcionario de carreira, como é neste caso o recorrente, ocupa un posto de traballo con carácter definitivo, pero non cando o ocupa de forma temporal. Durante o tempo de desempeño deste posto só poderá percibir o nivel consolidado do posto que lle pertence con carácter definitivo, tal como establece a normativa obxecto de cita na sentenza de instancia (disposición transitoria oitava da Lei de emprego público de Galicia, e o artigo 70 do Real decreto 364/1995, do 10 de marzo).

A situación en que se atopa o apelante non é a de persoal interino, que é o persoal ao que o Tribunal Supremo lle recoñeceu, na sentenza que cita aquel no seu recurso (Sentenza do 7 de novembro de 2018) o dereito de adquisición de grao persoal á luz da xurisprudencia do TXUE sobre a aplicación da Directiva 1999/70/CE, relativa ao acordo Marco da CES, a UNICE e o CEEP sobre o traballo de duración determinada».

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

## 1.4 Responsabilidade patrimonial da Administración municipal por accidente de peón na vía pública. O Concello non pode achacarlle no proceso xudicial a responsabilidade ao seu contratista se non o declarou previamente na vía administrativa

Así o conclúe o TSXG na súa Sentenza do 30 de outubro de 2019 (rec. 112/2019, relator: Seoane Pesqueira), na que se afirma o seguinte:

*«(...) Na solicitude da demanda e do escrito de formalización da apelación pídesse exclusivamente a condena do Concello de Santiago de Compostela, sen alusión ningunha á empresa Ferrovial Servicios S.A., que ten a concesión dos servizos de mantemento, conservación e mellora dos espazos verdes e do arboredo urbano (informe do Departamento Municipal de Parques e Xardíns).*

*Neste caso non pode prosperar a alegación de falta de lexitimación pasiva do Concello de Santiago de Compostela porque, se este estimaba que a responsabilidade correspondía á concesionaria, debeu declaralo así expresamente no expediente, notificándollo á reclamante para que adoptase, se é o caso, as medidas oportunas.*

*Pero o que non cabe é permanecer inactivo en vía administrativa e posteriormente alegar falta de lexitimación pasiva en vía xurisdiccional baseándose na invocación do artigo 214.1 do Texto refundido da Lei de contratos do sector público.*

*En efecto, nos casos de silencio, de dirixirse a reclamación en vía xudicial unicamente fronte á Administración, esta non poderá alegar a súa falta de responsabilidade, atribuíndoa ao contratista, pois, como declararon as sentenzas da Audiencia Nacional do 17 de setembro de 2003 e a do 25 de outubro de 2016 da Sala 3.<sup>a</sup> do Tribunal Supremo, “cando a Administración demandada incumpre o disposto e non dá a coñecer ao prexudicado se dos danos por el sufridos debe responder a propia Administración, ou ben a contratista das obras, a teor do artigo 98 citado, a Administración non pode exonerarse de responsabilidade, imputándolle a ela o resarcimento dos danos causados”. Esta doutrina xa foi aceptada por esta mesma Sala na Sentenza do 4 abril de 2003 (recurso contencioso-administrativo n. 4561/1999). Neste sentido non se pode esquecer que a Administración posúe a titularidade do servizo e un deber de supervisión do cumprimento do contrato.*

*Esta mesma doutrina mantívose nas sentenzas do Tribunal Supremo do 30 de marzo de 2009, recurso 10680/2004; do 30 de novembro de 2011, recurso 5978/2009; e do 11 de febreiro de 2013, recurso 5518/2010.*

*O/a cidadán/á que sufriu o dano pode acudir directamente á Administración que crea responsable (titular do servizo público no ámbito do cal se produciu o dano), ou tamén poderá dirixirse fronte ao contratista, ou prestador do servizo público.*

*O artigo 214 do Real decreto legislativo 3/2011 (era o que estaba vixente cando aconteceron os feitos, pero hoxe foi substituído pola Lei 9/2017) establecía que:*

*“3. Os terceiros poderán requirir previamente, dentro do ano seguinte á produción do feito, o órgano de contratación para que este, oído o contratista, se pronuncie sobre a cal das partes contratantes lle corresponde a responsabilidade dos danos. O exercicio desta facultade interrompe o prazo de prescrición da acción. 4. A reclamación daqueles*

formularase, en todo caso, conforme o procedemento establecido na lexislación aplicable a cada suposto”.

*Pero, se o reclamante decidiu acudir directamente fronte á Administración, pode facelo, sen prexuízo do dereito de repetición que, se é o caso, se exerza fronte ao concesionario (así se deduce da Sentenza do 20 de novembro de 2018 da Sala 3.<sup>a</sup> do Tribunal Supremo, recurso de casación 1685/2017).*

*Polo tanto, non cabe acoller a alegación de falta de lexitimación pasiva da Administración local neste caso».*

## 1.5 Reclamación de pagamento de facturas. Prescrición, determinación e cálculo dos xuros de demora

O TSXG, na súa Sentenza do 25 de outubro de 2019 (rec. 4124/2018, relator: Díaz Casales), clarifica o relativo á prescrición, determinación e cálculo dos xuros de demora nas reclamacións de contratistas fronte a concellos por atrasos no pagamento de facturas, nos seguintes termos:

*«(...) Da prescrición dos xuros nos contratos de servizos.*

*En relación coa falta de cómputo da prescrición mentres o contrato non sexa liquidado nos contratos de xestión de servizos públicos, alegada pola apelante, debe advertirse que nestes contratos as prestacións teñen carácter autónomo e factúranse, en función do contrato, os servizos prestados cada mes, polo que non están suxeitos a unha liquidación final, como acontece nos contratos de obra, nos cales os pagamentos parciais se entenden efectuados “a boa conta” do que resulte da liquidación final. Polo que non se pode acoller ao argumento contido no recurso de apelación, o que determina a desestimación do primeiro dos motivos de impugnación da sentenza. (...) Esta sala en relación con esta cuestión deixou sentado que hai que estar á data de presentación da factura e, se é o caso, a reclamación, así o dixemos na St. do 1 de febreiro de 2019 (ditada no recurso 4204/2017) (...). No caso axuizado encontrámonos ante un contrato administrativo de servizos, de forma que é indiscutible que o dereito ao cobramento do contratista prescribe en todo caso aos catro anos, sendo o día inicial do cómputo do prazo de prescrición anterior, na hipótese máis favorable para o dito contratista, o correspondente á data da presentación da súa reclamación á Administración, estando de acordo neste punto tanto a parte recorrente como a Administración demandada, que no único punto no que discrepan é o da data daquela reclamación, que a primeira defende que é o día 8 de outubro do ano 2008, mentres que a Administración considera que é o día 5 de febreiro do ano 2010, de forma que o que hai que resolver é unha cuestión de proba dun punto de feito controvertido. En relación con esta cuestión, o primeiro que hai que deixar sentado é que é exacta a afirmación da demandante de que “a inexistencia da prescrición queda acreditada polo recoñecemento que a Administración fai da débeda e dos servizos prestados pola contratista que orixina esa débeda”, pois, como doadamente se advirte, o feito de que o debedor dunha obriga recoñeza ante a reclamación xudicial da débeda realizada polo acredor que a débeda é certa, ese recoñecemento non ten eficacia interruptiva da prescrición se esta xa se consumou antes (...). Así pois, o que hai que resolver é a data na que o contratista*

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

reclama de xeito fidedigno ante a Administración, reclamación fidedigna que como acto propio do contratista, é este o que se atopa en condicións de acreditar cumpridamente, non correspondendo pola contra á Administración acreditar a data da reclamación, ao non ser ela a reclamante, e todo iso conforme o disposto no artigo 217.2 e 6 da Lei 1/2000, de axuízamento civil. Aplicando o anterior criterio a este caso é evidente que se produciu a prescrición da débeda que documenta a factura presentada en setembro de 2008 polos servizos correspondentes a limpeza viaria prestados no mes de agosto, porque desde a súa presentación a única reclamación que ten virtualidade interruptiva produciuse no mes de novembro de 2012, cando xa transcorreran os 4 anos para que operase a prescrición, sen que poidamos considerar a solicitude de certificación de débedas presentada en febreiro de 2009 (...).

**TERCEIRO.** Da renuncia aos xuros cando se acode ao mecanismo do RDL 2/2004. Unha pretensión idéntica á presente xa a resolvemos na St. 49/2019 do 25 de xaneiro, ditada no recurso 4414/2017 (...).

A entidade recorrente pretende fundamentar a súa falta de voluntariedade no acollemento ao plan de pagamentos na necesidade de mellorar a súa situación financeira, xa que, por un lado, non tiña medios efectivos para cobrar íntegra a débeda e, por outro, solicitara un procedemento concursal. Certamente entendemos o delicado da situación pero, por unha parte, non podemos asumir que a súa situación viñese exclusivamente provocada pola falta de aboamento das facturas polo Concello de (---) cando, segundo mantén no recurso de apelación, mantén a condición de concesionaria do servizo en 45 concellos e, por outra, é evidente que a súa decisión de acollemento ao plan de pagamentos viña condicionada pola situación en que se atopaba e mesmo que a viabilidade da alternativa da reclamación xudicial da débeda cos xuros se tornase dubidosa, pero en calquera caso o que non pode é tratar de evitar a consecuencia que o acollemento ao plan de pagamentos prevé no artigo 9, que supón a total extinción da débeda por principal, xuros e custas, máxime cando, como reiteramos, a situación que describe resulta coincidente coa tida en conta polo lexislador para habilitar este procedemento extraordinario de aboamento das débedas das entidades locais (...).

**CUARTO.** Da inclusión dos gastos de asesoramento.

Respecto aos custos de cobramento, o artigo 8 da Lei 3/2004, do 29 de decembro, pola que se establecen medidas de loita contra a morosidade nas operacións comerciais, no momento en que URBASER formulou a reclamación o precepto dispón: 1. Cando o debedor incorra en mora, o acredor terá dereito a cobrar do debedor unha cantidade fixa de 40 euros, que se engadirá en todo caso e sen necesidade de petición expresa á débeda principal. Ademais, o acredor terá dereito a reclamar ao debedor unha indemnización por todos os custos de cobramento debidamente acreditados que sufrise a causa da mora deste e que superen a cantidade indicada no parágrafo anterior. 2. O debedor non estará obrigado a pagar a indemnización establecida no apartado anterior cando non sexa responsable do atraso no pagamento. Neste caso a sentenza de instancia, que non foi impugnada polo Concello demandado, condena a este a aboar a cantidade fixa de 40 € por factura, o que multiplicado polas 85 facturas fan un total de 3.400 € (85 facturas x 40 €) polo que non cabe incrementar esta cantidade con outros 3.600 € polos honorarios de avogado

cando, por unha parte, a reclamación en vía administrativa non aparece formulada por un letrado e, por outra parte, a súa procedencia parece limitada a aqueles casos en que os custos excedan a prima fixa polo que só cabería en relación coa diferenza e non de forma acumulativa, como pretende a concesionaria.

**QUINTO.** Do anatocismo.

En relación con esta cuestión, resulta oportuno reiterar o claro criterio sentado polo TS recordado na St. do 13 de xuño de 2019 (ditada no recurso 328/2016) do TSX de Valencia conforme o cal só cabe o anatocismo cando a débeda é líquida, non séndoo cando se dis-  
cuten os parámetros sobre os que deben realizar os cálculos. (...)».

## 2 Contratos públicos

### 2.1 Procedemento administrativo para a imposición de penalidades ás contratistas de servizos públicos que cumpran incorrectamente as súas obrigas. Non lle resulta de aplicación o instituto da caducidade

Así o declara a Sentenza do TSXG do 30 de outubro de 2019 (rec. 7087/2019) en que se confirman as multas impostas por un Concello á mercantil concesionaria do servizo de abastecemento de auga potable pola súa deficiente prestación, realizando as seguintes consideracións:

«Con data do 21 de maio de 2019 o TS ditou sentenza (...) na que, entre outras cousas, manifesta o seguinte:

A Sala (do Alto Tribunal) entende que a imposición de penalidades, conforme a normativa antes exposta por incumprimento contractual, non está suxeita a un prazo de caducidade e isto polas seguintes razóns:

1.º É punto común e pacífico que no substantivo tales penalidades non responden ao exercicio dunha potestade sancionadora, logo para a súa imposición non se segue un procedemento específico de natureza sancionadora nin este é aplicable supletoriamente. Ao respecto é xurisprudencia desa Sala que responden ao exercicio dunha facultade de coerción sobre o contratista para a correcta execución do contrato, facultade que implica poderes de dirección, inspección e control que, en garantía do interese público, se lle atribúe á Administración (cf. Sentenza desta Sala, Sección Quinta, do 6 de marzo de 1997, recurso de apelación 4318/1991).

2.º A súa natureza certamente achégase á lóxica da multa coercitiva como instrumento cuxo fin é forzar, mediante a súa reiteración e ata lograr o cumprimento de determinada obriga contractual. Tal similitude acentúase cando coa penalidade se reacciona ante atrasos do contratista ou outro cumprimento defectuoso mantido no tempo; agora ben, cando se impón como consecuencia dun incumprimento puntual ou executado do contrato, xa non implica coerción ningunha e a súa natureza aseméllase certamente á sancionadora ou cumpre un fin resarcitorio.

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS



3.º *Aínda así, como tal penalidade ten unha soa regulación e non pode posuír diversa natureza dependendo da súa finalidade, hai que observar o criterio xurisprudencial segundo o cal carece dunha vocación sancionadora en sentido estrito, e configúrase como unha sorte de cláusula penal contractual (cf. artigo 1152 do Código civil, lexislación citada CC art. 1152) cuxa razón radica no interese público que se satisfai co contrato e que é necesario tutelar.*

4.º *No procedementa a imposición de penalidades sitúase sistematicamente na LCSP 2007 en sede de execución contractual, sen que se prevexa para o seu exercicio un procedemento específico e diferenciado, o que non é o caso deses outros supostos do artigo 194 da LCSP de 2007 nos que se prevé que a Administración contratante exerza certas potestades mediante procedementos concretos: é o caso dos supostos de interpretación, modificación, resolución, reclamación de débedas, cesión ou subcontratación (cf. artigo 195.1 da LCSP 2007).*

5.º *Cobra así sentido a cita da Sentenza do Pleno desa Sala, do 28 de febreiro de 2007, recurso de casación 302/2004, que constitúe a ratio decidendi da sentenza impugnada. Malia ditarse para un suposto distinto, dela cabería deducir que a imposición de penalidades non implica un procedemento autónomo ou diferenciado dentro do procedemento contractual iniciado coa adxudicación, senón unha decisión ou trámite en particular da fase de execución.*

6.º *Isto non quita que para a súa adopción haxa unha regulación mínima no artigo 196.8 da LCSP 2007, o que evita a idea de imposición de plano: prevese así que haxa proposta e decisión, e que haxa trámite de audiencia ou alegacións é unha exixencia non expresamente prevista, senón que responde a un cabal entendemento do principio de proscrición da indefensión, exixencia común a todo acto mediante o cal o poder público impoña un gravame.*

7.º *As revisións do citado artigo 196.8 das LCSP leva á idea certa de que hai un expediente, pero non un procedemento. En efecto, a idea de expediente supón a documentación da sucesión de actuacións que integran un procedemento, pero pode implicar só a constancia documental de decisións, o que asemella as penalidades coas multas coercitivas adoptadas para a execución de acto incumprido que si pon fin a un procedemento.*

8.º *Deste xeito, como xa a denominou a Sentenza desa Sala, Sección Quinta, do 30 de outubro de 1995 (recurso de apelación 5203/1991) coa imposición de penalidades estase ante unha “decisión executiva”, aínda que acordada no curso do procedemento de execución dun contrato, prevista nos contratos a modo de estipulación accesoria cuxa regulación mínima se esgota, neste caso, no artigo 196.8 da LCSP 2007. Non precisa, polo tanto, a aplicación supletoria da Lei 30/1992 –hoxe Lei 39/2015– para a súa regulación.*

9.º *Quebra deste xeito o presuposto normativo do artigo 44.2 da Lei 30/1992, pois a fase de execución contractual, dentro do procedemento administrativo, non ten por obxecto exercer unha potestade de “intervención” susceptible de producir efectos desfavorables ou de gravame: estase ante a regulación da dita fase dentro do procedemento contractual, cuxa finalidade é a correcta execución dun contrato mediante o que se satisfán intereses públicos (...).*



*A Sala conclúe que na imposición de penalidades contractuais ao abeiro do artigo 196.8 da LCSP de 2007 aplicable ao caso –actualmente, artigo 194.2 da vixente Lei 9/2017–, non son aplicables os artigos 42.3.a) e 44.2 da Lei 30/1992 –actualmente, artigos 21.3.a) e 25.1.b) da Lei 30/2015...– porque constitúen trámites, decisións ou incidencias dentro do procedemento de execución».*

## **2.2 Contratación por unha universidade do servizo de rede sen fíos. Compatibilidade das restricións tecnolóxicas establecidas nas bases da licitación cos principios de libre concorrència e competencia**

Afirma ao respecto o TSXG na súa Sentenza do 11 de outubro de 2019 (rec. 4193/2017, relator: Martínez Quintanar) o seguinte:

*«(...) O núcleo da argumentación da demandante baséase na alegación de incompatibilidade do sistema de xestión Airwave (do fabricante Aruba) con terceiros fabricantes non nativos e a inexistencia dunha API que permita a integración de terceiros. (...) só catro dos quince principais fabricantes (dezaseis, se se inclúe Aruba) presentarían algún tipo de compatibilidade, pero, aínda neses casos, os modelos soportados son antigos ou xa non están en venda e/ou non cumpren cos requisitos técnicos da licitación. (...) Por todo iso a demandante considera que se traspasaron os límites da discrecionalidade, por establecerse unha restrición inxustificada da competencia, impedindo o acceso aos licitadores en condicións de igualdade, por impoñer unha restrición á tecnoloxía Aruba e Airwave, non podendo ser substituída por outra.*

*En resposta ás alegacións da demandante, debemos valorar a proba practicada á súa instancia, e concluír que desta o que se deriva é que o PPT non impón un único fabricante, marca ou modelo, senón que establece uns requisitos técnicos e a obrigatoriedade de utilizar unha determinada ferramenta de xestión e uns determinados puntos de acceso, que son a ferramenta e puntos de acceso cos que xa conta a Universidade, deixando liberdade para a elección do fabricante para os puntos de acceso adicionais que deben ofertar os licitadores e para as controladoras (salvo unha, que debe ser de Aruba). Polo tanto, para a implantación do servizo contratado, non determina que sexa necesariamente un o fabricante que se deba ofertar, senón que se elixiu unha ferramenta que é compatible cunha variedade de fabricantes. (...)*

*A proba pericial achegada versa sobre o resultado restritivo a que conduce o prego de prescricións técnicas á hora de elixir os fabricantes con que poder concorrer á licitación, pero non desvirtúa que esa restrición está sobradamente xustificada, en función da finalidade de conservar e non desaproveitar a infraestrutura e equipamento xa existente, a cal, de aceptar a formulación da recorrente, a Universidade se vería abocada a substituír integramente, e iso para satisfacer os intereses particulares da demandante.*

*(...) A ausencia de proba sobre unha alternativa tecnolóxica máis aberta á compatibilidade de máis fabricantes e que permitise integrar o equipamento xa existente hai que póla en relación coa doutrina do Tribunal de Xustiza da Unión Europea, en particular a plasmada na Sentenza do Tribunal Xeral do 8 de outubro de 2015, Asunto T-90/14, conforme a*

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

cal: “o principio de igualdade de trato dos licitadores non require que se obrigue o órgano de contratación a neutralizar absolutamente todas as vantaxes das que goza un licitador cuxo contratista actual é o subcontratista (Sentenza Evropaïki Dynamiki). Comisión, apartado 75 supra, EU:T:2008:67, apartado 73). Para preservar na maior medida posible o principio de igualdade de trato dos licitadores, a neutralización das posibles vantaxes do contratista titular aínda debe levarse a cabo, só na medida en que esta neutralización sexa tecnicamente doada de realizar, cando sexa economicamente aceptable e cando non infrinxe os dereitos do contratista titular ou dese licitador (Evropaïki Dynamiki/Comisión, apartado 75 supra, EU:T:2008:67, apartado 76)”.

Polo tanto, hai causa xustificada para a definición no PPT dunha ferramenta de xestión, da que xa dispón a Universidade, que conceptualmente é compatible con varios fabricantes e non só con Aruba, con independencia dos problemas que poidan xurdir na análise técnica desa compatibilidade á hora de cumprir o estándar tecnolóxico imposto no PPT con algúns deles. E esa causa xustificada radica na necesidade de aproveitar a infraestrutura e equipamento preexistente.

Téñase en conta que o artigo 117.2 do TRLCSP citado na demanda obriga a permitir o acceso en condicións de igualdade dos licitadores, sen crear obstáculos inxustificadas á apertura dos contratos, e aquí as dificultades de compatibilidade con outros fabricantes distintos de Aruba non derivan dunha elección caprichosa ou arbitraria, senón da necesidade de aproveitar e amortizar un equipamento, cunha determinada tecnoloxía, xa existente. Aínda que a regra xeral establecida no apartado terceiro do artigo 117 do TRLCSP é a de prohibición de mencionar nas especificacións técnicas unha fabricación ou unha procedencia ou un procedemento concreto, ou unha concreta marca, patente, orixe ou produción determinados, iso faise coa finalidade de evitar que se favoreza ou descarte a certas empresas e produtos e expresamente establécese unha excepción a esa regra xeral: salvo que o xustifique o obxecto de contrato».

## 3 Medio ambiente e urbanismo

### 3.1 Disciplina urbanística. Admisibilidade de recurso extraordinario de revisión fronte a orde de demolición firme, pola aparición sobrevida de fotografías sobre a antigüidade da obra

Analízase esta cuestión na Sentenza do TSXG do 23 de xullo de 2019 (rec. 4324/2018, relator: Díaz Casales), en sentido favorable á admisión a trámite do recurso extraordinario de revisión, coas seguintes consideracións:

«(...) Certamente coincidimos co Xulgador de Instancia en que determinados documentos non merecen a consideración de “aparecidos” senón que máis ben se trata de documentos “provocados” por instancia dos recurrentes, polo que non posúen a virtualidade para motivar a revisión dun acordo firme e confirmado xudicialmente (este é o caso do informe pericial achegado, a copia da acta da sesión plenaria e mesmo da inscrición rexistral –pola carencia de efectos probatorios respecto aos datos de feito–).

*Pero hai un documento gráfico que podería resultar extremadamente relevante para acreditar a data de terminación das obras e a caducidade ou non da acción de reposición ao tempo e a incoación do expediente, como é a fotografía do voo de 2005 que se omitiu pola APLU no seu informe no expediente de reposición onde se recollen as fotos aéreas da construción. Resulta evidente que se trata dun documento “aparecido” en canto descoñecido para os recorrentes e debe ser valorado para resolver con criterios de estrita legalidade a cuestión capital para este asunto, como é se a acción de reposición estaba ou non caducada polo transcurso de máis de 6 anos desde a total terminación das obras cando se iniciou o expediente.*

*A relevancia é evidente se temos en conta que, mentres o Xulgador de Instancia considerou que a data límite de terminación era outubro de 2006, na sentenza de apelación se indica que algunhas das obras se terían levado a cabo en 2007, polo que a fotografía do voo de 2005 podería resultar determinante para decidir a cuestión.*

*O anterior, unido a que a resolución de inadmisión do recurso extraordinario de revisión se fundamenta nunha causa distinta das que permiten acordala, determinan que o recurso deba ser estimado, a sentenza revogada e a resolución impugnada anulada, ordenando a tramitación por parte da APLU do recurso extraordinario de revisión ditando a resolución que proceda respecto da cuestión de fondo».*

### 3.2 Obras e actividades permisibles en edificios en situación de fóra de ordenación

O TSXG, na súa Sentenza do 18 de xuño de 2019 (rec. 4523/2016, relator: Martínez Quintanar), anula a licenza de obras concedida por un Concello para a instalación dun tanatorio nun edificio en situación de fóra de ordenación, con estes argumentos:

*«(...) practícase proba que acredita notorias diverxencias e excesos construtivos nas construcións (nave-almacén e baixo de edificio de vivendas) nas que se proxecta a obra de reforma para implantar o tanatorio.*

*Tendo en conta a notoria antigüidade das construcións, é obvio que os excesos respecto ao autorizado polas licenzas non poden ser obxecto dun expediente de reposición da legalidade urbanística e que estas quedan suxeitas ao réxime de fóra de ordenación previsto no artigo 103 da LOUGA. Pero non se poden beneficiar do réxime máis flexible do réxime de fóra de ordenación parcial, porque son edificacións que, na súa consideración unitaria, non se pode dicir que teñan a cobertura dunha licenza, polos notorios excesos construtivos en que incorreron respecto ao autorizado e porque ningunha licenza ampara a totalidade da superficie obxecto do proxecto de reforma como integrante dun mesmo inmovible autorizado por esta.*

*Téñase en conta que o réxime de fóra de ordenación parcial está previsto no artigo 103.3 da LOUGA para construcións só parcialmente incompatibles cun novo planeamento. Está pensada a dita previsión para os casos de desaxuste sobrevido co planeamento por un cambio deste que determina unha parcial incompatibilidade con este. Pero aquí o desaxuste non se produce por un cambio no planeamento, senón en relación co autorizado na licenza de obra orixinaria.*

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

Esta falta de cobertura total da licenza só pode determinar a aplicación do réxime de fóra de ordenación total. Así deriva da aplicación conxunta dos artigos 210.2, 103 da LOUGA e disposición transitoria terceira da Lei 2/2010. (...) Unha construción sen licenza, igual que unha construción executada prescindindo das condicións autorizadas nunha licenza outorgada, é merecedora, en ambos os dous casos, de medidas de reposición da legalidade urbanística, e se transcorre o prazo establecido para o exercicio desa acción, o propietario poderá eludir o sometemento ao expediente en que se ordene a súa demolición, pero en calquera dos dous casos verá limitado o tipo de obras de reforma que se poderá realizar ás permisibles no réxime de fóra de ordenación total.

Non basta con invocar o outorgamento dunha licenza para eludir a aplicación da disposición transitoria terceira da Lei 2/2010 se non hai concordancia entre o autorizado e o construído, diverxencia que se acreditou neste caso, no que non consta que as construcións en que se autoriza a reforma estean amparadas, na súa configuración física de superficie, volume e número de plantas actual, por ningunha licenza. (...).

Polo tanto, as obras de reforma proxectadas, cuxa envergadura se xustifícase precisamente pola necesidade de dotar espazos sen uso previo dos servizos necesarios para desenvolver unha actividade nova nunca antes desenvolvida –a de tanatorio– exceden claramente das permisibles en réxime de fóra de ordenación total, que é o aplicable, ao tratarse dunha realidade construtiva que como tal non está amparada en ningunha licenza, senón só partes determinadas das construcións independentes que a integran. Nese réxime de fóra de ordenación total só son permisibles as obras de mera conservación e as necesarias para o mantemento do uso preexistente, e, sendo construcións previas ao ano 2003, cando se acredite a preexistencia dun uso continuado, por aplicación da disposición transitoria terceira da Lei 2/2010 de modificación da LOUGA.

Nin se acredita ese uso continuado preexistente (senón o contrario), nin tampouco as obras autorizadas son de mera conservación –extremo incontrovertido–, xa que comprenden aspectos tan variados para dotar de novos servizos e funcionalidades inexistentes esas construcións (...). O propio informe pericial xudicial do Sr. Leopoldo valora que as obras proxectadas e autorizadas orixinan novas instalacións, teitos, pavimentos, carpintarías, apertura de ocos en forxado para colocar ascensor, novas escaleiras, desmontaxe das existentes, etc. E conclúe que non se trata de mera conservación, hixiene e ornato, aínda que as considera autorizables dentro do réxime de fóra de ordenación parcial, réxime non aplicable polo que expuxemos.

(...) A sentenza apelada só valorou que conforme o artigo 103 da LOUGA serían permisibles en réxime de fóra de ordenación parcial obras de ampliación, pero unha cousa é que unha obra de ampliación se poida realizar dentro dese réxime e outra cousa distinta é que toda obra, en calquera réxime xurídico –tamén en edificios non incursos en réxime de fóra de ordenación– debe cumprir o planeamento, e este aspecto atópase orfo de motivación, xa que se limita a valorar o carácter desmontable, obviando que, se se desmonta a obra de reforma, non pode ser autorizada porque o tanatorio incumpriría a normativa de accesibilidade e contra incendios, polo que debe ser valorada como elemento permanente, elemento que como tal impide pechar a banda edificatoria e é incompatible coa ordenanza de aplicación. (...).

*Non hai ningún precepto no planeamento aplicable ao caso que contemple a posibilidade de obras de ampliación de superficie no réxime de fóra de ordenación parcial. Pero iso non implica condenar a edificación á imposibilidade de realizar ningunha obra e de privala de calquera posibilidade de uso, porque si contén unha regulación das obras permisibles, no artigo 50 do Plan Xeral de Ordenación Municipal do Carballiño, que para os edificios que como o caso non está prevista a súa expropiación ou demolición nun prazo de 15 anos, permite conceder licenzas para obras parciais de consolidación, modernización e reparacións que exixisen a hixiene, ornato e conservación do inmovible. (...). Pero as de ampliación debe considerarse que requiren unha previsión expresa no planeamento, que as delimite e acoute no seu alcance obxectivo e na determinación dos casos que se considere xustificada a súa admisibilidade, xa que estas só son permisibles segundo a LOUGA “en casos xustificadas que se determinen polo plan xeral respectivo”».*

## 4 Patrimonio cultural

### 4.1 Delimitación do Camiño de Santiago. Concepción dinámica do trazado

A Sentenza do TSXG do 25 de novembro de 2019 (rec. 4717/2012, relator: Recio González) desestima o recurso interposto contra o Decreto da Xunta de Galicia 144/2012, do 29 de xuño, aprobatorio da delimitación dun tramo da ruta principal do Camiño de Santiago, Camiño Francés, no termo municipal do Pino, incluíndo os límites do territorio histórico que conforma o ben de interese cultural e ámbito de amortecemento. Incide o tribunal en que:

*«(...) sempre hai varios camiños posibles e á hora de escoller entre eles, todos históricos, acudindo ao carácter inmaterial do Camiño, mutable e dinámico, será o identificado polas comunidades portadoras do contexto cultural polo que discorre, e neste caso é o Camiño Real. E, segundo os documentos máis recentes da Unesco, o foco debe estar centrado sobre os aspectos inmateriais da cultura, subordinando o histórico, dado que por ser máis antigo non ten máis valor, senón que o valor está no vivo e dinámico, na conservación dinámica dos aspectos culturais como sinal de autenticidade. No ámbito obxecto de autos hai varios camiños que se denominan, ambos os dous, Camiño Real ou Camiño Francés: o Camiño Central, que é un treito do camiño tradicional; e a antiga estrada de Lugo, deseñada en 1851 e construída en 1853. (...).*

*Da proba practicada resulta que a identificación do Camiño é conforme dereito, combinando a dita delimitación coa axeitada protección dos elementos vinculados ao camiño en desuso.*

*(...) Na LPCS non se establece de forma precisa a metodoloxía de delimitación a empregar, o cal acontece en todas as comunidades autónomas, nin se refire á necesidade de levala cabo, exclusivamente, baseándose en momentos históricos concretos nin trazas orixinarias, configurando o lexislador o Camiño de forma viva e dinámica. De feito, as variacións nas rutas do camiño foron constantes ao longo da historia e estiveron motivadas*

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

na concorrencia de distintas circunstancias: dar continuidade funcional ao trazado, seguridade, infraestruturas públicas, etc. Pero se a historicidade fose o único criterio, debería acreditarse por que non o é o trazado contido no decreto, posto que nos atopamos ante conceptos xurídicos indeterminados e da pericial na forma en que quedou exposto, resulta a dificultade de recuperar de forma exacta o trazado dos camiños medievais, salvo en puntos esenciais e moi concretos, tendo que partir, como sucede neste caso, da motivación das decisións da Administración e a composición do equipo técnico encargado desa tarefa.

E o que resulta é que non se acredita suficientemente a falta de rigor histórico da delimitación polo decreto.

Neste sentido e tal e como se indicaba na Sentenza desta mesma Sala e Sección do 30 de outubro de 2014, en autos de PO n. 4680/2012, a parte demandante segue un concepto puramente historicista e estático do Camiño de Santiago, conforme o cal todo lugar polo que se produciu durante un tempo o paso dos que peregrinaban a Santiago de Compostela ten que ser considerado traza do camiño e recuperada e protexida como tal, aínda que actualmente non poida, en razón do seu estado, utilizarse como lugar de tránsito. Pero o Camiño, máis, que pertencer ao patrimonio de bens materiais, forma parte do patrimonio inmaterial, que é vivo, dinámico e suxeito aos cambios da cultura que o sostén (concepción dinámica). (...) “A concepción dinámica do trazado do Camiño de Santiago considérase máis funcional e razoable, pois é evidente que desde a súa orixe e ao longo de varios séculos sufriu variacións; e ademais o que a parte actora considera traza histórica está incluída na zona de protección do Camiño e cualificada como trazado con vestixios históricos, polo que non hai nin o descoñecemento nin a desprotección que a parte actora denuncia (...)”. De forma que o Camiño, máis, que pertencer ao patrimonio de bens materiais, forma parte do patrimonio inmaterial, que é vivo, dinámico e suxeito aos cambios da cultura que o sostén. De vivo e cambiante cualifícao a Comisión Territorial de Patrimonio Histórico, e a Facultade de Xeografía e Historia da Universidade de Santiago de Compostela entende que un camiño intransitable perde a súa funcionalidade e, en consecuencia, os valores asociados ao ben, concepción máis funcional e razoable, pois é evidente que desde a súa orixe e ao longo de varios séculos sufriu variacións».

## 4.2 Determinación da cor da pintura da fachada dunha edificación protexida estruturalmente

O TSXG, na súa Sentenza do 13 de setembro de 2019 (rec. 4201/2018, relator: Recio González), estima o recurso interposto por unha comunidade de propietarios contra unha resolución da Consellería de Cultura denegatoria da autorización para pintar a fachada do seu edificio cunha cor determinada, coas seguintes consideracións:

«(...) A Lei 5/2016, do 4 de maio, do patrimonio cultural de Galicia, dispón no seu artigo 41 os niveis de protección ao establecer que “1. Nos bens integrantes do patrimonio arquitectónico ou industrial, o diferente alcance da protección, derivada da relevancia do seu valor cultural e o seu estado de conservación, pode clasificarse nos seguintes niveis: (...) b) Protección estrutural: conservación dos elementos máis significativos e relevantes dos bens, así como daqueles que resulten máis característicos tipoloxicamente ou que sexan



*obxecto dunha concreta apreciación cultural (...)*”. E o que resulta da proba practicada é que o edificio ten un nivel de protección estrutural que foi respectado.

*Da proba pericial practicada –e do exame da resolución impugnada–, resulta que o que se exixía é que a cor da pintura fose igual á existente e o que se pretendía era que se mantivese a unidade co resto da fachada correspondente a outros portais e que agora non se van pintar. O perito considera que son ordes de imposible execución e que o que pretendía a Dirección Xeral de Patrimonio só se podería conseguir no caso de que se exixise o tratamento de todo o conxunto inmobiliario e que dada a variabilidade cromática que presentaban as fachadas existentes, o resultado é válido, e que o tempo veu demostrando que a homoxeneización se está a producir. Tamén considera o arquitecto autor do informe que se achega coa demanda que sería de imposible cumprimento a condición imposta e que se podería ter imposto unha tonalidade concreta para evitar a indefinición e arbitrariedade –aínda que a Administración considera que se podían ter realizado mostras de cor–. Da pericial da demandante tamén resulta que as diferenzas se deben ao mal estado dos edificios lindeiros e que hai ata 10 tonalidades distintas. (...) É imposible coñecer a tonalidade orixinaria. E a parte baixa é de diferente cor que a parte alta. O que imponía a Administración demandada era que fose a mesma cor que antes e que fose a mesma cor que os outros dous edificios, pero os outros non foron pintados ao mesmo tempo nin consta que fose co mesmo ton, ademais de que o paso do tempo afecta á cor e de que hai elementos do edificio como son as cornixas, etc., con distinta tonalidade, e todo iso afecta á cor. Co paso do tempo haberá menos diferenzas. Non pode asegurar cal era o ton inicial dos edificios co n. xx polo que nunca se van poder igualar. Pero co paso do tempo haberá menos diferenzas. En todo caso, o ton usado é similar. Aínda que fose o mesmo ton, íase notar ao pintalo novo. Da fachada saen 20 ou 22 tons (diferenciando entre as cornixas, a parte baixa, etc.). E o normal é facer mostras na parede para probar tons, pero para conxuntos enteiros e se se pintase o conxunto non tería habido problema. (...) De forma que non se trata de discutir os criterios estéticos impostos, pero si que debe insistirse en que a protección do edificio se conseguiu e que non se evidencia ningunha deterioración, cando non aparenta ser substancialmente diferente ao que se mantén nos tramos da fachada dos portais sobre os que non se actuou, polo que o nivel de protección estrutural foi respectado.»*

REGAP



COMENTARIOS E CRÓNICAS

## 5 Persoal

### 5.1 Límites de acceso dos órganos de representación sindical aos datos dos empregados públicos da súa Administración

O TSXG, na súa Sentenza do 23 de outubro de 2019 (rec. 158/2019, relator: López González), resolve, en sentido desfavorable, a solicitude de varios sindicatos de persoal facultativo ao Servizo Galego de Saúde de información relativa aos nomeamentos estatutarios de todos os facultativos por servizo, especificando o tipo e data de inicio de prestación do servizo, incluíndo nese rexistro tanto os nomeamentos por



“acumulación de tarefas” como as “substitucións” e outras prazas “non estruturais”, coa seguinte motivación:

*«(...) resulta necesario recordar que, segundo o informado pola Axencia Española de Protección de Datos, a función de vixilancia e protección das condicións de traballo atribuída ás Xuntas de Persoal pola Lei 7/2007 (e antes polo artigo 9 da Lei 9/1987) pode levarse a axeitado desenvolvemento sen necesidade de proceder a unha cesión masiva dos datos referentes ao persoal que presta os seus servizos no órgano ou dependencia correspondente. Só no suposto en que a vixilancia ou control se refiran a un suxeito concreto, que formulara a correspondente queixa ante a Xunta de Persoal, será posible a cesión do dato específico desa persoa. Nos demais supostos, a función de control quedará plenamente satisfeita mediante a cesión á Xunta de Persoal de información debidamente dissociada, segundo o procedemento definido no artigo 3.f) da Lei orgánica 15/1999, que permita a aquela coñecer as circunstancias cuxa vixilancia lle foi encomendada sen referenciar a información nun suxeito concreto, isto é, sobre persoas identificadas ou identificables.*

*En efecto, e a xuízo desta Sala, o dereito para solicitar información a través de listaxes dos nomeamentos estatutarios de todos os facultativos por servizo, con especificación do tipo e data de inicio de prestación do servizo, incluíndo nese rexistro tanto os nomeamentos por acumulación de tarefas como as substitucións e outras prazas non estruturais, non pode entenderse comprendido baixo a xenérica facultade que se atribúe ás xuntas de persoal (e menos aínda aos sindicatos recorrentes) no artigo 9 da Lei 9/1987, de recibir información sobre “a política do persoal” do departamento, organismo ou entidade local, ou a de “Vixiar o cumprimento das normas vixentes en materia de condicións de traballo, Seguridade Social e emprego, e exercer, se é o caso, as accións legais oportunas ante os organismos competentes”, de modo que unha información nos termos en que foi solicitada polas actoras entraría en colisión coa protección que dispensa a Lei orgánica 15/1999, constituíndo unha cesión ou comunicación de datos de carácter persoal, para a cal cómpre o consentimento previo dos interesados.*

*A pretendida finalidade de comprobación a través do coñecemento dos datos solicitados pode alcanzarse prescindindo da identificación das persoas que ocupan os concretos postos de traballo. E se o que se persegue é valorar a aplicación dos criterios de adscrición do persoal a eses postos, a información debe vir referida respecto á persoa en concreto que ocupa un posto determinado, se hai unha queixa denunciada ante a Xunta de Persoal».*

## 6 Proceso contencioso-administrativo

### 6.1 Medidas cautelares contra ordes de demolición e multas por infraccións urbanísticas

Na súa Sentenza do 19 de setembro de 2019 (rec. 4109/2019, relator: Bolaño Piñeiro), o TSXG sintetiza o seu último criterio sobre o particular, favorable á suspensión das multas (coa constitución dunha caución) e desfavorable á das ordes de demolición:

«(...) respecto á solicitude de suspensión da multa imposta por importe de 41.001 euros, debe concluírse que os efectos económicos para a parte recorrente do acto impugnado son dunha importancia cuantitativa que permite acceder á medida cautelar solicitada mentres se tramita o recurso contencioso-administrativo, polo que procede acordar a suspensión da súa execución, pola incidencia na liquidez da parte recorrente dun pagamento inmediato. En definitiva, cabe concluír que concorren todos os requisitos legalmente establecidos para a concesión da medida en canto á multa. Dito o cal, posto que a suspensión acordada podería causar prexuízos directamente cuantificables para a Administración e o interese público na execución inmediata das resolucións administrativas, debe exixirse á parte solicitante da medida cautelar a prestación dunha fianza ou caución en cantidade suficiente para garantir a indemnización dos danos e perdas que puidesen ocasionarse coa inexecutabilidade do acto impugnado, caución que, conforme o que dispón o artigo 133.2 da LXCA poderá constituírse en calquera das formas admitidas en dereito. (...) Coa prestación da caución queda suficientemente salvagardado o interese público, referido ao aseguramento da posibilidade de cobramento da multa para o caso de desestimación do recurso, e evítanse riscos de prexuízos de difícil reparación na situación financeira da parte apelante, presumibles pola contía da multa. En canto ao importe da garantía, debe indicarse que a LXCA 29/1998 non concreta regras para fixar o importe da caución máis que por referencia no seu artigo 133 á necesidade de responder dos “danos e perdas que poidan derivar da medida cautelar”. Por iso no presente caso se conclúe que o seu importe debe ascender ao importe das multas impostas, isto é, 41.001 euros.

En terceiro lugar, no que se refire a solicitude de suspensión respecto á obriga de reposición da legalidade, de retirada das plantacións e demais elementos colocados no lugar pola parte recorrente, debe recordarse que a xurisprudencia sinalou en reiteradas ocasións que non procede a concesión de medidas cautelares respecto a resolucións administrativas firmes que ordenen a demolición de edificacións, construcións, e/ou plantacións, como sucede neste caso, posto que os prexuízos que se poderían ocasionar á parte recorrente serían de natureza económica e por iso perfectamente resarcibles.

Igualmente sinalou a xurisprudencia que ese criterio xeral cede naqueles casos en que a edificación sexa a vivenda habitual de quen a solicite ou se desenvolva na edificación unha actividade profesional, circunstancias ambas as dúas que deben ser acreditadas polo menos indiciariamente por quen solicita a medida cautelar.

A razón de ser desas excepcións ten o seu fundamento legal en que, neses casos, efectivamente, á marxe dos prexuízos económicos que ocasionaría a non concesión da medida en caso de que se ditase sentenza estimatoria do recurso presentado, se causarían ademais outro tipo de prexuízos, dificilmente resarcibles, en caso de Sentenza estimatoria, co que o suposto formulado cumpriría o requisito legalmente establecido respecto ás medidas cautelares, acerca de que, se non se concedesen, o recurso podería perder a súa lexítima finalidade (artigo 130 da Lei 29/1998, do 13 de xullo, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa)».

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

## 6.2 Requisitos de procedibilidade das administracións locais para interpor recursos contencioso-administrativos: deben achegar informe xurídico do secretario da Corporación

A Sentenza do TS do 1 de outubro de 2019 (rec. 2273/2016, relator: Borrego Borrego) confirma a do TSXG que rexeitou o recurso contencioso-administrativo interposto polo Concello das Neves contra o Decreto da Xunta de Galicia 219/2012, do 31 de outubro, aprobatorio do expediente de deslinde entre os termos municipais de Arbo, As Neves e A Cañiza, por non achegar co escrito inicial de interposición do recurso o informe do secretario municipal exixido polo artigo 54.3 do Real decreto legislativo 781/1986, do 18 de abril, aprobatorio do texto refundido das disposicións legais vixentes en materia de réxime local.

Considera o Alto Tribunal, en primeiro lugar, que, unha vez que a parte demandada invoca este defecto procesual ao contestar á demanda, a Administración recorrente debe proceder a emendar o defecto procesual sen necesidade de que o órgano xudicial llo requira expresamente. En segundo lugar, incide na relevancia deste requisito procesual, obrigando a súa omisión á inadmisión do recurso contencioso. Afirmo en tal sentido que:

*«(...) esta Sala veu matizando o requisito formal de acreditar a previa emisión do ditame do letrado para o acordo do exercicio de accións polas corporacións locais, establecendo que a soa falta de presentación inicial non é causa de inadmisión do recurso contencioso-administrativo, podendo emendarse en calquera momento, mesmo de forma convalidante; que non é imprescindible cando se trata de procesos aos que é traída a Corporación en concepto de demandada ou impugnada; que só debe producirse no exercicio inicial das accións e non para os sucesivos recursos ou instancias; que o informe ou ditame pode mesmo formularse “in voce”, etc., pero o que non dixo a xurisprudencia nin podía facelo –como finalmente non ten máis remedio que recoñecer a recorrente– é que o dito requisito formal non sexa xa exixible.*

*En efecto, a necesidade dunha opinión previa experta en dereito para a adopción de acordos das corporacións locais, sobre o exercicio de accións, para a que se dan amplas facilidades (pode prestala o secretario do Concello, os servizos xurídicos de asesoramento municipal cando existen, e, en defecto de ambos os dous, calquera letrado), ten por finalidade –aínda que non sexa vinculante– facer máis difícil que un órgano administrativo inicie un preito irreflexivamente ou sen coñecemento do que son os seus dereitos, o modo de exercelos e as razoables posibilidades de obter unha resposta favorable.*

*Esa finalidade, que é diferente á que persegue a acreditación do acordo da Corporación, non se cumpre se o ditame, aínda que sexa verbal, non consta realmente pronunciado.*

*Certamente non é indiferente ao interese xeral, tanto desde o punto de vista das propias corporacións como desde o común dos cidadáns aos que serven, que as institucións administrativas referidas poidan somerxerse sen o axeitado coñecemento previo nunha conflitividade xurídica estéril e por iso a exixencia dese mínimo requisito da procedibilidade, na forma flexible que se vén interpretando, non pode considerarse contrario ao principio de tutela xudicial efectiva, do art. 24 da Constitución».*

### 6.3 Lexitimación activa en materia de medio ambiente. Límites da acción popular

A Sentenza do TSXG do 8 de xullo de 2019 (rec. 4.507/2017, relator: Díaz Casales) realiza unha proluxa análise sobre os requisitos da lexitimación activa en materia de medio ambiente, exixibles para poder promover un proceso contencioso-administrativo fronte á inactividade da Administración no exercicio das súas potestades obrigatorias de protección da natureza, con especial atención ao disposto nos artigos 22 e 23 da Lei 27/2006, do 18 de xullo, pola que se regulan os dereitos de acceso á información, de participación pública e de acceso á xustiza en materia de medio ambiente (directivas 2003/4/CE e 2003/35/CE).

Finalmente, denégalle a lexitimación ao recorrente, porque:

*«(...) non acreditou a titularidade dun interese persoal –recórdese que é unha persoa física– que lle atribúa unha posición de vantaxe polo feito de que a sanción tivese sido outra, non resultado suficiente a súa condición de propietario de varios bens inmoables nas inmediacións do establecemento en que se produciu a vertedura, aínda que acredite o seu arraigamento polo feito de telos adquirido en herdanza ou alegue a imposibilidade de gozar da contorna de conformidade cos recordos da súa infancia, polo que se impón a íntegra desestimación do recurso ao resultar conforme dereito a denegación da súa lexitimación malia a súa condición de denunciante».*

### 6.4 Non cabe instar a execución forzosa dunha sentenza desestimatoria ditada en proceso promovido fronte a unha orde de demolición

Así o concluíu o TSXG na súa Sentenza do 25 de outubro de 2019 (rec. 4133/2018, relator: Martínez Quintanar), coas seguintes consideracións:

*«A Sentenza do Xulgado do Contencioso-Administrativo n. 1 de Pontevedra do 7 de maio de 2010, ditada nos autos do procedemento ordinario 271/2009, non ordenou a demolición de ningunha edificación, senón que desestimou o recurso contencioso-administrativo interposto contra a Resolución do 15/07/2008 do director da APLU, que declarou ilegalizables as obras de construción de dúas naves contiguas de 1.000 m<sup>2</sup>, por resultaren incompatibles co ordenamento urbanístico vixente, e ordenou a súa demolición por conta da interesada, prohibindo os usos a que desen lugar.*

*Visto o contido desestimatorio da sentenza, confirmatoria do acto impugnado, a execución que procede é a do acto administrativo, non da sentenza, a cal, en canto ao seu contido dispositivo, deixa intacto o acto administrativo que ordena a demolición, sen quitar nin engadir nada á súa forza executiva. Por iso, como non alterou en nada a situación do acto administrativo impugnado, a súa execución correspóndelle ao órgano autor do acto e non ao xulgado. Así o apreciou xa nun suposto similar a Sentenza desta Sala e Sección do 20 de decembro de 2012, n. 1147/2012, recurso 4536/2012, invocada na oposición á apelación. Por este motivo é correcta a remisión que fai a sentenza impugnada en apelación aos artigos 94, 95 e 99 da LRXPAC 30/1992, e 99, 100, 103 da LPAC 39/2015, xa que*

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

*a sentenza desestimatoria non ten neste caso ningún contido susceptible de execución, ao deixar intacto o mandato do acto administrativo, que debe executar a Administración autora deste, por imperativo dos preceptos transcritos na sentenza».*

## **6.5 Procesos contra resolucións da Tesouraría Xeral da Seguridade Social de derivación de débeda. Determinación da contía**

O TS na súa Sentenza do 18 de decembro de 2019 (RC 1098/2017), confirma o criterio da Sección 3.<sup>a</sup> do TSXG, conforme o cal, nos procesos promovidos fronte a resolucións da Tesouraría Xeral da Seguridade Social (TXSS), de derivación de débeda a un terceiro (por responsabilidade solidaria ou subsidiaria), a contía do litixio non se corresponde co importe principal reclamado pola Administración ao demandante. Entende o Alto Tribunal que deberá considerar, desagregadamente e por separado, o importe de cada unha das cotas de cotización debida orixinariamente polo obrigado principal, como acumulación de accións. Se ningunha delas supera os 30.000 euros, non caberá interpor recurso de apelación contra a sentenza de instancia.

## **7 Tributos**

### **7.1 Imposto sobre o incremento de valor dos terreos (plusvalía): Responsabilidade patrimonial do Estado lexislador. Acreditación da “minusvalía”**

A Sentenza do TS do 21 de novembro de 2019 (rec. 6097/2017, relator: Tolosa Tribiño) estimou a reclamación indemnizatoria formulada por un particular contra o “Estado lexislador”, polos prexuízos padecidos como consecuencia da aplicación dos preceptos do Texto refundido da Lei de facendas locais reguladores do imposto municipal sobre o incremento de valor dos terreos (plusvalía) que foron declarados nulos polo Tribunal Constitucional na súa Sentenza 59/2017, do 11 de maio. Afirma o Alto Tribunal nesta sentenza que:

*«(...) a Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público, introduce no noso ordenamento xurídico a primeira regulación lexislativa específica da responsabilidade patrimonial das administracións públicas por leis contrarias a dereito. En efecto, como vimos, o precepto distingue entre os casos en que a lesión deriva dunha norma con rango de lei declarada inconstitucional e aqueles en que os danos foron ocasionados pola aplicación dunha norma contraria ao dereito da Unión Europea. (...)*

*Só procederá a indemnización “cando o particular obtivese, en calquera instancia, sentenza firme desestimatoria dun recurso contra a actuación administrativa que ocasionou o dano, sempre que se tivese alegado a inconstitucionalidade [ou a infracción do dereito da Unión Europea] posteriormente declarada”. É dicir, os prexudicados pola aplicación da lei posteriormente declarada inválida, que non esgotaron todas as instancias xudiciais contra a dita aplicación ou non aduciron nelas a correspondente inconstitucionalidade ou*

infracción do ordenamento xurídico comunitario, non poderán logo exixir o resarcimento dos danos sufridos.

CUARTO. En canto á antixuricidade do dano, nos casos en que o título de imputación da responsabilidade patrimonial do Estado lexislador o é a posterior declaración de inconstitucionalidade da lei ou norma con forza de lei cuxa aplicación irrogou o prexuízo, debe imporse como regra xeral ou de principio a afirmación ou recoñecemento da antixuricidade deste (...).

En canto á existencia e acreditación dun dano indemnizable, debemos ter en conta que a reclamación de responsabilidade patrimonial a formula a parte a partir da declaración de inconstitucionalidade contida na STC 59/2017. A Sentenza 1163/2018, do 9 de xullo, deste Tribunal interpreta o alcance da declaración de inconstitucionalidade contida na STC 59/2017, considerando, dunha parte, que os artigos 107.1 e 107.2.a) do TRLFL, a teor da interpretación que debe darse á resolución e fundamento xurídico 5 da STC 59/2017, “pecan só unha inconstitucionalidade e nulidade parcial”. É, precisamente, esta nulidade total do artigo 110.4 do TRLFL a que, de acordo coa sentenza desta Sala, “posibilita que os obrigados tributarios poidan probar, desde a STC 59/2017, a inexistencia dun aumento do valor do terreo ante a Administración municipal ou, se é o caso, ante o órgano xudicial, e, no caso contrario, é a que habilita a plena aplicación dos artigos 107.1 e 107.2.a) do TRLFL”. (...)

Partindo da anterior doutrina, correspóndenos agora examinar se a parte logrou acreditar a inexistencia dun incremento de valor por algún dos medios previstos en dereito.

A parte recorrente procedeu neste procedemento á achega de distintos medios probatorios para tratar de acreditar a inexistencia do incremento do valor. En efecto, en defensa da súa tese achegou (1) as escrituras de contraste (de adquisición e venda do inmovible do caso), (2) a proba pericial, (3) as declaracións de IRPF do actor e (4) as propias táboas da Administración demandada (referímonos ao seu Ministerio de Fomento). (...). Para resolver esta discrepancia, debemos sinalar como, tras a Sentenza do 9/7/2018 do Tribunal Supremo, as escrituras de adquisición e transmisión do terreo constitúen un sólido principio de proba da inexistencia de incremento de valor do terreo. Este Tribunal Supremo, en Sentenza do 18/7/2018 (recurso 4777/2017), atribúelles a mesma presunción de certeza que ás autoliquidacións presentadas por un contribuínte. Presúmense certas para os contribuíntes (artigo 108.4 da LXT). E a Administración pode dalas por boas, ou comprobalas (artigo 101.1 LXT). Por outra banda, fronte á exixencia, en todo caso, dunha proba pericial completa, como única forma de acreditar que o valor do terreo non se incrementou. Os custos que a dita proba leva consigo disuadiron moitos contribuíntes do seu dereito a recorrer, o Tribunal Supremo reaccionou e en Sentenza do 5/3/2019 (recurso 2672/2017) estimou un recurso de casación contra unha resolución do Tribunal Superior de Xustiza de Cataluña que desestimara o recurso do contribuínte “con fundamento en que, para que o obrigado tributario acredite a inexistencia de plusvalía non é suficiente, como sucedeu neste caso, achegar como indicio as escrituras de compra e venda, senón que cómpre unha taxación pericial contraditoria”.

É certo, non obstante, que os valores resultantes das escrituras non son válidos en todos os casos (...). Debemos ter en conta, igualmente, o contido da Sentenza do

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS



*Tribunal Constitucional n. 107/2019 (...) estima o recurso, declarando vulnerado o dereito á tutela xudicial efectiva do contribuínte, por non terse valorado as probas (escrituras de adquisición e transmisión do terreo) conforme as regras da sa crítica. (...)*

*Sendo esta a teoría xeral, no caso axuizado o obrigado tributario presentou a escritura pública, onde se reflectía unha diminución de valor do terreo, mentres que a Administración presentou a evolución positiva das referencias ao valor catastral do solo.*

*Pois ben, o Tribunal non estima que esa proba achegada sexa eficaz para desvirtuar a diminución de valor, e non só porque non se xustifica a correspondencia dos ditos valores catastrais co valor de mercado do solo nas datas de compra e venda –eses valores afástanse claramente dos prezos declarados de compra e venda, sendo en non poucas ocasións a discrepancia entre valor catastral e de mercado manifesta–, senón porque parece sorprendente que se poida soste que entre 2006 e 2014, coa crise inmobiliaria padecida entre as ditas anualidades, e sen que se achegue ningunha circunstancias xustificativa diso, o valor do solo subise a cantidade que se alega.*

*En atención ao exposto, debe concluírse que se estima producida a diminución patrimonial entre adquisición e transmisión do inmovible, tal e como se fai constar na correspondente escritura e, en consecuencia, procede estimar o recurso interposto».*

## **7.2 Non-aplicación aos parques eólicos da taxa municipal por ocupacións da vía pública**

O TSXG, na súa Sentenza do 28 de xuño de 2019 (rec. 15008/2019, relator: Núñez Fiaño), confirma en apelación a sentenza de instancia en que se declarou que a entidade mercantil explotadora dun parque eólico situado en terreos de titularidade privada carece da condición de suxeito pasivo da taxa municipal por ocupacións do solo, subsolo e voo da vía pública, atendendo ás seguintes consideracións:

*«(...) A apelada é unha sociedade xeradora de electricidade a partir de enerxía eólica, non é titular de redes nin ten licenza ningunha de aproveitamento especial do solo, subsolo ou voo da vía pública en avión (polo menos non consta).*

*O artigo 3 da amentada ordenanza establece que: “Son suxeitos pasivos da taxa regulada nesta ordenanza, en concepto de contribuíntes, as persoas físicas e xurídicas (...), ao favor das cales se outorguen as licenzas para gozar do aproveitamento especial, ou os que se beneficien deste sen ter solicitado a oportuna autorización. En calquera caso, deberá tratarse de empresas explotadoras de servizos de subministracións que afecten á xeneralidade ou a unha parte importante da poboación do Municipio, tanto cando sexan propietarias da rede que materialmente ocupa o subsolo, solo ou voo das vías públicas municipais como no suposto de que utilicen redes que pertencen a un terceiro”.*

*Do teor literal deste precepto que non pode ser interpretado extensivamente, resulta que a consideración de suxeito pasivo depende da condición de empresa explotadora de servizos de subministracións que afecten á xeneralidade ou a unha parte importante da poboación do Municipio, tanto se son titulares ou non da rede que discorre polo dominio público municipal.*



Para delimitar o concepto de empresas explotadoras nos efectos analizados resulta fundamental a acoutación do concepto que fai o artigo 24.1.c) do Real decreto legislativo 2/2004, do 5 de marzo, polo que se aproba o Texto refundido da Lei reguladora das facendas locais, que inclúe entre as empresas explotadoras dos ditos servizos de subministracións as distribuidoras e comercializadoras destes.

En efecto, como recensión o xulgador de instancia non abrangue nin a ordenanza nin o artigo 24.1.c) LRFL ás empresas xeradoras de enerxía eléctrica, e tal inclusión entendemos que non cabe facela en relación ao feito imponible pois, obviamente, pode limitarse o ámbito subxectivo da taxa ao regular o suxeito pasivo. E por iso, precisamente, tampouco cabe invocar a xurisprudencia do Tribunal Supremo ou a normativa reguladora do sector eléctrico. Por certo, as sentenzas SSTS Sala 3.<sup>a</sup>, do 10 de maio de 2005 (FD quinto), cuxa doutrina reiteran as do 18 de maio de 2005 (FD terceiro), do 21 de novembro de 2005, do 18 de xuño de 2007 (FD cuarto) ou 22 de xaneiro de 2009 (FD cuarto) inciden na consideración do aproveitamento especial no sentido de que supón un uso cualificado en beneficio propio que non implica necesariamente a ocupación efectiva nin a exclusión do uso dos demais, e en que a utilidade do uso ou aproveitamento do dominio público local afecta a todo o sector eléctrico con independencia da titularidade das redes, para concluír a procedencia de comprender no concepto de empresas explotadoras as comercializadoras pola súa evidente relación coa subministración, pero isto non afecta as empresas xeradoras como o é a recorrente».

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

### 7.3 As vendas de ouro de particulares a comerciantes están suxeitas ao imposto de transmisións

OT S, entre outras, na súa Sentenza do 16 de decembro de 2019 (RC 4744/2017, relator: Maurandi Guillén), modifica a súa xurisprudencia sobre o particular, atendendo ao criterio establecido polo Tribunal de Xustiza da Unión Europea. Confirma en casación a sentenza do TSXG impugnada, que considerara suxeita ao imposto de transmisións a venda de metais preciosos de particulares a empresarios, malia que as seguintes transmisións tributarían por IVE. Incide o Alto Tribunal nesta sentenza en que:

«(...) sendo conscientes de que as operacións que aquí analizamos están encadradas no proceso de produción e comercialización do ouro de investimento, formulamos ao TXUE unha cuestión prexudicial de interpretación sobre a medida en que a suxeición a TPO destas compravendas podería afectar ao principio de neutralidade do IVE. Tivemos en conta, en efecto (e así o expuxemos no auto que formulaba a cuestión prexudicial de interpretación), que cando un particular revende as súas xoias a un comerciante, o ben reintrodúcese no circuíto empresarial para o seu procesamento e posterior transmisión a outro empresario dedicado á elaboración do ouro de investimento, dando inicio novamente ao ciclo de produción dese ouro de investimento; e cando este empresario vende o ouro (adquirido a un particular) a outro empresario, a base imponible do IVE é o importe da venda que volve ao circuíto do IVE polo seu valor total, sendo así que ao suxeitar a venda do particular ao empresario (como aquí sucede con TPO), podería producirse un dobre gravame sobre o valor do ouro no momento da súa adquisición e no da súa revenda, pois

*non habería posibilidade de deducir o imposto pagado na primeira fase (adquisición) na fase ulterior (venta). (...)*

*A sentenza do Tribunal de Xustiza do 12 de xuño de 2019 resolveu a dúbida no sentido de que non está afectado o principio de neutralidade, de forma que –segundo a súa parte dispositiva–: “A Directiva 2006/112/CE do Consello, do 28 de novembro de 2006, relativa ao sistema común do imposto sobre o valor engadido, e o principio de neutralidade fiscal deben interpretarse no sentido de que non se opoñen a unha normativa nacional, como a controvertida no litixio principal, que somete a un imposto indirecto que grava as transmisións patrimoniais, distinto do imposto sobre o valor engadido, a adquisición por unha empresa aos particulares de obxectos con alto contido en ouro ou noutros metais preciosos, cando tales bens se destinen á actividade económica da dita empresa, a cal, para a súa transformación e posterior reintrodución no circuíto comercial, revende os bens a empresas especializadas na fabricación de lingotes ou pezas diversas de metais preciosos”.*

*Esta sentenza despexa calquera dúbida que puidese formularse sobre a posibilidade de que a nosa decisión (declarar suxeitas a TPO estas operacións) poida afectar, distorsionándoo, ao principio de neutralidade do IVE. (...)*

*A resposta debe ser afirmativa, declarando –xa que logo– a suxeición destas operacións ao tributo indicado na medida en que o esencial –como se dixo– é analizalas desde a perspectiva do particular que allea o ben, xa que (i) é ese particular o que realiza a transmisión e, polo tanto, o feito imponible do imposto e (ii) non hai ningún precepto legal que exonere do gravame pola circunstancia de que o adquirente sexa un comerciante que actúa no seo do xiro ou tráfico empresarial da súa actividade».*

## 8 Universidades

### 8.1 Axudas posdoutorais da Xunta de Galicia.

#### Incompatibilidade con axudas ou contratos previos

O TSXG, na súa Sentenza do 9 de outubro de 2019 (rec. 47/2019, relator: Seoane Pesqueira), interpreta restritivamente a condición establecida pola Xunta de Galicia para o outorgamento das súas axudas posdoutorais, sobre incompatibilidades con outros contratos ou bolsas previas:

*«(...) No artigo 6.1.a da Orde de convocatoria establécese que con cada solicitude se deberá achegar documento asinado pola persoa candidata a ser destinataria da axuda no que se fagan constar, entre outros aspectos:*

*- Que a persoa candidata non foi seleccionada nos programas posdoutorais da Xunta de Galicia, nunha convocatoria estatal das actuacións Juan de la Cierva, Formación posdoutoral, Juan de la Cierva-Formación ou Juan de la Cierva-Incorporación.*

*- Que non gozou con anterioridade de ningunha axuda e/ou contrato posdoutoral que recolla estadias en centros de investigación no estranxeiro de dous ou máis anos de duración. (...)*

O recorrente atense a que (...) o disfrute durante dous anos se ten que ter cumprido con anterioridade á convocatoria. E considera que tal causa non concorre no demandante, porque no momento da convocatoria (publicada en maio de 2018, sendo o 24 de xuño de 2018 a data límite para presentación das solicitudes) non concluíra o disfrute da estadía no estranxeiro (xaneiro de 2019).

Dado que as bases da convocatoria vinculan todos os intervinientes, Administración, órganos cualificadores e aspirantes, a clave para decidir neste litixio encóntrase no último inciso do artigo 2.d da orde de convocatoria que anteriormente se transcribiu, en concreto na interpretación da expresión “non gozar con anterioridade de ningunha axuda e/ou contrato posdoutoral que recolla estadías en centros de investigación no estranxeiro de dous ou máis anos de duración”.

Conforme o artigo 3.1 do Código civil, para unha correcta interpretación non debe atenderse só ao sentido propio das palabras, senón tamén ao contexto, espírito e finalidade da norma.

Non existe base para entender que o termo “non ter disfrutado” só poida comprender a quen xa esgotou os dous ou máis anos de duración da estadía en centro de investigación no estranxeiro, e, pola contra, a expresión disfrute refírese a obtención (“non ter obtido”), de modo que quedaría excluído quen fose seleccionado con anterioridade para unha axuda e/ou contrato dese teor, tanto no caso de que no momento da convocatoria da nova axuda xa se esgotase aquel período de dous ou máis anos, como no de que aínda se estea a disfrutar desa anterior axuda e estadía. Bastaría con ter logrado con anterioridade unha axuda e/ou contrato posdoutoral que recolla unha estadía en centro investigador estranxeiro de dous ou máis anos de duración, para que o beneficiario deba quedar excluído da nova axuda.

En efecto, carecería de sentido excluír da axuda que se anuncia os que no momento da convocatoria da nova axuda xa tivesen esgotado o período de dous ou máis anos, e non obstante incluír os que non o tivesen concluído, porque esta última inclusión podería conducir á consecuencia de que se puidesen gozar ao mesmo tempo as dúas axudas e/ou contratos posdoutorais (a xa obtida e a convocada), que mesmo poderían gozarse en países estranxeiros diferentes, o que non resulta lóxico.

O contexto aboa a mesma conclusión porque no seu primeiro inciso o artigo 2.d da Orde de convocatoria, en relación cos programas posdoutorais da Xunta de Galicia, a axuda nunha convocatoria estatal das actuacións Juan de la Cierva, Formación posdoutoral, Juan de la Cierva-Formación ou Juan de la Cierva-Incorporación, refírese a non ter sido seleccionado, e non tería lóxica que para a axuda e/ou contrato posdoutoral que recolla estadías en centros de investigación no estranxeiro de dous ou máis anos de duración non exixise a mesma condición.

A finalidade que parece perseguirse con aquel precepto da Orde de convocatoria é que quen xa obtivo unha axuda e/ou contrato posdoutoral con estadía no estranxeiro de dous anos ou máis de duración non poida ser seleccionado para conseguir esta axuda, quizais para evitar a concentración de axudas posdoutorais nun só candidato, e con iso tratar de distribuír as axudas dese tipo entre o maior número de candidatos. Debido a que o señor ----- obtivera un contrato de traballo no Centre National de la Recherche Scientifique

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

*(CNRS) da Universidade de Montpellier de Francia cun período de duración de dous anos, do 1 de xaneiro de 2017 ao 31 de xaneiro de 2019, aínda que no momento da convocatoria non tivese concluído, concorre a causa de exclusión, e é axustada a dereito a actuación da Administración».*

# Regap

Recensiones

3



## Responsabilidad patrimonial de la Administración y privatización de servicios públicos



MARÍA VICTORIA ÁLVAREZ BUJÁN

Avogada  
Doutora en Dereito  
Universidade de Vigo

Recibido: 27/11/2019 | Aceptado: 19/12/2019

DOI: <https://doi.org/10.36402/10.36402/regap.v1i58.74>

Regap



RECENSIONES

YÁÑEZ DÍAZ, C.: *Responsabilidad patrimonial de la Administración y privatización de servicios públicos*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, 432 pp. ISBN 978-84-1309-045-0.

A obra que comentamos, cuxo prólogo foi redactado por Juan José Rastrollo Suárez, consiste nunha monografía da autoría individual de Carlos Yáñez Díaz, letrado da Comunidade Autónoma de Madrid, e reviste especial interese para todo xurista que se dedique ao eido do dereito administrativo, xa que se centra no estudo en profundidade dunha das institucións máis importantes para o dereito público, como é a responsabilidade patrimonial, que, como vén indicar RASTROLLO SUÁREZ, malia as deficiencias da súa articulación que se deben corrixir, constitúe unha das principais razóns de ser do dereito administrativo porque permite “*controlar los excesos del poder y garantizar que nada ni nadie se encuentre por encima de la ley*”.

Centrándonos agora na estrutura da propia obra, extensa necesariamente debido á densidade dos seus contidos, pero non por iso menos amena e útil, debemos referir que, tras as abreviaturas empregadas, a redacción do prólogo e unha introdución que sintetiza os aspectos máis salientábeis desta monografía, esta se atopa distribuída en dez capítulos, organizados dunha forma moi ben enfocada, que resulta clarificadora e didáctica para o lector ou lectora.



En resumo, no primeiro deles realízase un estudo aproximativo acerca do fenómeno da privatización a través da análise do seu concepto na economía e na socioloxía global para descender ao seu sentido no dereito administrativo español, onde se desenvolve un exame dos pasos emprendidos para proceder á privatización no noso país dende o século XIX, coas reformas de LÓPEZ-RODÓ até os nosos días, onde curiosamente segue a destacar a ausencia dun marco regulador.

A continuación, no segundo capítulo, trátase a privatización como método empregado polo dereito privado para o cumprimento de fins públicos. Detense aquí o autor, entre outros extremos e dende unha óptica crítica, no concepto funcional de privatización e neste fenómeno como fuxida do dereito administrativo.

No capítulo terceiro, que na nosa opinión é un dos *quids* da monografía, acláranse cuestións de tanta relevancia como aquelas que atinxen ás diferenzas entre dereito público e dereito privado, aos problemas que suscita a privatización noutros modelos de dereito comparado, á relación da privatización co Estado social de dereito, á necesidade dun control público das actividades privadas, e ao mecanismo da responsabilidade patrimonial como un dereito da cidadanía e das usuarias e usuarios de servizos públicos externalizados.

O capítulo cuarto desenvolve ese concepto de responsabilidade patrimonial dos poderes públicos, partindo do postulado consagrado no artigo 9.3 da nosa Carta magna, para acto seguido continuar afondando, no capítulo quinto, no ámbito subxectivo da aplicación da responsabilidade patrimonial do Estado. Estuda aquí o autor a súa aplicación aos distintos poderes públicos e o complexo concepto de “servizos públicos”. Máis concretamente, resalta problemáticas relativas aos organismos autónomos, ás entidades públicas empresariais e ás sociedades mercantís públicas, facendo así mesmo alusión á relación de dependencia e á teoría de levantamento do veo como mecanismos de imputación de responsabilidade polos actos de entes instrumentais á Administración matriz. Detense ademais no exame de tres supostos prácticos no campo xudicial: “Correos y Telégrafos, S.A.”, “Metro de Madrid, S.A” e o “Canal de Isabel II”; realiza propostas de reforma neste eido e estuda cun interesante enfoque o artigo 35 da LRXSP, poñendo sobre a mesa a interrogante de se se trata dunha solución ou máis ben dun espellismo.

Alén do anterior, no capítulo sexto incídese na actuación indirecta da Administración, facendo peculiar mención á problemática responsabilidade de contratistas e concesionarios tanto no marco do dereito civil como do dereito administrativo.

Complementariamente, no capítulo sétimo, estúdase a actuación de suxeitos privados, denominados “colaboradores” da Administración, xunto cos riscos que entraña esa colaboración entre administracións públicas e entes privados, levando a cabo, tras facer referencia á liberalización de servizos a partir da Directiva “Bolkenstein”, unha análise das posicións existentes na doutrina sobre a responsabilidade destas entidades e a resposta xurisprudencial dada polos nosos tribunais, así como unha comparativa dos modelos existentes sobre a responsabilidade deste tipo de entidades noutros ordenamentos xurídicos da nosa contorna.

Os últimos capítulos resérvanse para ser dedicados a determinadas entidades e figuras. Así, no capítulo oitavo alúdese ás mutuas colaboradoras coa Seguridade Social e ao mutualismo administrativo, poñendo o acento no caso “Muface”, como suposto de responsabilidade derivada da asistencia sanitaria prestada no seo do mutualismo administrativo. No capítulo noveno recóllense consideracións de interese no que se refire aos notarios e notarias, como funcionarios/as públicos/as cuxa actividade está regulada polo dereito privado, e aos rexistros da propiedade na súa calidade de entes que proporcionan un servizo público. Finalmente, no capítulo décimo, trátanse as entidades urbanísticas como colaboradoras da Administración pública, destinando unha epígrafe a profundar na figura das xuntas de compensación e entidades urbanísticas de conservación, á súa natureza e responsabilidades.

Como colofón á súa obra, o autor plasma unha serie de reflexións finais, a modo de conclusións, sobre a necesidade de reformular a responsabilidade patrimonial, a súa configuración e regulación no ámbito xurídico español, onde destaca especialmente, entre outras ideas, conectadas cos problemas que xa anunciaba na introdución, a necesidade de *“una reacción del derecho administrativo que, eliminando rigideces innecesarias, posibilite que los ciudadanos no se vean privados de derechos ni de garantías”*.

En suma, á vista do contido global da obra obxecto de comentario, podemos concluír que, sen lugar a dúbidas, estamos perante un excelente traballo de investigación, levado a cabo con moito rigor científico e académico e cun pulcro manexo das fontes bibliográficas e xurisprudenciais, pero non por iso fica nun libro de mera aplicación teórica, senón que reviste asemade un marcado carácter práctico que o enriquece notablemente.

Por todo o aquí exposto, non podemos facer outra cousa que non sexa recomendar encarecidamente a lectura desta obra xurídica a todos/as os/as profesionais do dereito e, con singularidades, a aqueles/as que teñan interese ou curiosidade por afondar nas temáticas relativas á responsabilidade patrimonial da Administración e a privatización de servizos públicos, así como á relación entre ambas as acepcións, tendo en conta como horizonte que, como xa apunta na introdución YÁÑEZ DÍAZ, *“Procede una reflexión sobre el objeto del derecho administrativo que cada vez resulta más difícil limitar a las relaciones entre una Administración con naturaleza jurídico-pública y los ciudadanos. Las nuevas formas de prestación de los servicios públicos exigen una actualización de este derecho para evitar que pierda su indiscutible carácter garantista”*.

Regap



RECENSIONES



# La dogmática del principio de subsidiariedad horizontal. Liberalización de sectores y el surgimiento de la Administración Pública Regulatoria en Perú



ALBA LORENZO GARCÍA

Universidade de Santiago de Compostela

Recibido: 05/12/2019 | Aceptado: 19/12/2019

DOI: <https://doi.org/10.36402/10.36402/regap.v1i58.95>

Regap



RECENSIONES

VIGNOLO CUEVA, O.: *La dogmática del principio de subsidiariedad horizontal. Liberalización de sectores y el surgimiento de la Administración Pública Regulatoria en Perú*, Editorial Palestra, Perú, 2019, 338 pp. ISBN: 978-61-2325-068-3.

Este interesante libro de Orlando Vignolo Cueva trata un tema que ciertamente se halla de actualidad tanto en Europa como en América. Presenta una estructura sistemática y precisa en la que, de forma magistral, se exponen tres argumentos clave: la dogmática del principio de subsidiariedad horizontal, la liberalización de sectores económicos y el surgimiento de la Administración Pública Regulatoria, en particular, en Perú.

Antes de pasar a comentar el fondo de este denso estudio, es preciso en primer lugar destacar el acierto del planteamiento sistemático de la presente obra. Así, en ella se introduce la problemática y la realidad de su objeto de estudio tanto en España como en Perú, en principio, por separado, para facilitar la comprensión de los fenómenos, si bien página tras página se incorpora una elocuente comparativa entre las manifestaciones del asunto estudiado en ambos países en el contexto de sus realidades regionales. Y, en segundo lugar, hay que elogiar la precisa y cuidada redacción de esta obra, la cual hace que su lectura no solo sea enriquecedora, sino incluso amena para sus destinatarios.

Dejando atrás las cuestiones formales y estructurales, procede reseñar brevemente el contenido substantivo de este eminente trabajo.

En esta monografía se comienza señalando que en el derecho peruano existe una antigua tendencia hacia el principio de subsidiariedad social, también denominado horizontal. Así, es posible considerar esta figura como un invento basado en el consenso que el legislador constituyente alcanzó en el año 1993. Del mismo modo, este principio tampoco es ajeno a la tradición española de finales del siglo pasado.

Como señala el profesor Vignolo Cueva, es un concepto que reconoce numerosas variantes, si bien todas ellas, realmente, son subnociones que van de la mano unas de otras y en cuya cúspide central se encuentran la naturaleza y dignidad humanas. Esta realidad se sintetiza por la mayor parte de los autores bajo la premisa de “primacía absoluta del hombre, de cada persona humana y de su irrenunciable dignidad, con cuantas libertades y derechos ello supone”.

A su vez, la liberalización de sectores económicos en España es un tema de discusión recurrente y que ha sido constantemente criticado por nuestra doctrina. Hoy en día, el estudio de esta cuestión se centra, en esencia, en salvaguardar la universalidad de acceso a los servicios públicos con la que se cuenta y en proteger los derechos que esta lleva aparejados, derechos que, en un Estado social y democrático, deben ser y son garantizados por los poderes públicos, sin perjuicio de concesiones o prerrogativas. El Estado español, dada su condición democrática, no va a poder permitirse la insatisfacción de estos derechos fundamentales prestacionales, pero no solamente ha de garantizar aquellos que de modo expreso se reconocen en la Constitución, sino también aquellos otros que de manera implícita se esconden en ella.

Entrando ya en el proceso de liberalización, se debe poner de manifiesto que este presenta, quizás, un tinte más social que político. Pero, en todo caso, no se tiene que olvidar que donde política y sociedad se entremezclan es donde cabe reducir al mínimo la participación estatal en sectores que presentan una gran trascendencia para la sociedad, como pueden ser, por ejemplo, los servicios en red. Se trata de permitir el abandono de las técnicas e institutos del derecho administrativo para adoptar instituciones propias del derecho privado, más dúctiles. Este paso constituye la ya famosa “huida del derecho administrativo”, sobre la que mucho se ha escrito y discutido.

Los procesos liberalizadores acontecidos en ambos países presentaron cuatro notas características comunes: a) el repliegue del Estado; b) la articulación mediante reformas de carácter estatal y propiamente administrativas; c) la privatización, que, aunque tuvo un papel predominante, no fue suficiente para llevar a cabo este proceso, de modo que se complementó con otras figuras, como la desregularización y la recuperación de protagonismo prestacional por parte de los sujetos particulares; y d) la amplitud de los procesos, no solo en campo material, ya que abarcaron numerosísimos aspectos, tanto sociales como jurídicos, sino también en el ámbito cronológico, pues se extendieron durante largas etapas temporales.

La existencia de unos marcos constitucionales lo suficientemente fuertes como para amparar un régimen económico de tipo mixto, tanto en España como en Perú, fue determinante, pues permitió que los agentes económicos privados interviniesen

con mayor intensidad en diversos sectores económicos sin que se pudiesen levantar trabas insuperables. Así, poco a poco, se sustituyó la prestación directa de múltiples servicios por parte del Estado a los ciudadanos por la erogación de dichas prestaciones a los mismos por otros sujetos privados. Se configuró, de esta manera, un nuevo rol público: el Estado regulador, que de forma tan precisa ha analizado José Esteve Pardo.

En este marco de creación del Estado regulador, el Estado no desaparece como actor ni se muestra pasivo. Así, si bien se va a deshacer de prestaciones directas, impondrá obligaciones públicas o de servicio público a todo aquel operador que intervenga en el mercado liberalizado en régimen de competencia regulada.

Las cargas u obligaciones públicas a las que se hace referencia van a estar previstas en los mecanismos de regulación y su función consiste en garantizar el acceso universal de los ciudadanos a los servicios económicos de interés general. Es decir, básicamente el Estado quiere asegurar que se oferte una mayor cobertura a nivel cuantitativo, pero sin perder calidad a nivel cualitativo.

La liberalización, como fenómeno, va a traer tras de sí consecuencias no solo a nivel jurídico, sino también en otros ámbitos, aunque sea de manera más indirecta. De este modo, se crea una nueva forma de intervención pública, tanto en la propia sociedad como en la economía, que va a transformar la técnica de servicio público y que se centra en los siguientes puntos: 1) el alcance de la cobertura de los servicios; 2) la garantía de acceso a dichos servicios con tarifas y costes accesibles; y 3) el diseño e implementación de mecanismos económico-financieros para hacer posible lo anterior.

Se produce una retirada del Estado de la gestión directa de ciertos servicios; no obstante, de modo paralelo, se despliega una regulación sectorial que impide “la desviación del cumplimiento de las obligaciones que tienen las empresas prestadoras” (Eduardo Virgala).

En nuestro país se impuso el fenómeno de la competencia, así como el proceso liberalizador, ya bien entrada la década de los noventa del siglo pasado por imposición de la Unión Europea. Por su parte, el proceso liberalizador debe su nacimiento a la existencia de un nuevo Estado basado en dos pilares: su carácter regulador y su naturaleza profundamente administrativa. Por su parte, en Perú se adopta este fenómeno de la liberalización a modo de política de carácter público. El motivo fue su inserción en el plano económico internacional, en un contexto de debilidad económica, y la consecuente sumisión a las reglas neoliberales de juego del Consenso de Washington (un conjunto de diez fórmulas que se han erigido como el paquete de reformas «estándar» que han de poner en práctica los países en desarrollo azotados por crisis, según el Fondo Monetario Internacional o el Banco Mundial, entre otras instituciones internacionales). De esta manera, la liberalización en Perú fue un mecanismo implementado de forma urgente para tratar de poner punto final a la mala calidad de servicios públicos que se estaban prestando.

En conclusión, los procesos de liberalización español y peruano se asemejan en cuanto a sus aspectos jurídico y social, y se diferencian en el contexto socioeconómico en el que se produce el propio fenómeno. Hay que destacar también la influencia de la

regap



RECENSIONES

doctrina europea sobre la intervención prestacional del Estado, de la cual ha bebido el derecho administrativo de toda Hispanoamérica hasta nuestros días.

Por último, es imperativo terminar la presente recensión afirmando que, sin duda alguna, esta monografía del profesor Orlando Vignolo Cueva constituye, tanto por el rigor científico con el que ha sido elaborada como por la claridad de sus explicaciones, un libro de cabecera para todos los estudiosos del derecho administrativo económico, ya que en esta obra, al margen de un exhaustivo examen del tema abordado, se encuentran no pocas reflexiones novedosas respecto del principio de subsidiariedad horizontal que la hacen merecedora de especial atención por la doctrina.



## La docencia universitaria en el ámbito de las ciencias sociales y jurídicas. Entre la innovación y la tradición

58 Regap

JULIA MARÍA GARCÍA MORALES

Graduada en Historia da Arte  
Máster en Tutela do Patrimonio Histórico-Artístico  
Estudiante Máster de Ensino Obrigatorio e Bacharelato  
Universidade de Granada  
juliagarciamo@correo.ugr.es

Recibido: 10/12/2019 | Aceptado: 19/12/2019

DOI: <https://doi.org/10.36402/10.36402/regap.v1i58.119>

Regap



RECENSIONES

GARCÍA LOZANO, L. M. (dir.), e NICOLÁS GARCÍA, J. N. (dir.): *La docencia universitaria en el ámbito de las ciencias sociales y jurídicas. Entre la innovación y la tradición*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019, 188 pp. ISBN: 978-84-1309-822-7.

Por medio desta recensión tratamos de analizar o libro colectivo dirixido polos profesores García Lozano e Nicolás García no cal se examina o sistema educativo universitario español no ámbito das ciencias xurídicas e sociais, comparándoo co doutras universidades europeas, demostrando como creceu e avanzou o primeiro nos últimos anos –malia que non se producise o suficiente recoñecemento social– co fin de: “mellorar a vida e prestar un servizo público de calidade aos novos estudantes universitarios e á sociedade”. Isto ponse de manifesto por medio dos dezanove capítulos que vertebran o libro, escritos por diferentes docentes universitarios, probando a gran calidade que están a adquirir e atesourar as universidades españolas.

O primeiro capítulo, cuxa autoría corresponde ao profesor da Universidade Carlos III D. Luis Miguel García Lozano, leva por título: “La impregnación de Europa y los valores de la Unión en los estudios universitarios”. Nesta investigación analízase a perda dos valores europeos e a presenza doutros novos que están a levar a poboación cara a un cambio de mentalidade contra o sistema democrático e o Estado de Dereito. Malia ser certo que, desde que se formou a Universidade, o seu obxectivo foi impartir

coñecemento pero non formar en valores, xa que estes eran uniformes en toda Europa, a situación cambiou a partir do século XX coa chegada dun fluxo de inmigrantes que proporcionou: “[...] na escena europea valores e principios de civilizacións realmente distintas á nosa, e que mesmo supuxeron unha confrontación clara e directa contra os nosos valores”.

O profesor substituto interno da Facultade de Dereito da Universidade de Granada D. Antonio Pérez Miras e a profesora axudante doutora da Facultade de Dereito da Universidade de Granada D.<sup>a</sup> Valentina Faggiani realizaron o segundo capítulo deste estudo sobre: “La transversalidad de los valores constitucionales en el espacio europeo de educación superior”. Este traballo aborda a nova regulación das ensinanzas superiores en España por medio do Real decreto 1393/2007, do 29 de outubro, que ten como obxectivo non só unha formación académica, senón tamén humana, integral, plural e diversa, incluída nos plans educativos, entendendo así a Universidade como: “a grande institución de formación profesional de Europa”.

O terceiro capítulo corre cargo, novamente, de D. Luis Miguel García Lozano, baixo o título: “La presencia de los valores religiosos en los planes de estudios universitarios a la vista de los tratados de la Unión”. Nel estúdase como os valores relixiosos non quedaron nunha dimensión privada, senón que acompañaron a sociedade potenciando a súa formación, aínda que nas últimas décadas quedaron relegados a un segundo plano, cargados de certos prexuízos. Non obstante, cómpre volver rescatalos, xunto a outros valores cívicos europeos, co fin de integralos dentro dos programas educativos, sinalando o interese que teñen para os novos universitarios: “para que teñan un coñecemento claro da súa importancia para a evolución do noso continente e a construción da cidadanía europea”.

O profesor axudante doutor da Universidade Nacional de Educación a distancia D. Rafael Sanz Gómez e D. José Miguel Martín Rodríguez, profesor axudante doutor da Universidade Pablo de Olavide, levan a cabo o cuarto capítulo desta monografía, coa epígrafe: “Estructuración de los títulos y calidad de la enseñanza”. Os dous autores investigan a implantación do Real decreto 43/2015, que modificou a organización dos estudos universitarios, dando lugar a instaurar 3+2 de grao e máster en lugar do 4+1, estudando a repercusión e as consecuencias que ten no sistema universitario español.

O capítulo quinto está elaborado por D. Francisco Miguel Bombillar Sáenz, profesor contratado doutor da Facultade de Dereito na Universidade de Granada, e D. Luís Miguel García Lozano, profesor da Universidade Carlos III, baixo o título: “Una reflexión acerca de los TFGS por tutores y tribunales”. Estes investigadores examinan as problemáticas que supuxo o establecemento dos TFGS debido a: “[...] unha falta de tradición investigadora entre o alumnado español, unido a un desbordado profesorado, con apenas tempo para dedicalo a tal mester”. Ante esta situación, inténtase buscar unha solución que permita unha axeitada titorización e realización dos traballos de iniciación á investigación que supoñen o colofón aos estudos de grao.

D.<sup>a</sup> Cristina Moreno Martínez, profesora contratada doutora da Universidade de Murcia, é a encargada de efectuar o sexto capítulo, dedicado a: “La tutorización de los trabajos de fin de título. Ventajas y desventajas para el docente”. Esta autora reflexiona

sobre a existencia do traballo fin de grao, por un lado, como “unha posta a proba” das competencias que se obtiveron durante os estudos de grao; por outro, investiga as vantaxes e inconvenientes que se presentan para o titor e/ou titores do dito traballo.

O sétimo capítulo, realizado por D. Antonio Pérez Miras, profesor substituto interino do departamento de Dereito Constitucional na Universidade de Granada; D. Fernando Pérez Domínguez, profesor de Dereito Público e do Traballo da Universidade de Huelva; e D. Germán Manuel Teruel Lozano, profesor axudante doutor de Dereito Constitucional na Universidade de Murcia, co título: “A propósito de los TFGS y TFMS de disciplinas jurídicas”. Estes autores céntranse nunha análise sobre a necesidade de facer os traballos finais para a obtención do título en cada un dos ciclos no ámbito xurídico, e a comparación destes con outros traballos levados a cabo en diferentes universidades europeas.

D. Pedro Jesús Pérez Zafrilla, profesor titular do Departamento de Filosofía da Universidade de Valencia, aborda o oitavo capítulo, denominado: “Repensando los procesos de acreditación docente: el horizonte de la excelencia”. O doutor Pérez Zafrilla revisa neste punto o termo de “calidade docente” segundo o formulado polos organismos de acreditación do profesorado universitario. Ademais, suxire un novo modelo baseado menos na cantidade e máis na “excelencia do profesional”.

O noveno capítulo, “Sobre la idónea incorporación del profesorado interino: una visión práctica desde la Universidad de Granada”, foi redactado por diferentes profesores vinculados ao Departamento de Dereito Constitucional da Universidade de Granada, como son: D. Augusto Aguilar Calahorro, D. Miguel José Arjona Sánchez, D.<sup>a</sup> Eloísa Pérez Conchillo e D. Antonio Pérez Miras. Neste punto trátase a incorporación de novo persoal docente universitario a un departamento, partindo da experiencia reflexiva, persoal e práctica dos membros que figuran como autores do artigo, marcados por unha premisa: a precariedade laboral que sofre a Universidade.

O décimo capítulo versa sobre: “Los ránquines y la determinación de la calidad universitaria”. Este foi desenvolvido por: D. Antonio Pérez Miras, profesor do Departamento de Dereito Constitucional da Universidade de Granada; D. Joaquín Sarrión Esteve, profesor do Departamento de Dereito Constitucional da Universidade Nacional de Educación a Distancia; e D.<sup>a</sup> Belén Burgos Garrido, doutoranda da Universidade de Granada. Os ditos autores centran esta investigación no estudo dos diferentes *rankings* universitarios, xa sexa a nivel nacional ou internacional, desde unha perspectiva crítica, resaltando o seu déficit de transparencia, as súas discrepancias, entre outros aspectos.

D. José Neftalí Nicolás García, profesor asociado da Universidade de Murcia, é o encargado de realizar o undécimo capítulo: “La calidad en el sistema universitario”. Este estudo analiza os parámetros de calidade, impostos aos docentes e ás universidades, que foron desenvolvidos por axencias independentes, así como os creados no seo das propias universidades.

O duodécimo capítulo desta monografía pertence á doutoranda da Universidade Católica de Murcia D.<sup>a</sup> Inmaculada Olmos Rubio, titulado: “La calidad docente como forma de excelencia”. Esta autora examina a concepción do termo da excelencia na

Regap



RECENSIONES

esfera da docencia universitaria. Polo tanto, un profesor excelente non é só aquel que imparte e recibe coñecemento, senón tamén o que “realiza investigacións que pon por escrito e se consultan e mesmo se venden en modo sensible”.

O décimo terceiro capítulo é obra de D. Juan Francisco Sánchez Barrilao, profesor titular do Departamento de Dereito Constitucional da Universidade de Granada, co título: “Páginas webs departamentales en apoyo de la docencia”; nel ponse de manifesto a evolución que estas sufriron e a súa importancia para os alumnos universitarios co fin de obter unha maior información de interese docente.

A doutoranda da Universidade de Granada D.<sup>a</sup> Belén Burgos Garrido desenvolveu o décimo cuarto capítulo, acerca de: “Las nuevas tecnologías en las profesiones jurídicas: una necesidad formativa”. A autora resalta o gran proceso de informatización que vive a sociedade actual e que, polo tanto, afecta ao mundo do dereito, no xeito de se interrelacionar, de traballar, etc., o que levou consigo a aparición de novas metodoloxías laborais.

Á profesora contratada doutora do Departamento de Dereito Financeiro e Tributario da Universidade Católica de Murcia D.<sup>a</sup> Patricia Blanco Díez correspóndelle a autoría do décimo quinto capítulo: “Las tareas evaluativas a través de las plataformas digitales”. Esta autora efectúa unha revisión da opinión de distintos autores que se dedicaron á análise da aprendizaxe (métodos, transmisión do coñecemento, modalidades, etc.) na educación a distancia, concretamente na modalidade en liña, achegando novas percepcións sobre a metodoloxía deste tipo de ensino.

O décimo sexto capítulo está dedicado a: “Las TIC en la docencia universitaria: el uso de plataformas digitales”. Foi redactado polos profesores D. Antonio Pérez Miras, D. Luis Miguel García Lozano, D.<sup>a</sup> Patricia Blanco Díez e D.<sup>a</sup> Cristina Benlloch Domènech. Os mencionados autores indican a innovación que se produciu á hora de impartir docencia universitaria, coa introdución de plataformas de campus virtuais para apoiar o ensino, obtendo unha maior proximidade cos alumnos, superando o espazo físico que ten a aula a partir das súas propias experiencias educativas.

O doutorando D. Francisco Ramón Villaplana Jiménez, profesor asociado de Ciencias Políticas e da Administración na Universidade de Murcia, é o autor do décimo sétimo capítulo, titulado: “La conformación de los tribunales examinadores: ¿unidad de materia o multidisciplinariedad?”. Este profesor fai fincapé na importancia da conformación dos tribunais examinadores dos traballos finais de grao e máster para obter un óptimo resultado en cada caso. Para iso, parte de investigar as vantaxes e inconvenientes que presentan os dous métodos que existen para a configuración dos ditos tribunais, unidisciplinario e multidisciplinario, achegando unha serie de conclusións e recomendacións.

O décimo oitavo capítulo corre a cargo do doutorando D. Francisco Ramón Villaplana Jiménez e a profesora D. Antonia González Salcedo, baixo o título: “La adaptación práctica de la metodología docente a estudiantes con TEA en estudios universitarios de ciencias sociales y jurídicas”. Os dous investigadores abordan os diferentes retos sociais e de interrelación que presentan os estudantes universitarios con Trastornos do Espectro do Autismo, aprofundando nas aplicacións de diferentes adaptacións –de

materiais, de prácticas entre outras–, desde unha perspectiva teórico-práctica no ámbito das ciencias sociais co obxectivo de conseguir un ensino axeitado e de éxito para este tipo de alumnos.

O libro conxunto péchase co capítulo elaborado polo profesor D. Miguel José Arjona Sánchez sobre: “Los planes de acogida para los estudiantes universitarios de primer curso”. Este autor expón a necesidade de estruturar un bo plan de acollida para a chegada dos novos alumnos, a través de cinco fases clave, que conte coa colaboración de todo o persoal universitario –docente, administrativo e de servizos–, co fin de asegurar unha excelente integración social e académica na Universidade, reducindo así a taxa de abandono.

Regap



RECENSIONES



Revista Galega de Administración Pública

ISSN: 1132-8371

Núm. 58, julio-diciembre 2019 \ Number 58, July December 2019

## Sumario/Summary

### 1 ESTUDIOS / STUDIES

**Jesús Fuentetaja Pastor**

**«En cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición»:** La convergencia de régimen jurídico entre funcionarios de carrera y funcionarios interinos. ....291  
*«When appropriate for the nature of its condition»:* The convergence of the legal system between career civil servants and temporary civil servants

**Andrés Boix Palop**

Reforma jurídico-administrativa, procedimiento electrónico y Administración local: análisis de la incidencia de las recientes transformaciones en las bases del procedimiento administrativo español sobre el régimen local. ....315  
*Legal and administrative reform, electronic procedures and local administration: analysis of the incidence of recent transformations of the bases of Spanish administrative procedures concerning local government*

**María Dolores Rivera Frade**

Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas cuando actúan a través de sujetos privados. Especial referencia a los contratistas y a los concesionarios. ....361  
*Liability of public administration when it acts through private subjects. Special reference to contractors and concessionaires*

**Carmen Núñez Fiaño**

Estructura orgánica de la Mutualidad General Judicial .....411  
*Organic structure of the General Mutual Insurance Scheme for the Judiciary*



**Carmen Esther Falcón Pérez**

La Administración pública como garante del sistema de compensación urbanística: una cuestión a resolver. . . . .441  
*The public Administration as the guardian of compensation management system: a key issue to be resolved*

**Casto Pérez de Arévalo Trillo-Figueroa**

La evolución de la legislación del sector eléctrico en España: de la publicación a la liberalización del servicio. Efectos y consecuencias para las empresas, el Gobierno y los usuarios . . . . .463  
*Evolution of the legislation of the electricity sector in Spain: from publication to service liberalization. Effects and consequences for the companies, the Government and users*

**2 COMENTARIOS Y CRÓNICAS / COMMENTS AND CHRONICLES**

**Roberta Fernandes de Faria**

Los retos de las nuevas formas de tratamiento de residuos en territorios inteligentes desde una perspectiva europea. . . . .491  
*The challenges of new forms of treating waste in smart territories from a European perspective*

**Andoni Polo Roca**

Protección de datos y elaboración de perfiles: el nuevo artículo 58 bis de la Ley orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general . . . .507  
*Data protection and profiling: the new article 58 bis of the Organic Law 5/1985 of 19 June, on the General Electoral System*

**Francisco de Cominges Cáceres**

Jurisprudencia contencioso-administrativa. . . . .529  
*Contentious-administrative jurisprudence*

**3 RECENSIONES / REVIEWS**

**María Victoria Álvarez Buján**

Responsabilidad patrimonial de la Administración y privatización de servicios públicos. . . . .561

**Alba Lorenzo García**

La dogmática del principio de subsidiariedad horizontal. Liberalización de sectores y el surgimiento de la Administración Pública Regulatoria en Perú . . . . .565

**Julia María García Morales**

La docencia universitaria en el ámbito de las ciencias sociales y jurídicas. Entre la innovación y la tradición. . . . .569

Proceso de selección e avaliación dos orixinais	
Normas de publicación .....	479
Proceso de selección y evaluación de los originales	
Normas de publicación .....	483
Selection and evaluation process of originals	
Publication requirements .....	487

Regap





# Regap

Estudios

1



«*En canto sexa adecuado á natureza da súa condición*»: A converxencia de réxime xurídico entre funcionarios de carreira e funcionarios interinos

«***En cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición***»: **La convergencia de régimen jurídico entre funcionarios de carrera y funcionarios interinos**

«*When appropriate for the nature of its condition*»: The convergence of the legal system between career civil servants and temporary civil servants



JESÚS FUENTETAJA PASTOR

Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad Nacional de Educación a Distancia  
jfuentetaja@der.uned.es

Recibido: 28/10/2019 | Aceptado: 19/12/2019

DOI: <https://doi.org/10.36402/10.36402/regap.v1i58.49>

**Resumo:** O réxime xurídico dos funcionarios interinos viuse decisivamente afectado polo dereito europeo, en particular pola Directiva 1999/70 de traballo de duración determinada. Ao prohibir a discriminación nas condicións de traballo de traballadores temporais respecto aos traballadores indefinidos, os funcionarios interinos viron recoñecidos dereitos económicos e de carreira profesional que tradicionalmente lles eran negados. O Estatuto básico do empregado público define o réxime xurídico dos funcionarios interinos por remisión ao dos funcionarios de carreira “en canto sexa adecuado á natureza da súa condición”, expresión cuxo alcance cobra un novo sentido, tanto respecto ao seu contido como á súa interpretación.

**Palabras clave:** Funcionario interino, funcionario de carreira, dereitos, carreira, Directiva 1999/70, estatuto básico, empregado público.

**Resumen:** El régimen jurídico de los funcionarios interinos se ha visto decisivamente afectado por el derecho europeo, en particular por la Directiva 1999/70 de trabajo de duración determinada. Al prohibir la discriminación en las condiciones de trabajo de trabajadores temporales respecto a los trabajadores indefinidos, los funcionarios interinos han visto reconocidos derechos económicos y de carrera profesional que tradicionalmente les eran negados. El Estatuto básico del empleado público define el régimen jurídico de los funcionarios interinos por remisión al de los funcionarios de carrera “en cuanto sea adecuado a la

naturaleza de su condición”, expresión cuyo alcance cobra un nuevo sentido, tanto respecto a su contenido como a su interpretación.

**Palabras clave:** Funcionario interino, funcionario de carrera, derechos, carrera, Directiva 1999/70, estatuto básico, empleado público.

**Abstract:** The legal regime of interim officials has been decisively affected by European law, in particular by the 1999/70 Directive on fixed-term work. By prohibiting discrimination in the working conditions of temporary workers with respect to indefinite workers, interim officials have seen recognized economic and career rights that were traditionally denied. The Basic Statute of the Public Employee defines the legal regime of interim officials by referral to that of career officials “as appropriate to the nature of their condition”, an expression whose scope takes on a new meaning, both in terms of content and its interpretation.

**Key words:** Interim official, permanent official, rights, career, Directive 1999/70, basic statute, public official.

**SUMARIO:** 1 El régimen jurídico de los funcionarios interinos y la incidencia del derecho europeo en él. 2 El canon europeo de no discriminación por razón de la temporalidad de la relación. 2.1 Los términos subjetivos de comparación: trabajadores temporales e indefinidos. 2.2 Término objeto de comparación: «condiciones de trabajo». 2.3 Justificación objetiva del tratamiento diferenciado en las administraciones públicas. 3 Consecuencias sobre el régimen jurídico de los funcionarios interinos. 3.1 Reconocimiento europeo de derechos a los funcionarios interinos. 3.2 Los derechos retributivos de los funcionarios interinos a la luz del derecho europeo. 3.3 El derecho a la carrera de los funcionarios públicos temporales. 3.3.1 Carrera horizontal y funcionarios interinos. 3.3.2 Consolidación de grado personal por funcionarios interinos. 3.3.3 Participación de funcionarios interinos en concursos de provisión de puestos de trabajo. 3.4 El «derecho a la indemnización por despido» de los funcionarios interinos. 4 La convergencia sustantiva de regímenes jurídicos entre funcionarios de carrera y funcionarios interinos.

## 1 El régimen jurídico de los funcionarios interinos y la incidencia del derecho europeo en él

Uno de los arcanos más inescrutables que recoge la normativa de función pública española es el relativo al establecimiento del régimen jurídico de los funcionarios interinos<sup>1</sup>, al decir que a estos se aplicará el régimen general de los funcionarios de carrera “*en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición*” (art. 10.5 TREBEP). Esta técnica presupone una falta de reflexión previa que permita una abstracción en sede legislativa, defiriendo a la Administración, en sede de aplicación, la determinación general (vía reglamento) o singular (vía actos) de ese régimen y, en sede judicial, la configuración última del régimen jurídico aplicable a los funcionarios interinos.

Con independencia de esta compleja técnica de remisión aplicativa para dotar de contenido al régimen jurídico de los funcionarios interinos y prescindiendo de la necesidad u oportunidad de que el mismo viniera previsto en una ley (por entender en sentido amplio la exigencia de tal reserva en el artículo 103.3 de la Constitución) o, al menos, en una norma reglamentaria, lo cierto es que la locución normativa ha

<sup>1</sup> La locución también define el derecho aplicable al personal eventual (art. 12.5 TREBEP), aunque por su menor trascendencia obviaremos esta clase de personal en este estudio.



permitido extender o no el régimen jurídico de los funcionarios de carrera a los funcionarios en atención a criterios más o menos justificados.

Así, por ejemplo y con cierta cercanía en el tiempo, la reciente crisis económica padecida por nuestro país a partir del año 2010 fue la causa remota para recortes económicos que se articularon a través de decisiones que afectaron exclusivamente a los funcionarios interinos, desde la reducción de su horario y consecuentemente de sus retribuciones a la amortización de las plazas que ocupaban, pasando por los ceses sin tal amortización. Con más raigambre histórica, la argumentación de la diferenciación de regímenes invocaba aspectos como el singular y diverso procedimiento de selección de los funcionarios interinos, con menos exigencias desde los principios de igualdad y de mérito y capacidad. O incluso se alegaba, con un razonamiento un tanto tautológico, que determinado elemento del régimen de los funcionarios de carrera no podía reconocerse a los funcionarios interinos por la naturaleza temporal de estos, criterios todos ellos que era frecuente encontrar en la vida administrativa diaria, pero también en la jurisprudencia, sea constitucional u ordinaria.

Y no es que el principio de igualdad no se tuviera en cuenta en la operación hermenéutica encaminada a dilucidar lo que era “*adecuado a la naturaleza de su condición*” de funcionario interino, pero lo cierto es que los tribunales eran más proclives a encontrar justificada la razón de la diferenciación de trato.

Esta inercia administrativa y judicial se ha visto abruptamente interrumpida por un factor imprevisible: el derecho europeo<sup>2</sup>. Aunque la Unión Europea carece de competencia sobre la función pública de los Estados miembros, su incidencia se ha producido por la extensión que la normativa y la jurisprudencia europeas han hecho del concepto trabajador a efectos tanto de la libre circulación en el mercado interior como de la titularidad de derechos sociales encaminados a su protección. Concretamente, en este último ámbito hay que ubicar la decisiva Directiva 1999/70 de trabajo de duración determinada, cuyos objetivos, en realidad, son dos: el primero, la prohibición de diferencias de trato desfavorables de las que puedan ser objeto los trabajadores con una relación de duración determinada respecto a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un trabajo de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas; y, el segundo, evitar el abuso en el recurso a la utilización de relaciones temporales tanto con carácter absoluto (duraciones excesivas que encubran necesidades permanentes) o con carácter relativo (encadenamiento de relaciones temporales).

Prescindiremos de este segundo objetivo, aunque presenta una problemática propia por los endémicos abusos que nuestras administraciones hacen de las duraciones de las relaciones interinas, la cual está propiciando reivindicaciones sociales, pronunciamientos judiciales y opiniones doctrinales de gran interés<sup>3</sup>. Nos centraremos, pues, en cómo el derecho europeo ha afectado decisivamente la comprensión del régimen jurídico material de los funcionarios interinos al prohibir discriminaciones

<sup>2</sup> Vid. FUENTETAJA, J., *Función Pública y Derecho Europeo*, Civitas, Madrid, 2019.

<sup>3</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M., “La consagración del funcionario interino indefinido”, *Revista de Administración Pública*, n. 208, pp. 223-238.

respecto a los funcionarios de carrera que pretendieran justificarse exclusivamente en la temporalidad de la relación.

## 2 El canon europeo de no discriminación por razón de la temporalidad de la relación

Aunque el derecho europeo establece la prohibición de discriminación por diferentes motivos (sexo, edad, etc.), la Directiva 1999/70 tiene por objeto exclusivamente la prohibición por razón de la temporalidad de la relación entre trabajadores cuya relación es de duración determinada y trabajadores cuya relación es de duración indeterminada.

La cláusula 4 de la directiva es harto elocuente del alcance y de los elementos de la prohibición que pretende el derecho europeo: “*Por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas*”. Analicemos, pues, los distintos términos que componen la prohibición que, como vemos, exige un juicio relacional de categorías de trabajadores.

### 2.1 Los términos subjetivos de comparación: trabajadores temporales e indefinidos

El Tribunal de Justicia ha sido claro a la hora de afirmar que “el principio de no discriminación se ha aplicado y concretado mediante el acuerdo marco únicamente en lo que respecta a las diferencias de trato entre trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores con contratos por tiempo indefinido que se encuentren en una situación comparable”<sup>4</sup>. Esto implica, por tanto, que una posible diferencia de trato entre determinadas categorías de personal con contratos de duración determinada que no se basa en la duración determinada o indefinida de la relación de servicio, sino en su carácter funcional o laboral, no está incluida en el ámbito de aplicación del principio de no discriminación consagrado por el Acuerdo marco de trabajo de duración determinada<sup>5</sup>.

En consecuencia, la igualdad que imponen la Directiva y el Acuerdo marco de trabajo de duración determinada no incluye la discriminación de personal de duración indeterminada (funcionarios de carrera) respecto a personal de duración determinada, de forma que, si estos tienen reconocidas unas condiciones de empleo determinadas (por ejemplo, derecho a indemnización al finalizar la relación de trabajo), aquellos no pueden pretender su reconocimiento.

Y tampoco la discriminación entre personal con duración indeterminada, esto es, entre funcionarios de carrera y personal laboral fijo, lo que en principio evita al

<sup>4</sup> *Vino*, 11 de noviembre de 2010 (C-20/10), n. 56; *Vino*, 22 de junio de 2011 (C-161/11), n. 28; *Rivas Montes*, 7 de marzo de 2013 (C-178/12), n. 43.

<sup>5</sup> *Vino*, 11 de noviembre de 2010 (C-20/10), n. 57; *Rivas Montes*, 7 de marzo de 2013 (C-178/12), n. 44-45.

Tribunal de Justicia tener que inmiscuirse en un asunto más complejo, como el de la coexistencia de relaciones jurídicas de naturaleza diferente en el seno de una misma Administración con las inherentes diferencias entre ellas.

Sin embargo, la combinación de términos de referencia no acaba con los antes expuestos. Y es que cabría suscitar una cuestión que formalmente se plantease entre personal de naturaleza administrativa temporal (funcionarios interinos y eventuales sanitarios) y personal laboral fijo en tanto en cuanto realicen un trabajo comparable. Pero entonces se estarían desbordando los estrictos límites del juicio de comparabilidad que dibuja la Directiva 1999/70, por mucho que se pretenda entablar tal juicio entre términos más abstractos que prescinden de rasgos genuinos de clases de personal («empleado público» o «trabajador») o que se abogue por un “concepto amplio de “trabajador indefinido comparable”<sup>6</sup>, salvo que ese desbordamiento del marco europeo estricto se produzca por el establecimiento de un canon interno europeo diferente que prescinda de la naturaleza jurídica del vínculo como premisa esencial del juicio de comparabilidad.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia parece difuminar últimamente los contornos estrictos de los términos subjetivos del juicio de comparación. Así lo ha hecho en el asunto *Aragón Carrasco*, en sentencia de junio de 2019<sup>7</sup>, que, aunque versaba fácticamente sobre personal eventual, el razonamiento es perfectamente aplicable al personal funcional interino, como así acaba de hacer el abogado general SPUZNAR en el asunto *Baldonado Martín*, en sus Conclusiones de 17 de octubre de 2019. En dicha sentencia, el tribunal no tiene en cuenta el diferente régimen jurídico de las figuras de trabajadores en liza de comparación y admite que se considere el diferente trato entre los trabajadores temporales sometidos a derecho público (personal eventual) y trabajadores fijos sometidos a derecho privado (personal laboral fijo) respecto al derecho de indemnización por cese de la relación de servicio, tal y como veremos al final de este trabajo.

Si se ha traído ahora a colación esta cuestión es porque afecta no solo a la concreta condición de trabajo objeto de juicio de comparación –derecho de indemnización por cese–, sino también a las consecuencias potencialmente impredecibles que tendría admitir ese tipo de juicios de comparación que implican un cruce de regímenes jurídicos. Y es que ello supondría, a la postre, construir el régimen jurídico de los funcionarios temporales no solo desde la perspectiva del régimen jurídico de los funcionarios de carrera, sino también desde la de los trabajadores laborales fijos al servicio de la Administración, escogiendo aquellos elementos de uno u otro régimen en función de la conveniencia del funcionario temporal, caso del derecho de indemnización. De alguna manera, la convergencia de regímenes no se verificaría entre funcionarios temporales y funcionarios interinos, sino que más bien se operaría una síntesis dialéctica de todos los existentes en la Administración –funcionarios de carrera y contratados laborales fijos– conformando un régimen jurídico singular y ajeno a la propia legislación, más

<sup>6</sup> ALDOMA BUIXADE, J., *Aplicación del principio de no discriminación al personal temporal al servicio de la Administración Pública*, Diputación de Barcelona, Barcelona, 2015, p. 54.

<sup>7</sup> *Aragón Carrasco*, 12 de junio de 2019 (C-367/18).

parecido a la premisa teórica que subyace en el término «empleado público» utilizado por el propio Estatuto básico.

Refuerzo último de la conformación de ese régimen jurídico sincrético, que escogería de cada ordenamiento el elemento oportuno para conformar uno nuevo y diferente, sería una consecuencia colateral del cruce de regímenes jurídicos en los términos subjetivos del juicio de comparabilidad: la paradójica discriminación inversa a la que se verían abocados los funcionarios de carrera. Y es que, si se admitiera que el régimen jurídico de los funcionarios temporales se pudiera nutrir del régimen jurídico de los contratados laborales fijos, aquellos verían reconocidos derechos diferentes a los de los funcionarios de carrera. Pensemos simplemente en la integridad de las pagas extraordinarias, de montante más reducido para los funcionarios respecto a los contratados laborales en la Administración.

Bien es cierto que incluso esta comparabilidad de relaciones de trabajo cruzando figuras con regímenes jurídicos dispares resultaría teóricamente inviable si realmente hubiera, en el seno de cada Administración, una nítida y neta separación entre las funciones que funcionarios y laborales ejercen, lo que impediría siquiera el planteamiento de la cuestión. Recordemos que la directiva define al “trabajador con contrato de duración indefinida comparable” como aquel “trabajador con un contrato o relación laboral de duración indefinid[a], en el mismo centro de trabajo, que realice un trabajo u ocupación idéntico o similar, teniendo en cuenta su cualificación y las tareas que desempeña”. La expresión «centro de trabajo», típicamente pensada por y para el ámbito privado, debe entenderse en el ámbito de la función pública como referida a la Administración pública concreta, pues es dicho ámbito el que determina el régimen jurídico homogéneo de derechos y obligaciones para su personal y la organización de sus tareas y funciones.

En efecto, la premisa para comparar las situaciones de los trabajadores –de duración determinada y de duración indefinida– es si ambas categorías desempeñan, en el centro de trabajo correspondiente, unas tareas idénticas o similares, teniendo en cuenta un conjunto de factores variado: naturaleza del trabajo, condiciones de formación, condiciones laborales<sup>8</sup>, que se pueden manifestar en aspectos como las actividades realizadas, la identidad de puestos.

Así, por ejemplo, en el sector público, el ámbito de referencia sería la Administración en cuestión, de manera que la relación de comparabilidad se debe hacer entre los empleados públicos con una relación de servicio por tiempo determinado y los empleados públicos con una relación de servicio por tiempo indefinido “nombrados por la misma autoridad durante el mismo período de tiempo”<sup>9</sup>. Asimismo, es necesario tener en cuenta la situación fáctica y jurídica en la que procede reclamar las correspondientes prestaciones al empleador”<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> *Rosado Santana*, 8 de septiembre de 2011 (C-177/10), n. 66; 9 de febrero de 2017, *Rodrigo Sanz*, 9 de febrero de 2017 (C-443/16), n. 38.

<sup>9</sup> *Vega González*, 20 de diciembre de 2017 (C-158/16), n. 46.

<sup>10</sup> Conclusiones de la abogada general *KOKOTT* en el asunto *Montero Mateos* (C-677/16).

Ciertamente, la Directiva 1999/70 exige que la comparación sobre las condiciones de trabajo entre trabajadores se haga de forma contextualizada teniendo como referencia “el centro de trabajo”. Una vez más, observamos que la terminología y la finalidad de la previsión responden más a la realidad del mercado de trabajo privado que a la del público, donde el principio de igualdad que rige la función pública impone una uniformidad jurídica basada más en el nivel de la Administración en cuestión que en el del concreto y singular centro de trabajo, sin perjuicio de que en virtud de la potestad de autoorganización del mismo se pudieran derivar consecuencias sobre las condiciones de trabajo (por ejemplo, en relación con la ordenación del tiempo del trabajo).

El razonamiento del abogado general SPUZNAR en el citado asunto *Baldonado Martín*, de octubre de 2019, es sumamente ilustrativo. Relativo al derecho de indemnización por cese de un funcionario interino, jardinero del Ayuntamiento de Madrid, el planteamiento de la cuestión prejudicial se hacía, en realidad, no tanto desde la comparación con el funcionario de carrera (que es evidente que no goza de aquel derecho), sino desde la consideración de la indemnización en el momento del cese como sanción al abuso en la sucesión de relaciones temporales en calidad de funcionario interino. El abogado general reformula este planteamiento y lo aborda no desde la cláusula 5 de la Directiva (medidas para prevenir y sancionar abusos), sino desde la 5 (prohibición de discriminación), pero para ello debe encontrar un trabajador fijo, jardinero, en el Ayuntamiento de Madrid que goce de derecho de indemnización en el momento de su cese. Y después de inquirir al mismo resulta que encuentra un único trabajador fijo contratado como jardinero desde los años noventa del pasado siglo. Y a partir de ahí podrá desarrollar su argumentación. Como puede verse, si el Ayuntamiento contara con una adecuada y correcta organización, no hubiese sido posible, en teoría, que las funciones de jardinería las desempeñen indistintamente funcionarios y laborales, aunque solo fuera uno de esta última categoría.

En última instancia, el juicio de comparabilidad exige homogeneidad de los términos esenciales de referencia (empleador, marco jurídico, contexto temporal y tareas desempeñadas) en el sentido de coincidir en todas sus propiedades relevantes y no divergir en ninguna propiedad que también se considere relevante, pues de lo contrario no estaríamos ante un juicio de igualdad, sino simplemente de semejanza.

## 2.2 Término objeto de comparación: «condiciones de trabajo»

La jurisprudencia europea ha sido muy flexible<sup>11</sup> a la hora de interpretar el concepto de «condiciones de trabajo» sobre las cuales no debe producirse discriminación entre trabajadores con un contrato de duración determinada y trabajadores fijos comparables. En dicho concepto se incluirían todas las normas aplicables a un trabajador

<sup>11</sup> Rechazando así aproximaciones restrictivas que, por ejemplo, abogaban por la exclusión de las retribuciones del ámbito de aplicación de la Directiva 1999/70, tal y como hacían las conclusiones del abogado general POIARES MADURO en el asunto *Del Cerro Alonso*, Rec. p. I-7120, n. 25.

o las prestaciones que este reclame por su vinculación con su relación laboral<sup>12</sup>. En palabras del Tribunal de Justicia, “la expresión «condiciones de trabajo» designa los derechos y obligaciones que definen una relación laboral concreta, incluyendo tanto las condiciones en las que una persona ejerce un empleo como las relativas a la finalización de esta relación laboral”<sup>13</sup>.

Así, en dicho concepto –y siempre dentro del ámbito público que es propio de este estudio– el Tribunal de Justicia ha incluido cuestiones relativas a prestaciones económicas, a la carrera y promoción profesional de los empleados, condiciones de despido o derechos de los que disfrutaban aquellos en el seno de la relación laboral.

### 2.3 Justificación objetiva del tratamiento diferenciado en las administraciones públicas

La constatación de una diferencia de trato entre trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores fijos no implica necesariamente que sea contraria al derecho europeo, pues este admite ese trato diferenciado siempre que se encuentre fundamentado en razones objetivas, precisas y concretas, atendiendo a la especial naturaleza de las tareas para cuya realización se celebran los contratos de duración determinada y a las circunstancias inherentes a estas<sup>14</sup>.

Este posible amparo en esas razones objetivas presenta peculiaridades en el caso de las administraciones públicas que es preciso analizar.

Por una parte, para el Tribunal de Justicia ni el desarrollo de funciones de confianza y asesoramiento especial ni el hecho de que su nombramiento y cese sean libres diferencian al trabajador del resto de empleados públicos en función de la naturaleza de las tareas que pueden desempeñar<sup>15</sup>.

En el caso de los funcionarios interinos, España ha argüido infructuosamente ante el Tribunal de Justicia varias diferencias estructurales con los funcionarios de carrera que justificarían un tratamiento distinto de ambas clases de empleados públicos: menores exigencias en la incorporación y la acreditación del mérito y capacidad; falta de movilidad de los funcionarios interinos, al estar vinculados al puesto que son llamados a ocupar temporalmente, lo que hace que su actividad sea distinta y de diferente valor a la del funcionario de carrera; determinadas funciones se reservan a los funcionarios de carrera, lo que implica que existe una diferencia cualitativa en cuanto a experiencia y formación; o, por último, el hecho de que el cese de los funcionarios interinos tiene lugar cuando finaliza la causa que dio lugar a su nombramiento<sup>16</sup>. Sin embargo, el Tribunal de Justicia rechaza que esos aspectos amparen de manera abstracta y general una diferencia de trato entre funcionarios de carrera y funcionarios interinos, si bien pueden justificar específicas y concretas previsiones que impliquen tal diferenciación

<sup>12</sup> *Carratú*, 12 de diciembre de 2013 (C-361/12).

<sup>13</sup> *Vega González*, 20 de diciembre de 2017 (C-158/16).

<sup>14</sup> *Rosado Santana*, 8 de septiembre de 2011 (C-177/10).

<sup>15</sup> *Regojo Dans*, 9 de julio de 2015 (C-177/14), n. 34.

<sup>16</sup> *Rosado Santana*, 8 de septiembre de 2011 (C-177/10), n. 75.

(v. gr. requisitos objetivos derivados de las características de la plaza a cubrir en un proceso selectivo o de provisión de puestos, en función de la naturaleza particular de las tareas que se han de realizar o las características inherentes a ellas, pero no un requisito genérico y abstracto según el cual el período de servicio exigido debe haberse cumplido íntegramente en calidad de funcionario de carrera<sup>17</sup>).

### 3 Consecuencias sobre el régimen jurídico de los funcionarios interinos

Tradicionalmente, los tribunales admitían la justificación general de la posibilidad de tratamiento diferenciado entre funcionarios de carrera y funcionarios interinos, pues se trataba de estructuras creadas por el derecho, entre las que, en principio, no puede exigirse *ex artículo 14 CE* un absoluto tratamiento igualitario, resultando así admisible, desde la perspectiva de este precepto constitucional, que el legislador reconozca el disfrute de determinados derechos al personal vinculado a la Administración de forma estable, y, en cambio, lo niegue a las personas que por motivos de urgencia y necesidad lo desempeñen de forma provisional en tanto no se provean las plazas así cubiertas por funcionarios de carrera (STC 7/1984).

No obstante, progresivamente se fue consolidando una tendencia a garantizar una mayor igualdad de regímenes, bien por la presencia de elementos objetivos que impedian la diferenciación (por ejemplo, las retribuciones, que hoy día se vinculan directamente al puesto y no a la categoría subjetiva), bien como mecanismo sancionador a los abusos en la duración de la temporalidad de las interinidades y para proteger otros bienes constitucionales, tal y como hizo el Tribunal Constitucional en la STC 240/1999, de 20 de diciembre, relativizando la justificación de la diferencia de trato entre funcionarios interinos y de carrera y cifrando en cinco años el tiempo a partir del cual la desigualdad entre ambas clases de personal podía quedar privada de fundamento<sup>18</sup>.

Tal era la situación cuando la jurisprudencia europea tuvo la oportunidad de contrastar en diferentes ocasiones la normativa y la práctica administrativa respecto a la prohibición de discriminación entre empleados públicos de derecho administrativo por

<sup>17</sup> *Rosado Santana*, 8 de septiembre de 2011 (C-177/10), n. 79-80.

<sup>18</sup> "Esta posible justificación del trato diferenciado pierde fundamento, desde la perspectiva constitucional que aquí nos ocupa, cuando se aplica a una persona como la recurrente cuya vinculación de servicio con la Administración supera los cinco años. En este supuesto, la denegación de la solicitud de la excedencia voluntaria sobre la única base del carácter temporal y provisional de la relación funcional y de la necesidad y urgencia de la prestación del servicio, propia de la configuración legal de la vinculación de los funcionarios interinos, resulta en extremo formalista y la restricción del derecho a la excedencia resulta claramente desproporcionada. En este caso no concurre la causa que podía justificar la negación de la titularidad de un derecho relacionado con un bien dotado de relieve constitucional, ni la diferencia de trato entre los dos tipos de personal al servicio de la Administración. Esta posible justificación del trato diferenciado pierde fundamento, desde la perspectiva constitucional que aquí nos ocupa, cuando se aplica a una persona como la recurrente cuya vinculación de servicio con la Administración supera los cinco años. En este supuesto, la denegación de la solicitud de la excedencia voluntaria sobre la única base del carácter temporal y provisional de la relación funcional y de la necesidad y urgencia de la prestación del servicio, propia de la configuración legal de la vinculación de los funcionarios interinos, resulta en extremo formalista y la restricción del derecho a la excedencia resulta claramente desproporcionada. En este caso no concurre la causa que podía justificar la negación de la titularidad de un derecho relacionado con un bien dotado de relieve constitucional, ni la diferencia de trato entre los dos tipos de personal al servicio de la Administración".



razón de la temporalidad de la relación, obligando a los tribunales españoles a extraer las consecuencias que se derivarían de la Directiva 1999/70 a diferentes aspectos del régimen jurídico de los funcionarios interinos y de otras clases temporales cuyo vínculo es de derecho público. Analizaremos dos ámbitos que consideramos claves para entender el alcance y contenido del impacto del derecho europeo sobre el régimen jurídico de los funcionarios interinos (derechos retributivos y carrera), no sin antes recordar los aspectos explícitos que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha reconocido que deben reconocerse a los funcionarios interinos en España.

### 3.1 Reconocimiento europeo de derechos a los funcionarios interinos

En relación con derechos económicos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha reconocido al personal temporal al servicio de las administraciones públicas la obtención y percepción de trienios<sup>19</sup>, en tanto en cuanto constituyen un complemento salarial por antigüedad<sup>20</sup>. Pero también todo complemento salarial que se pueda percibir en el seno de la relación laboral. Así, en el caso de los docentes no universitarios, constituyen condiciones de trabajo a efectos de la directiva tanto los complementos retributivos que se conceden por la formación docente recibida<sup>21</sup> (los conocidos como «sexenios» de la docencia no universitaria) o por la evaluación de la actividad docente<sup>22</sup>. Significativo es el asunto *Rodrigo Sanz*, donde por motivos organizativos y presupuestarios se redujo la jornada laboral de los funcionarios interinos, con la consiguiente reducción salarial; pues bien, el Tribunal consideró que ambas reducciones –jornada y retribuciones– suponían una discriminación en la medida en que la diferenciación no estaba objetivamente justificada<sup>23</sup>.

A efectos de carrera, los servicios prestados como funcionario interino también deben ser tenidos en cuenta. Como dijera el Tribunal de Justicia en el asunto *Rosado Santana*, sería contrario a la Directiva 1999/70 que los períodos de servicio cumplidos por un funcionario interino de una Administración pública no sean tenidos en cuenta para el acceso de este, que entre tanto ha tomado posesión como funcionario de carrera, a una promoción interna en la que solo pueden participar los funcionarios de carrera. Teniendo en cuenta, en todo caso, que el mero hecho de que el funcionario interino haya cumplido dichos períodos de servicio sobre la base de un contrato o de una relación de servicio de duración determinada no constituye una razón objetiva que justifique esa diferencia de trato<sup>24</sup>. También, en relación con la carrera, el Tribunal

<sup>19</sup> *Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres*, 22 de diciembre de 2010 (C-444/09 y C-456/09); *Regajo Dans*, 9 de julio de 2015 (C-177/14), n. 43.

<sup>20</sup> *Del Cerro Alonso*, 13 de septiembre de 2007 (C-307/05), Rec. p. I-7109.

<sup>21</sup> *Lorenzo Martínez*, 9 de febrero de 2012 (C-556/11).

<sup>22</sup> *Álvarez Santirso v. Consejería de Educación, Cultura y Deporte del Principado de Asturias*, 21 de septiembre de 2016 (C-631/15).

<sup>23</sup> *Rodrigo Sanz*, 9 de febrero de 2017 (C-443/16), n. 33.

<sup>24</sup> *Rosado Santana*, 8 de septiembre de 2011 (C-177/10).

de Justicia ha declarado que los funcionarios interinos tienen derecho a acceder a la modalidad de carrera horizontal<sup>25</sup>.

Finalmente, el Tribunal de Justicia ha reconocido a un funcionario interino el derecho a que se le apliquen situaciones administrativas que formalmente restringen su ámbito subjetivo a los funcionarios de carrera, como los servicios especiales<sup>26</sup>.

### 3.2 Los derechos retributivos de los funcionarios interinos a la luz del derecho europeo

Fue en el ámbito retributivo donde por vez primera se plantearon las reivindicaciones por la discriminación por razón de la temporalidad que padecían los funcionarios interinos respecto a los funcionarios de carrera y donde el Tribunal de Justicia europeo y los tribunales nacionales han terminado por consolidar una doctrina que hoy pacíficamente admite la igualdad retributiva de ambas clases de personal. La trascendencia de esta jurisprudencia no radica solo en su precisión para aplicarse directamente a numerosos supuestos, sino también y sobre todo por la potencialidad expansiva de la dimensión retributiva de las condiciones de empleo, de tal forma que todo concepto o elemento retributivo se identifica como objeto del juicio de comparabilidad de situaciones, soslayando incluso los fundamentos que lo caracterizaban. Así ha ocurrido paradigmáticamente en relación con el complemento retributivo de la carrera horizontal o, excepcionalmente, con el complemento de destino vinculado al grado personal de la carrera vertical, como veremos más adelante.

Sin embargo, es necesario partir de la propia configuración del régimen retributivo de los empleados públicos<sup>27</sup> para no confundir –como decíamos– el juicio de comparabilidad. Así, este juicio es legítimo cuando se trata de retribuciones vinculadas al puesto de trabajo en sí<sup>28</sup> o al desempeño efectivamente realizado en él, pero es más complejo cuando se pretende retribuir en función de categorías subjetivas que articulan la relación funcional con carácter permanente<sup>29</sup> o la progresión en la organización, pudiendo incluso llegar a ser contradictorio cuando se retribuye la permanencia en la función pública, pues *a priori* se trata de personal cuya vinculación con la Administración es coyuntural.

En cualquier caso, los tribunales han deducido todas las consecuencias de la jurisprudencia europea, identificando los conceptos retributivos que era preciso reconocer a los empleados públicos temporales de derecho administrativo.

En primer lugar, la tradicional negación de la percepción de los trienios al personal temporal fue directamente refutada por el propio Tribunal de Justicia de la Unión

<sup>25</sup> *Centeno*, 22 de marzo de 2018 (C-315/17).

<sup>26</sup> *Vega González*, 20 de diciembre de 2017 (C-158/16).

<sup>27</sup> *Vid.* PARADA, R., y FUENTETAJA, J., *Derecho de la Función Pública*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 2019, pp. 438 y ss.

<sup>28</sup> El Tribunal Supremo ha llegado a afirmar que “la percepción de conceptos retributivos ligados al desempeño de un puesto de trabajo fuere en condición de funcionario de carrera o de interino de larga duración resulta pacífica en el momento presente”: STS de 8 de marzo de 2017 (rec. n. 93/2016).

<sup>29</sup> Caso de los letrados de la Administración de justicia.

Europea, que ya en 2007 (*Del Cerro Alonso*<sup>30</sup>) incluyó las eventuales primas de antigüedad en las condiciones de trabajo respecto a las cuales no se podía tratar de forma diferenciada a empleados públicos temporales y fijos. Ese pronunciamiento versó sobre personal estatutario temporal de los servicios de salud, por lo que no quedaba claro si aquella doctrina era trasladable a los funcionarios interinos<sup>31</sup>, lo cual fue precisado afirmativamente por el propio Tribunal de Justicia en 2010 (*Gavieiro Gavieiro*<sup>32</sup>), que lo extendió posteriormente al personal eventual en 2015 (*Regojo Dans*<sup>33</sup>).

En realidad, y para entonces, el artículo 25 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto básico del empleado público, ya había establecido que se reconocerían a los funcionarios interinos los trienios correspondientes a los servicios prestados antes de su entrada en vigor, si bien los efectos retributivos únicamente lo serían a partir de la entrada en vigor del propio Estatuto básico, esto es, el 13 de mayo de 2007. Limitación temporal esta última que también fue considerada contraria al derecho europeo, porque el Tribunal de Justicia consideró que se debían satisfacer, para cumplir la directiva, desde el momento en el que esta debía haber sido transpuesta al ordenamiento español (de 10 julio de 2001)<sup>34</sup>, lo que a su vez abría otra puerta de conflictividad para reclamar los trienios no abonados retroactivamente pero que no habían sido reclamados y que, en consecuencia, podían ser considerados firmes y consentidos por los funcionarios interinos<sup>35</sup>.

En el ámbito de los complementos retributivos, estos habían sido reconocidos sin dificultad a los funcionarios interinos en la medida en que la retribución complementaria estuviese vinculada al puesto de trabajo, caso emblemático del complemento específico y del complemento de destino, si bien en este último la dimensión de carrera que presenta<sup>36</sup> pudiera desdibujar un tanto ese carácter objetivo.

Los problemas han radicado, en cambio, en los complementos ligados a la concurrencia de actividades adicionales por parte de los funcionarios públicos, configuradas conforme a premisas que implicaban una continuidad en el servicio que determinaban que, en principio, se descartase a los funcionarios interinos o temporales. Sin embargo, al prolongarse la duración de la relación funcional temporal, la concurrencia de los requisitos que daban lugar a la percepción de esos complementos llevó a que los funcionarios temporales reclamasen su reconocimiento. La inercia interna, como sabemos, solo pudo ser alterada por la intervención directa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que, en el ámbito de la docencia no universitaria, reconoció a los

<sup>30</sup> *Del Cerro Alonso*, 13 de septiembre de 2007 (C-307/05).

<sup>31</sup> *Auto Sáenz Morales*, 20 de enero de 2010 (C-389/09), que fue inadmitido por inadecuada contextualización fáctica y jurídica del caso, concerniente a una funcionaria interina de la Junta de Andalucía.

<sup>32</sup> *Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres*, 22 de diciembre de 2010 (C-444/09 y C-456/09).

<sup>33</sup> *Regojo Dans*, 9 de julio de 2015 (C-177/14).

<sup>34</sup> *Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres*, 22 de diciembre de 2010 (C-444/09 y C-456/09), n. 98.

<sup>35</sup> A esta conflictividad también el derecho europeo proporciona solución con el objetivo de garantizar su eficacia, soslayando, si es necesario, instituciones jurídicas internas que son manifestación del principio de seguridad jurídica (como la firmeza de los actos). Paradigmáticas resultan las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 11 de marzo de 2013 y de 14 de marzo de 2014, que se apoyan en la jurisprudencia europea para exigir la revisión de las resoluciones administrativas denegatorias del abono de trienios a los funcionarios interinos.

<sup>36</sup> CASTILLO BLANCO, F., *El sistema retributivo en la Función Pública española*, Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 184.

funcionarios interinos el derecho a percibir los sexenios por formación permanente<sup>37</sup> o los incentivos por la evaluación de su actividad docente<sup>38</sup>. Además, esta intervención del Tribunal de Justicia se ha visto precisamente respaldada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 231/2015, de 5 de noviembre, que incidentalmente recordaba la jurisprudencia europea consolidada sobre la prohibición de discriminación por razón de la temporalidad de la relación y directamente reconducía el respeto a las sentencias del Tribunal de Justicia al derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución<sup>39</sup>.

El razonamiento se ha extendido a los funcionarios interinos de la enseñanza universitaria, al reconocerles el derecho a la evaluación de su actividad investigadora y el complemento retributivo consecuente (el denominado «sexenio de investigación»)<sup>40</sup>.

### 3.3 El derecho a la carrera de los funcionarios públicos temporales

El mero hecho de poder disertar sobre el derecho a la carrera de los funcionarios públicos temporales manifiesta la transformación que ha experimentado el derecho de la función pública en España en virtud de la incidencia del derecho europeo. Siendo la carrera un elemento consustancial del funcionario estable –no en vano lo lleva en su propia denominación: funcionario «*de carrera*»–, se entendía que la progresión en la función pública exigía una vinculación permanente que, en última instancia, derivaba de un estatus subjetivo (la propia condición de funcionario, pero también categorías subjetivas que organizan y estructuran la función pública), estatus subjetivo que se caracteriza por estar desvinculado del propio puesto de trabajo, a diferencia precisamente de los empleados temporales, cuya situación jurídica está ligada a un puesto.

Además de ese estatus subjetivo, la carrera incluye una dimensión dinámica que presupone una organización en la cual el funcionario evoluciona y progresa. Esa organización puede referirse a puestos de trabajo, pero también a categorías organizativas subjetivas (clases, categorías, grados, etc.) que se incorporan al patrimonio subjetivo del funcionario. Una vez más, y aparentemente, el empleado temporal, que debe su existencia a un determinado puesto o incluso a una tarea, es ajeno a esta dimensión dinámica de la carrera.

Vamos a analizar tres aspectos concretos de la carrera administrativa por su gran trascendencia: primero, la carrera horizontal y su reconocimiento a los funcionarios interinos; segundo, la consolidación del grado personal por estos; y, tercero, la posibilidad de participación de los funcionarios interinos en los concursos internos de provisión de puestos de trabajo, en la medida en que articulan la carrera vertical.

<sup>37</sup> *Lorenzo Martínez*, 9 de febrero de 2012 (C-556/11).

<sup>38</sup> *Álvarez Santirso*, 21 de septiembre de 2016 (C-631/15).

<sup>39</sup> *Vid.*, al respecto, ARROYO JIMÉNEZ, L., *Empatía constitucional. Derecho de la Unión Europea y Constitución española*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

<sup>40</sup> Sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo n. 8, de 26 de diciembre de 2017.

### 3.3.1 Carrera horizontal y funcionarios interinos

La posibilidad de que los funcionarios interinos accedieran a la modalidad de carrera horizontal, ideada por el Estatuto básico pero implantada solo en algunas administraciones, fue planteada al Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la base de considerar si era aplicable a aquellos el complemento de carrera que incluyó o si, en cambio, debía entenderse como un concepto retributivo que atiende a la condición subjetiva del perceptor (funcionario de carrera, según la literalidad del propio Estatuto básico), obtenida por medio de un trabajo desarrollado a lo largo de varios años con arreglo a criterios de progresividad en complejidad y responsabilidad, estabilidad, especialización y profesionalidad<sup>41</sup>.

El Tribunal de Justicia<sup>42</sup> consideró que la carrera horizontal forma parte de las «condiciones de trabajo» del personal que trabaja para la Administración, pues la misma incluye elementos como la progresión profesional, la calidad del trabajo, la experiencia profesional o los méritos contraídos por el desempeño profesional. Más aún, según el auto del Tribunal de Justicia que resuelve la cuestión, el hecho de que “el complemento retributivo al que da lugar la participación en el sistema de carrera profesional controvertido en el litigio principal tenga por objeto retribuir determinadas cualidades subjetivas desarrolladas por el trabajador en el desempeño de sus funciones a lo largo de los años confirma que este complemento está vinculado al puesto del trabajador. Además, aun suponiendo que, como afirma el juzgado remitente, el sistema de carrera profesional controvertido en el litigio principal y el complemento retributivo al que dicho sistema da lugar estuvieran ineludiblemente vinculados a la condición de funcionario de carrera o de personal laboral fijo, esta circunstancia no puede enervar la conclusión de que el sistema y el complemento mencionados presentan una vinculación con la relación de servicios entre un trabajador y su empleador. Lo mismo cabe apreciar en cuanto al carácter voluntario de dicho sistema, al grado de dificultad que presenta la obtención del complemento derivado de él y a la naturaleza estatutaria de la relación de servicio entre la Administración y sus agentes” (n. 52-54).

Pero, además de concluir que la carrera horizontal es una condición de trabajo a efectos de la Directiva 1999/70, el Tribunal descarta que la diferencia de trato esté justificada en razones objetivas basadas, por un lado, en las particularidades del procedimiento selectivo de los funcionarios (por el mero hecho de que el personal laboral fijo –que sí puede acceder a la carrera horizontal analizada en el asunto en cuestión– no está sometido al mismo procedimiento selectivo que los funcionarios) y, por otro, en la existencia de una diferencia en la progresión profesional y en el grado de responsabilidad de las tareas desarrolladas entre funcionarios de carrera y funcionarios interinos (pues el requisito de cinco años de experiencia que se exige a los funcionarios de carrera puede haberse adquirido en una relación de servicio de carácter temporal).

<sup>41</sup> Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n. 2 de Zaragoza, de 12 de mayo de 2017, por el que se plantea al Tribunal de Justicia cuestión prejudicial.

<sup>42</sup> *Centeno*, 22 de marzo de 2018 (C-315/17).

A partir de este auto, los tribunales han ido extrayendo y explicitando las consecuencias y reconocimiento del acceso a la carrera horizontal del personal estatutario interino de larga duración<sup>43</sup>, de los funcionarios interinos<sup>44</sup> e, incluso, del personal laboral no fijo<sup>45</sup>.

### 3.3.2 Consolidación de grado personal por funcionarios interinos

Sin duda alguna, el reconocimiento del grado personal a los funcionarios interinos ha sido de los pronunciamientos judiciales cualitativamente más inesperados, por la consideración tradicional de que la condición de funcionario de carrera constituía un requisito esencial para su adquisición, dadas las características genuinas del grado personal como técnica de articulación de la carrera de los funcionarios.

Hasta la irrupción del derecho europeo, la jurisprudencia negaba con naturalidad la posibilidad de que los funcionarios interinos consolidaran grado personal<sup>46</sup>. Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2018 sienta en casación la importante doctrina de que los funcionarios interinos tienen el mismo derecho que los funcionarios de carrera a la consolidación del grado personal.

Aunque la sentencia descarta parte de la argumentación utilizada en la sentencia recurrida<sup>47</sup>, que discurría sobre la jurisprudencia relativa al reconocimiento, a efectos de consolidación de grado personal, de los desempeños provisionales de puestos (comisiones de servicios y adscripciones provisionales), la sala invoca las numerosas sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la Directiva 1999/70/CE.

El Tribunal Supremo basa su razonamiento en tres argumentos. El primero, que el grado personal y sus efectos jurídicos han de ser incluidos en el ámbito o en el concepto de “condiciones de trabajo” que recoge la citada directiva, pues, como hemos visto, para el Tribunal de Justicia todo aspecto vinculado al “empleo” –como equivalente a la relación laboral entre un trabajador y su empresario– debe quedar integrado en dicho concepto. El segundo, que el funcionario interino es comparable al funcionario fijo, habida cuenta de un conjunto de factores, como la naturaleza del trabajo, los requisitos de formación y las condiciones laborales.

<sup>43</sup> SSTs de 18 de diciembre de 2018, de 21 de febrero de 2019 y de 6 de marzo de 2019.

<sup>44</sup> STS de 8 de marzo de 2019.

<sup>45</sup> STS de 6 de marzo de 2019.

<sup>46</sup> Sentencias de la Sección 1.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 13 de junio de 2012, recurso número 612/2011, y de 4 de julio de 2012, recurso número 129/2012: «en el derecho español de función pública el grado, su adquisición y consolidación, se incardina dentro del derecho a la promoción en la carrera profesional del empleado público de carrera o fijo, lo que, correlativamente, cabe extender asimismo al derecho a la percepción de un determinado nivel retributivo en concepto de complemento de destino. Al aparecer íntimamente vinculado a la carrera administrativa, el grado sólo se reconoce a los funcionarios de carrera, no pudiendo extenderse al personal temporal, que no tiene aquel derecho de promoción al no ser en su caso permanente la ligazón con la Administración (artículo 4.2 de la Ley de funcionarios civiles del Estado de 7 de febrero de 1964, y hoy artículo 10 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto básico del empleado público). Y, correlativamente, sólo puede adquirirse o consolidarse grado si un puesto se desempeña siendo funcionario de carrera o personal estatutario fijo, porque sólo en ese caso hay la posibilidad de integración en un nivel y de promoción profesional».

<sup>47</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 11 de noviembre de 2016.

Pero donde se aprecia mayor endeblez argumental es en el tercer argumento, pues se limita a considerar que no se ha justificado que el trato diferente obedezca a razones objetivas, canon de diferenciación que hay que aplicar “por relación a los requisitos objetivos de las plazas servidas, por las características del empleo, o por el nivel de formación requerido para el desempeño de los puestos de trabajo, razones objetivas que la Administración no se ha esforzado en decantar para este caso, lo que nos conduce indeclinablemente a considerar que el único motivo por el que se ha denegado la consolidación de grado personal al recurrente es la naturaleza temporal de su vínculo laboral con la Administración demandada”.

Renuncia, así, la sentencia a conceptualizar la funcionalidad del grado en el seno de la función pública y su virtualidad como elemento de la carrera administrativa. Aunque también es cierto que la virtualidad de ambos (grado y carrera) ha quedado muy desdibujada: la carrera, porque se hace depender no de categorías subjetivas, sino de elementos objetivos (como hace la sentencia en sus referencias a los términos); y el grado, porque en realidad apenas reduce su eficacia a una garantía de nivel de complemento retributivo y de nivel de puesto<sup>48</sup>, constituyendo así no tanto una técnica de articulación de la carrera cuanto una garantía de no retroceso en la misma en su dimensión retributiva (parcialmente) y en su dimensión objetiva de tareas y responsabilidades (limitada)<sup>49</sup>. Garantías ambas de las que teórica y paradójicamente no se podría en última instancia beneficiar un funcionario interino porque su nombramiento lo es para un puesto concreto en el que, en principio y en final, debería “hacer carrera”, pero precisamente el uso y abuso que se hace de los funcionarios interinos, la relativa estabilidad que incluso la jurisprudencia les reconoce y la “función pública paralela” que las administraciones han terminado por configurar a través de su regulación y gestión (por ejemplo, bolsas duraderas en el tiempo) explica que finalmente tener reconocido un grado personal pueda un funcionario interino hacerlo valer ante futuros nombramientos, expresión incluso de una potencial movilidad que contradictoriamente pudiera reconocerse a los funcionarios interinos.

Pero, además, el reconocimiento del grado personal a los funcionarios interinos puede generar situaciones de discriminación inversa respecto a los funcionarios de carrera, quienes, por ejemplo, se encuentran limitados para la adquisición de grados por el intervalo de niveles en el que se sitúa el cuerpo al que pertenece (art. 70.2 RD 364/1995), cuando los funcionarios interinos no se integran en cuerpo alguno, circunstancia esta que también tiene sus consecuencias importantes por la relación entre el grado y el cuerpo, en la medida en que el grado personal lo adquieren los funcionarios de carrera por su pertenencia a un concreto cuerpo, y no a otro, de manera que para consolidar un determinado grado solo se pueden computar los puestos de trabajo servidos en el cuerpo al que pertenece<sup>50</sup>.

<sup>48</sup> Artículo 72 RD 364/1995.

<sup>49</sup> Vid. FUENTETAJA, J., “La carrera administrativa en la Función Pública: teoría (general) y modelos (comparados)”, Pérez Gálvez, J.F. (dir.), *Retos y propuestas para el Sistema de Salud*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 265-270.

<sup>50</sup> STSJ de Madrid de 5 de noviembre de 2009. Como expresara significativamente la STSJ de Castilla-La Mancha, de 2 de marzo de 2006, “el acceso a la función pública no tiene lugar sino a través del acceso a uno u otro de sus cuerpos, sin que



Más aún, la temporalidad de ocupación del puesto por el funcionario interino no le impide consolidar grado, mientras que los funcionarios de carrera no pueden consolidar grado cuando ocupan puesto a título temporal (comisión de servicios o adscripción provisional), salvo que con posterioridad obtengan a título definitivo ese puesto u otro de igual o superior nivel, para lo cual se computa, a efectos de consolidación, el tiempo desempeñado a título temporal, posibilidad que, paradójicamente y a su vez, les niegan los tribunales a los funcionarios interinos cuando devienen en funcionarios de carrera, es decir, que el tiempo desempeñado interinamente no puede ser utilizado para consolidar grado, aunque el interino se hubiera convertido después en funcionario de carrera, pues la adquisición de grado se hace por el desempeño de puestos en calidad de funcionario de carrera<sup>51</sup>.

### 3.3.3 Participación de funcionarios interinos en concursos de provisión de puestos de trabajo

Como decíamos más arriba, otra de las cuestiones que se han planteado desde la óptica de la prohibición de discriminación por razón de la temporalidad es la posibilidad de que los funcionarios interinos puedan participar en las convocatorias de concursos internos de provisión de puestos de trabajo, teóricamente reservadas a funcionarios de carrera por cuanto articulan la carrera vertical de los mismos, pero que permitirían indirectamente dotar de contenido a la anterior cuestión del reconocimiento de grado personal a los funcionarios interinos, pues es este uno de los méritos a valorar en los concursos.

Más allá de la literalidad de las normas que sistemáticamente se redactan especificando que en los concursos internos de provisión participan los funcionarios de carrera, los tribunales señalan que lo importante es la naturaleza del funcionario interino, pues “su nombramiento obedece –exclusivamente– a razones de urgencia y necesidad, referidas a un concreto puesto de trabajo. La desaparición de la necesidad de ocupación de puesto da lugar al cese del funcionario nombrado para ocuparlo. El

---

haya un concepto abstracto de «funcionario de carrera» que pueda recibir las características o aspectos ganados en cada uno de los cuerpos a los que pueda pertenecer, pudiéndose trasvasar los efectos de la permanencia en un cuerpo a otro”.

<sup>51</sup> Así lo entendió la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 5 de julio de 2017, donde se pretendía amparar el cómputo del tiempo desempeñado como funcionario interino de la Sentencia del Tribunal de Justicia *Rosado Santana*, de 8 de septiembre de 2011, donde estimó que los años de experiencia acreditada, como requisito para participar en la promoción interna, pueden corresponder tanto a servicios prestados como funcionario de carrera como a servicios en régimen de temporalidad, esto es, como interino, ya funcionario o laboral). Sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia consideró que la pretensión de que se compute el período de tiempo prestado como funcionario interino a los efectos de consolidación de grado “no es posible porque el mismo va ligado al derecho a la carrera horizontal y es propio de los funcionarios de carrera, únicos que tienen derecho a la inamovilidad, con la consiguiente estabilidad en el vínculo, siendo así que el fundamento de la permanencia en la Administración del funcionario interino es la ocupación de un puesto vacante en el que existe una urgente necesidad para su cobertura, o el desempeño de unas funciones concretas por causa de urgente necesidad, por lo que se distingue por el carácter coyuntural y de urgencia de los servicios que presta, condición difícilmente compatible con aquel derecho a la carrera profesional, pues iría en contra de la propia esencia y justificación del nombramiento como funcionario interino”. Por ello y aun reconociendo implícitamente el Tribunal que hay una diferencia de trato entre los funcionarios de carrera y los funcionarios interinos, entiende que existen “razones objetivas que justifican que no pueda computarse aquel tiempo de interinidad a los efectos de consolidación de grado”, pues la jurisprudencia del Tribunal Supremo ampara que se pueda “diferenciar el estatuto de quienes desempeñan las funciones con carácter temporal y de quienes son funcionarios de carrera” (citando las recientes sentencias de aquel de 13 de marzo de 2017 (recurso 896/2014) y de 9 de febrero de 2015).

funcionario interino, al estar nombrado para un puesto específico (no para una plaza, como pretende el Ayuntamiento), no tiene derecho a la movilidad, sin que ello suponga discriminación prohibida, pues precisamente la necesidad de cobertura temporal de un puesto determinado es la única justificación del nombramiento”. Y como el artículo 10.5 del TREBEP señala que a los funcionarios interinos les será aplicable, en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera, la sentencia concluye que “la participación en concursos es una de las facetas contrarias a su condición de empleado contratado temporalmente para satisfacer una necesidad determinada, pues si la necesidad desaparece, el vínculo de interino debe extinguirse, y si permanece, sería contrario a la finalidad de la contratación el trasladar al interino a otro puesto”<sup>52</sup>.

### 3.4 El «derecho a la indemnización por despido» de los funcionarios interinos

Analicemos, por último, el emblemático supuesto –ya mencionado más arriba desde una perspectiva metodológica– de la reivindicación por los funcionarios interinos del derecho a la indemnización cuando son destituidos, al considerar que se les discrimina no obviamente frente a los funcionarios de carrera, sino respecto a los contratados laborales fijos, cuyo régimen jurídico sí prevé tal indemnización cuando es despedido por causas objetivas<sup>53</sup>.

Aunque algunos tribunales españoles han reconocido excepcionalmente tal indemnización<sup>54</sup> –quizás más como sanción al abuso por la temporalidad excesiva de las relaciones funcionariales interinas–, el Tribunal de Justicia ha rechazado que exista discriminación en un caso relativo a personal eventual, pero cuyo razonamiento es extensible a los funcionarios interinos (como así hizo, posteriormente, el abogado general SPUZNAR en el asunto *Baldonado Martín*).

Ya hemos dicho que el Tribunal de Justicia admitió, en principio, el juicio de comparación entre el personal eventual y los trabajadores fijos, pese al cruce de regímenes jurídicos, pues se limitó a considerar las funciones y tareas desarrolladas (titulación requerida, trabajo desarrollado, etc.), si bien defería a los tribunales nacionales en concreto la apreciación de la comparabilidad de situaciones. Realizado el juicio de

---

<sup>52</sup> STSJ de Madrid, de 1 de abril de 2019.

<sup>53</sup> Recordemos que tales causas objetivas, que amparan el despido, son la ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa; la falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas razonables operadas en su puesto de trabajo; las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, cuando la extinción de los contratos afecte a un número de trabajadores inferior al requerido para calificar la extinción de «despido colectivo», y, sujeto a determinadas condiciones, las faltas de asistencia intermitentes al trabajo, aun justificadas. Finalmente, en el caso de contratos por tiempo indefinido concertados directamente por entidades sin ánimo de lucro para la ejecución de planes y programas públicos determinados, sin dotación económica estable y financiados por las administraciones públicas mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales consecuencia de ingresos externos de carácter finalista, por la insuficiencia de la correspondiente consignación para el mantenimiento del contrato de trabajo de que se trate (art. 52 ET). A raíz de esta extinción por causas objetivas, se debe poner a disposición del trabajador “una indemnización equivalente a veinte días por año de servicio (art. 53 ET).

<sup>54</sup> El contenido de la indemnización se calcularía conforme al alcance que a esta ha dado la jurisdicción social para los indefinidos no fijos de naturaleza laboral: 20 días por año de servicio, con el límite de doce mensualidades: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 18 de octubre de 2017.

comparación, concluyó que efectivamente existe una diferencia de trato entre el personal eventual y el contratado laboral fijo en la Administración. Sin embargo, consideró que esa diferencia de trato estaba justificada objetivamente porque, mientras respecto a los trabajadores laborales la indemnización encuentra su razón de ser en la frustración de la expectativa del mantenimiento de la relación laboral, tal frustración no puede producirse en el caso del personal eventual cuyo régimen jurídico no incluye la expectativa de mantenimiento de la relación como dicho personal eventual, dado que su cese se puede producir en cualquier momento, por decisión del órgano que lo nombró, y al cesar su titular, en todo caso. Por tanto, el personal eventual es estructuralmente temporal, precario, sin que siquiera pueda alegar la existencia de una expectativa de duración no determinada de la relación, pues la incertidumbre del momento del cese no hace indeterminada la relación del personal eventual.

En el caso de autos, el tribunal remitente y el Gobierno español invocan la diferencia que caracteriza el contexto en el que se produce el cese en sus funciones del personal eventual en relación con aquel en el que se prevé el abono de una indemnización en caso de despido por una de las causas previstas en el artículo 52 del Estatuto de los trabajadores. A su juicio, este personal presta servicios en el marco de una relación de servicio caracterizada por el hecho de que, de conformidad con el artículo 12, apartado 3, del EBEP, el nombramiento de los miembros de ese personal es libre, pueden ser destituidos en sus funciones libremente, en cualquier momento, cuando la relación de confianza entre ellos y la autoridad para la que ejercen sus funciones se rompe, y que, en cualquier caso, cesan automáticamente cuando cesa en sus funciones la persona a la que se presta el asesoramiento. Por tanto, no pueden albergar ninguna expectativa legítima en lo que respecta a la estabilidad de su relación de servicio, dado que son plenamente conscientes, desde el momento de su nombramiento, de la existencia de la posibilidad de ser destituidos libremente en sus funciones, así como del hecho de que dicha relación concluirá, a más tardar, al final del mandato de dicha autoridad. En cambio, el abono de la indemnización establecida en el artículo 53, apartado 1, letra b), del Estatuto de los trabajadores está motivado por la voluntad de compensar la frustración de las expectativas legítimas del trabajador en lo que respecta a la continuidad de la relación laboral, frustración originada por haber sido despedido debido a la concurrencia de una de las causas previstas en el artículo 52 de dicho estatuto. A este respecto, es necesario señalar que el cese de las interesadas se produjo en un contexto sensiblemente diferente, desde los puntos de vista tanto fáctico como jurídico, de aquel en el que el contrato de trabajo de un trabajador fijo se extingue debido a la concurrencia de una de las causas previstas en el artículo 52 del Estatuto de los trabajadores. En efecto, como ha subrayado la Comisión Europea, cuando inicia una relación de servicio con una autoridad pública, el personal eventual acepta que, en razón de las especificidades de las funciones de confianza o de asesoramiento especial para las que se les nombra, el mantenimiento de dicha relación se supedita al de la relación de confianza especial con dicha autoridad que tales funciones implican.

Como decimos, este razonamiento es perfectamente extensible a la situación de los funcionarios interinos, tal y como hace el abogado general SPUZNAR en el asunto

Regap



ESTUDIOS

**Baldonado Martín**, en sus conclusiones de octubre de 2019. Por tanto, la precariedad jurídica inherente a la interinidad funcional impide tutelar resarcitoriamente una pretendida expectativa en el mantenimiento de la relación, incluso a pesar de que las relaciones funcionariales temporales resulten «inusualmente largas»<sup>55</sup>, tal y como en la práctica permiten algunas de las circunstancias que amparan legalmente el nombramiento de funcionarios interinos, por no hablar de las que ilegalmente las enquistan en el seno de las administraciones públicas.

Por lo demás, el Tribunal Supremo ha vedado la posibilidad de considerar la indemnización por el cese de los funcionarios interinos objeto de abuso como traslación del derecho del personal laboral, reconduciéndola más bien a instituto general de la responsabilidad patrimonial de la Administración por el daño causado al funcionario interino que ha padecido el uso abusivo en su relación funcional temporal. En la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2018 (n. Rec. 1305/2017), se afirma que, aunque el funcionario interino afectado por una utilización abusiva de sus nombramientos tiene derecho a indemnización, tal reconocimiento, primero, depende de las circunstancias singulares del caso; segundo, debe ser solicitado, si procede, en el mismo proceso en que se declara la existencia de la situación de abuso; y, tercero, requiere que la parte demandante deduzca tal pretensión; invoque en el momento procesal oportuno qué daños y perjuicios, y por qué concepto o conceptos en concreto, le fueron causados; y acredite por cualquiera de los medios de prueba admitidos en derecho la realidad de tales daños y/o perjuicios, de suerte que solo podrá quedar para ejecución de sentencia la fijación o determinación del *quantum* de la indemnización debida. “Además, el concepto o conceptos dañosos y/o perjudiciales que se invoquen deben estar ligados al menoscabo o daño, de cualquier orden, producido por la situación de abuso, pues esta es su causa, y no a hipotéticas “equivalencias”, al momento del cese e inexistentes en aquel tipo de relación de empleo, con otras relaciones laborales o de empleo público”.

## 4 La convergencia sustantiva de regímenes jurídicos entre funcionarios de carrera y funcionarios interinos

Es evidente que el derecho europeo ha incorporado un canon propio de contraste sobre la situación de los funcionarios temporales y los funcionarios de carrera. Dicho canon tiene un alcance propio que obliga a depurar tanto la regulación del régimen jurídico de aquellos como la propia gestión que las administraciones hacen de estos funcionarios temporales.

<sup>55</sup> En la Sentencia *Montero Mateos*, de 5 de junio de 2018 (C-677/16), relativa a una contratación por interinidad de naturaleza laboral, el Tribunal de Justicia consideró justificada la ausencia de derecho de indemnización a dicha modalidad contractual respecto a los trabajadores fijos, si bien a efectos de la posible transformación en fija de la relación es menos concluyente. Según el tribunal, la contratada “no podía conocer, en el momento en que se celebró su contrato de interinidad, la fecha exacta en que se proveería con carácter definitivo el puesto que ocupaba en virtud de dicho contrato, ni saber que dicho contrato tendría una duración inusualmente larga. No es menos cierto que dicho contrato finalizó debido a la desaparición de la causa que había justificado su celebración. Dicho esto, incumbe al juzgado remitente examinar si, habida cuenta de la imprevisibilidad de la finalización del contrato y de su duración, inusualmente larga, ha lugar a recalificarlo como contrato fijo” (n. 64).

Ya desde el canon interno constitucional de la igualdad, el legislador y los tribunales habían procedido a equiparar las condiciones de unos y otros, en particular en materia de retribuciones. Sin embargo, ese canon interno era muy diferente al europeo, por mucho que el Tribunal Constitucional en sus últimas sentencias al respecto se haya alineado con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STC 232/2015), cuando en la década anterior había desarrollado una doctrina propia de carácter implícitamente sancionador por cuanto solo se reconocían derechos a los funcionarios interinos cuyo vínculo se extendía más allá de los cinco años, luego la equiparación o no discriminación no se basaba en la falta de relevancia de la temporalidad de la relación sino en la prolongación de esta más allá de lo razonable.

Pero el impulso europeo ha trascendido el alcance interno de la igualdad para desbordarse en ámbitos que tradicionalmente se consideraban vedados a los funcionarios temporales, del que la carrera es caso señero, aunque no único, como lo demuestra la nueva concepción de la «estabilidad relativa» de los funcionarios interinos.

Los jueces y tribunales, en particular, han emprendido esta tarea con decisión, pero en ocasiones desbordan los propios límites del derecho europeo, haciendo decir a este lo que realmente no dice. Muy en particular, la metodología del juicio de comparación que la directiva establece entre trabajadores con una relación de duración determinada y trabajadores con una relación fija se altera, incluyendo términos de comparación inadecuados (funcionarios y personal laboral) o criterios de comparación (*tertium comparationis*) igualmente no pertinentes (naturaleza jurídica de la relación).

La labor es ardua, pues la normativa regula pensando por y para el funcionario de carrera, sin explicitar la extensión del derecho o el privilegio a los funcionarios temporales.

Otra consecuencia directa de la incidencia del derecho europeo en la materia es el cambio metodológico a la hora de integrar el régimen jurídico de los funcionarios temporales. Cuando la normativa establece que a estos les será “*aplicable, en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera*”, se presumía en realidad que la aplicación del régimen de los funcionarios de carrera a los funcionarios temporales debía ser demostrado y motivado, pues en última instancia implicaba un juicio analógico que suponía una aplicación de la norma a supuestos no previstos en ella.

Sin embargo, el derecho europeo habría alterado la lógica aplicativa de la cláusula en cuestión. En la medida en que no se pueden establecer regulaciones ni realizar aplicaciones que impliquen discriminación por razón de la temporalidad, lo que el derecho europeo está realizando es en realidad una extensión de la eficacia de la norma relativa a los funcionarios de carrera respecto a los funcionarios temporales. Por tanto, se presume que el régimen jurídico de los funcionarios de carrera se aplica igualmente a los funcionarios temporales. Y solo si se entiende que alguna cuestión no les resultaría aplicable por la naturaleza de la relación, entonces corresponde al legislador al regular y a la Administración al aplicar motivar y razonar por qué hay que hacer un tratamiento diferenciado a los funcionarios temporales.

Regap



ESTUDIOS

En última instancia, se trata de una inversión de la carga de la prueba: lo que antes era una inaplicación general y solo excepcionalmente se extendía el régimen funcional de carrera a los funcionarios interinos, ahora viene a significar que hay que proceder a una aplicación general del régimen jurídico de los funcionarios de carrera a los funcionarios temporales, debiendo en cambio justificarse por qué un determinado aspecto no es aplicable y procediendo, en consecuencia, a un tratamiento diferenciado.

En realidad, la lógica del razonamiento estaba ya ínsita en el propio juicio de igualdad que los jueces y tribunales, pero muy particularmente el Tribunal Constitucional, llevaban a cabo. Lo que ha cambiado es el parámetro de control y el alcance de este.

En primer lugar, el criterio mismo de diferenciación, pues tradicionalmente se entendía que la propia temporalidad de la relación determinaba consecuencias en el régimen jurídico de la relación de mayor alcance de lo que en la actualidad se entiende. Muy en particular cuando se invocaba la potestad de autoorganización, por ejemplo, a efectos de reducir la jornada de los funcionarios temporales.

En segundo lugar, el derecho europeo ha reducido el margen de apreciación y de discrecionalidad que se reconocía anteriormente al legislador y a la Administración a los que exige sustancialmente razones objetivas para diferenciar el trato y formalmente razones precisas y claras. Respecto a lo primero, el Tribunal de Justicia ha descartado que el mero sistema selectivo sea razón suficiente para justificar un trato diferenciado, lo cual solía y suele aún ser una argumentación utilizada por jueces y administraciones. Y, respecto a las razones precisas y claras, no basta ya señalar que un determinado aspecto es inadecuado a la temporalidad de la relación para negar su reconocimiento a los funcionarios interinos, exigiéndose una fundamentación completa que huya de cláusulas vagas o expresiones imprecisas.

Los jueces y tribunales han acogido la necesidad de justificar las diferencias de trato y se esfuerzan por fundamentaciones más sólidas que la mera temporalidad del vínculo, cuando no la simple previsión legal. Sin embargo, los pronunciamientos judiciales en ocasiones no escapan a una deriva circular en sus razonamientos, causada por la trampa lógica que en última instancia implica argumentar que la temporalidad no es un rasgo diferenciador cuando uno de los términos subjetivos de comparación es una clase de personal esencial y estructuralmente temporal.

Así lo observamos en la STS de 14 de julio de 2014,<sup>56</sup> en la que se estableció con claridad que los funcionarios interinos no podían ser instructores de un procedimiento disciplinario. La sentencia se apoya fundamentalmente en la literalidad del artículo 30.1 del Real decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado, que exige que el instructor sea un funcionario público “perteneciente a un cuerpo o escala de igual o superior grupo al del inculpado”. Aunque para rechazar el argumento de la progresiva y creciente equiparación de regímenes entre funcionarios interinos y de carrera, que reconoce también auspiciada por el derecho europeo, señala que “no obstante, en nuestro ordenamiento jurídico, antes y después del Estatuto básico del empleado público, la regla es que sean funcionarios de carrera los que desempeñen

---

<sup>56</sup> Recurso de casación n. 2664/2012.

los puestos de trabajo de las administraciones públicas. Y sucede que la preocupación del legislador y de la jurisprudencia por equiparar con los funcionarios de carrera a los interinos se explica principalmente por el propósito de igualar en derechos, no solo retributivos, a quienes llevan a cabo en la práctica las mismas funciones, aunque su nombramiento sea temporal. Sin embargo, la identidad de trato que se predica entre ellos a esos efectos, o sea, para evitar que los interinos se vean discriminados sin que medien razones objetivas y constitucionalmente fundadas que lo justifiquen, no llega hasta el punto de igualarlos plenamente con los funcionarios de carrera. Esencialmente, porque los interinos, por no pertenecer a un cuerpo o escala y ser temporal su relación con la Administración, quedan vinculados al puesto al que transitoriamente están adscritos y no tienen a su alcance, entre otras, las posibilidades de carrera horizontal o vertical que, sin embargo, sí poseen los funcionarios de carrera, ni tampoco pueden formar parte de los tribunales calificadoros de procesos selectivos para el ingreso en los cuerpos y escalas de funcionarios”.

Obviamente, la consecuencia de todo ello es una creciente convergencia de regímenes sustantivos entre los funcionarios de carrera y los funcionarios temporales. Ello obliga a reflexionar y profundizar en las singularidades de régimen de estos últimos, pues la necesidad de nombrar funcionarios temporales es ineludible por las necesidades temporales de personal que toda Administración tiene<sup>57</sup>.

## Bibliografía

- ALDOMA BUIXADE, J., *Aplicación del principio de no discriminación al personal temporal al servicio de la Administración Pública*, Diputación de Barcelona, Barcelona, 2015.
- ARROYO JIMÉNEZ, L., *Empatía constitucional. Derecho de la Unión Europea y Constitución española*, Marcial Pons, Madrid, 2016.
- CANTERO, J., “El funcionario interino en la jurisprudencia: sobre la necesidad de repensar la figura”, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, n. 12, 2017.
- CASTILLO BLANCO, F., *El sistema retributivo en la Función Pública española*, Marcial Pons, Madrid, 2002.
- FUENTETAJA, J., *Función Pública y Derecho Europeo*, Civitas, Madrid, 2018.
- FUENTETAJA, J., “La carrera administrativa en la Función Pública: teoría (general) y modelos (comparados)”, Pérez Gálvez, J.F. (dir.), *Retos y propuestas para el Sistema de Salud*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- PARADA, R., y FUENTETAJA, J., *Derecho de la Función Pública*, 2.<sup>a</sup> ed., Civitas, Madrid, 2019.
- SÁNCHEZ MORÓN, M., “La consagración del funcionario interino indefinido”, *Revista de Administración Pública*, n. 208, 2019.

<sup>57</sup> CANTERO, J., “El funcionario interino en la jurisprudencia: sobre la necesidad de repensar la figura”, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, n. 12, 2017, pp. 8-29.





58 Regap

Reforma xurídico-administrativa, procedemento electrónico e Administración local: análise da incidencia das recentes transformacións nas bases do procedemento administrativo español sobre o réxime local

**Reforma jurídico-administrativa, procedimiento electrónico y Administración local: análisis de la incidencia de las recientes transformaciones en las bases del procedimiento administrativo español sobre el régimen local**

Legal and administrative reform, electronic procedures and local administration: analysis of the incidence of recent transformations of the bases of Spanish administrative procedures concerning local government

ANDRÉS BOIX PALOP

Profesor Titular de Derecho Administrativo  
Universidad de Valencia

Recibido: 25/01/2020 | Aceptado: 30/01/2020

DOI: <https://doi.org/10.36402/10.36402/regap.v1i58.124>

**Resumo:** Este traballo aspira a identificar os elementos e trazos do funcionamento do procedemento administrativo español que, na súa conformación actual tras as reformas dos últimos anos e especialmente tras as reformas de 2015, máis afectaron ao funcionamento das administracións locais. En concreto, identificaranse aqueles elementos que, malia operarse unha reforma, son no fondo manifestación dunha clara continuidade co modelo tradicional e xa consolidado, por unha banda, así como, por outra, cales

Regap



ESTUDIOS

son as novidades máis importantes efectivamente operadas coa reforma. Adicionalmente, preténdese explicar como se relacionan estas transformacións con outros cambios previos e posteriores á reforma do procedemento que están a transformar as bases do noso procedemento administrativo e do réxime xurídico básico das administracións locais españolas (transparencia, protección de datos, reforma local, ...). A partir destes elementos, o traballo permite identificar tres factores clave que explican a reforma: 1) a manifestación dunha clara continuidade xeral do modelo aínda con leves retoques en beneficio da expansión das potestades das administracións públicas, tamén das locais, no seu día a día; 2) un claro intento de recentralización aproveitando o procedemento para reforzar controis do Estado sobre as administracións locais na mesma liña que xa iniciasen as reformas previas sobre sustentabilidade financeira ou en materia de réxime local; e, finalmente, 3) unha articulación do procedemento administrativo electrónico básico común que trata de sintetizar todos estes elementos pola vía de impor solucións xa testadas que se mostraron cómodas para a Administración, en ocasións á custa do cidadán, pero que o lexislador claramente confía en que redunde nunha maior eficacia administrativa.

**Palabras clave:** Procedemento administrativo, entes locais, autonomía local, procedemento electrónico, recentralización.

**Resumen:** Este trabajo aspira a identificar los elementos y rasgos del funcionamiento del procedimiento administrativo español que, en su conformación actual tras las reformas de los últimos años y especialmente tras las reformas de 2015, más han afectado al funcionamiento de las administraciones locales. En concreto, se identificarán aquellos elementos que, a pesar de haberse operado una reforma, son en el fondo manifestación de una clara continuidad con el modelo tradicional y ya consolidado, por un lado, así como, por otro, cuáles son las novedades más importantes efectivamente operadas con la reforma. Adicionalmente, se pretende explicar cómo se relacionan estas transformaciones con otros cambios previos y posteriores a la reforma del procedimiento que están transformando las bases de nuestro procedimiento administrativo y del régimen jurídico básico de las administraciones locales españolas (transparencia, protección de datos, reforma local, ...). A partir de estos elementos, el trabajo permite identificar tres factores clave que explican la reforma: 1) la manifestación de una clara continuidad general del modelo aun con leves retoques en beneficio de la expansión de las potestades de las administraciones públicas, también de las locales, en su día a día; 2) un claro intento de recentralización aprovechando el procedimiento para reforzar controles del Estado sobre las administraciones locales en la misma línea que ya iniciaran las reformas previas sobre sostenibilidad financiera o en materia de régimen local; y, finalmente, 3) una articulación del procedimiento administrativo electrónico básico común que trata de sintetizar todos estos elementos por la vía de imponer soluciones ya testadas que se han mostrado cómodas para la Administración, en ocasiones a costa del ciudadano, pero que el legislador claramente confía en que redunde en una mayor eficacia administrativa.

**Palabras clave:** Procedimiento administrativo, entes locales, autonomía local, procedimiento electrónico, recentralización.

**Abstract:** This paper tries to identify those elements and features of Spanish administrative procedure that, in its current conformation after the reforms of recent years and especially after the reforms of 2015, have most affected the functioning of local administrations. Specifically, this work intends to extract which elements and features are manifestations of continuity with the traditional and already consolidated model, on the one hand; as well as, on the other, which are the most important transformations effectively operated with the reform. Additionally, it is intended to explain how these transformations are related to other changes (transparency, data protection, local reform, ...). From these elements, the paper identifies four key factors that explain the reform: 1) the manifestation of a general continuity of the model even with slight touch-ups in favor of the expansion of the powers of the Public Administrations, also of the local ones; 2) a clear attempt of recentralization taking advantage of the electronic procedure to reinforce State controls over Local Administrations; and, finally, 3) an articulation of the common basic electronic administrative procedure that tries to synthesize all these elements by means of imposing proven solutions that have been comfortable for the Spanish Public Administration, sometimes at the expense of the citizens.

**Key words:** Administrative procedure, local authorities, local autonomy, electronic procedure, recentralization.

**SUMARIO:** 1 Una década de reformas jurídico-administrativas. 1.1 La reforma del artículo 135 CE (2011). 1.2 Ley orgánica 2/2012, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera (2012). 1.3 Leyes 19/2013, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno; y 27/2013, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local (2013). 1.4 Leyes 39/2015, de procedimiento administrativo común; y 40/2015, de régimen jurídico del sector público (2015). 1.5 Ley 9/2017, de contratos del sector público (2017) y normas de desarrollo en materia de contratación pública. 1.6 Ley orgánica 3/2018, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (2018). 2 La reforma administrativa de 2015: principios estructurantes y efectos del nuevo procedimiento administrativo en la Administración local. 2.1 Transformación y resiliencia del modelo de procedimiento administrativo español en el contexto europeo: principales novedades de la LPAC 2015. 2.2 Principales afecciones a la actividad administrativa de los entes locales del nuevo procedimiento administrativo relacionadas con el equilibrio entre potestades públicas y situación jurídica de los ciudadanos. 2.3 Administración local y procedimiento administrativo electrónico tras la LPAC. 3 Conclusiones sobre la afección de las reformas en materia de procedimiento administrativo en el ámbito de la Administración local. 4 Conclusiones.

## 1 Una década de reformas jurídico-administrativas

Tras cinco años desde la aprobación de la reforma de las bases del procedimiento administrativo español y del régimen jurídico de nuestras administraciones públicas aprobada en 2015, e incluso a pesar de que partes sustanciales de esta siguen a día de hoy sin haber entrado plenamente en vigor como consecuencia de las previsiones transitorias contenidas en la propia ley y las posteriores prórrogas intervenidas que han dilatado hasta octubre de 2020 la completa exigibilidad jurídica de todas sus disposiciones<sup>1</sup>, estamos en condiciones de realizar una primera valoración global de la afección que la misma ha supuesto sobre las bases procedimentales de la actuación de nuestros entes locales, especialmente los municipios –por cuanto en su actuación administrativa protagonizan muchos más procedimientos en relación con los ciudadanos, sus derechos, y su esfera jurídica de intereses, que los que pueden llevar a cabo otro tipo de entes locales de base asociativa o las propias diputaciones provinciales–. Una afección que se proyecta esencialmente sobre la transformación digital que la ley ha forzado a emprender, continuar o profundizar, según los casos, a los entes locales españoles, debido a que las leyes 39/2015, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas (LPAC), y 40/2015, de régimen jurídico del sector público (LRJSP), esencialmente, proyectan sobre el régimen jurídico tradicional de

<sup>1</sup> La DA 7.ª de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas (LPAC), ya planteó una generosa *vacatio legis* de un año, posponiendo la entrada en vigor de la norma al 2 de octubre de 2016, pero además estableció que las previsiones relativas al registro electrónico de apoderamientos, registro electrónico, registro de empleados públicos habilitados, punto de acceso general electrónico de la Administración y archivo único electrónico no producirían efectos hasta dos años después, esto es, a partir del 2 de octubre de 2018. Con posterioridad, el Decreto-ley 11/2018 modificó esta previsión y postergó dos años más, hasta el 2 de octubre de 2020, la producción de efectos jurídicos respecto de esta parte de la norma. Así pues, a día de hoy, estamos dentro del período de adaptación concedido por la norma a las diferentes administraciones públicas, y también en consecuencia a los entes locales, para que se adecuen estas cuestiones a las previsiones de la ley. Hay cierta unanimidad doctrinal en que, mientras tanto, los derechos y obligaciones respecto de los particulares que se relacionan con la Administración por vías electrónicas quedan desplegados en tanto que las administraciones públicas ofrezcan la posibilidad de interactuar por vía electrónica, pero que mientras esta posibilidad no se ofrezca, y al menos hasta octubre de 2020 no hay obligación de que así sea, los mismos quedan en suspenso respecto de esta concreta forma de relacionarse con la Administración. Véase, al respecto, por ejemplo, HERRERO POMBO, C., "Comentario a la Disposición Adicional Séptima", Acuña Campos, C. (dir.), *Comentarios a la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*, El Consultor de los Ayuntamientos-Wolters Kluwer, Madrid, 2017, p. 905.

nuestro procedimiento administrativo la conversión de todos los trámites posibles al estándar electrónico, integrando en la regulación básica por defecto las previsiones de la Ley 11/2007, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos (LAE), debidamente actualizadas y pulidas.

En este trabajo no se aspira a realizar un completo estudio detallado de esta transformación, algo que resultaría imposible con esta extensión y que, además, ha sido ya realizado de forma monográfica muy completa y brillante por numerosos trabajos que dieron cuenta muy rápidamente de las principales novedades de la reforma administrativa de 2015<sup>2</sup> o que la han tratado posteriormente de forma exhaustiva y muy completa, con gran profundidad y rigor jurídico<sup>3</sup>. Se pretende, en cambio, aportar una visión panorámica de cuáles han sido las novedades que han tenido y tienen una mayor incidencia sobre la actuación administrativa de los entes locales, su significación y utilidad –o las críticas que en ocasiones puede merecer un marco jurídico que da más capacidad de actuación a la Administración que garantías a los ciudadanos, como ocurre de forma muy significativa con el nuevo régimen de las notificaciones electrónicas– poniéndolas en relación con el marco jurídico-administrativo español general y su evolución a lo largo de la última década.

En este sentido, es conveniente recordar que hay elementos que afectan al régimen del procedimiento administrativo de los entes locales españoles o a algunas de sus actuaciones administrativas en su perspectiva más burocrática que encontraremos en normas ajenas a las propias LPAC y LRJSP. En primer lugar, aquellas que nos permiten explicar y entender el marco en que estas se proyectan sobre el gobierno y la Administración local, que, aunque tienen menos elementos estrictamente procedimentales a los que atender, sí han de ser como mínimo mencionadas para exponer en qué términos han afectado a los entes locales y condicionan su actuación. En segundo lugar, normas sectoriales, desde las que tienen que ver con la protección de datos a la transparencia o la contratación pública, donde encontraremos interesantes derivadas procedimentales que hay que compatibilizar con la legislación básica en materia de procedimiento administrativo.

En este sentido, puede ser de utilidad realizar un repaso rápido a lo que ha sido la segunda década del siglo XXI, que podemos considerar materialmente casi ya concluida, respecto de nuestro derecho administrativo, un derecho administrativo, el español, que ha conservado gran estabilidad en no pocos de sus rasgos definitorios, hasta el punto de que las reformas de 2015, esencialmente continuistas respecto de la

<sup>2</sup> Destacaron por su celeridad en realizar análisis muy completos los números especiales de las revistas *Documentación Administrativa*, n. 2, Nueva época, 2015; y *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 63, 2016, coordinado por A. Huergo Lora; así como los diversos comentarios, entre los que se pueden destacar por su atención a las implicaciones respecto del hecho local VELASCO CABALLERO, F. (coord.), *Régimen jurídico y procedimiento administrativo de los gobiernos locales. La aplicación a las entidades locales de las Leyes 39/2015 y 40/2015, de 1 de octubre*, UAM-Instituto de Derecho Local, Madrid, 2016; y ACUÑA CAMPOS, C. (dir.), *Comentarios a la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*, El Consultor de los Ayuntamientos-Wolters Kluwer, Madrid, 2017.

<sup>3</sup> En este sentido, el esfuerzo más completo de proporcionar un tratamiento tratadístico al nuevo procedimiento administrativo común que emerge como consecuencia de la integración del procedimiento administrativo electrónico en el procedimiento general es probablemente el de GAMERO CASADO, E. (dir.), y FERNÁNDEZ RAMOS, S., y VALERO TORRIJOS, J. (coords.), *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

legislación del procedimiento administrativo de 1992 modificada en 1999, no dejan de ser deudoras de la primera gran ley del procedimiento administrativo español, la Ley de procedimiento de 1958 –y Ley de régimen jurídico del Estado de 1957–, cuya estructura general y entendimiento de las relaciones entre los poderes públicos y los ciudadanos no hace sino replicar. Así, no son pocos los comentarios que han señalado este hecho, en ocasiones de forma crítica, al poner de manifiesto que este apego a su estructura, composición y elementos tradicionales no deja de demostrar una cierta incapacidad para que nuestro procedimiento administrativo evolucione debidamente para hacer frente a los retos de las sociedades actuales<sup>4</sup>. Sin embargo, y pese a este apego a la estructura básica tradicional, nuestro derecho administrativo también ha ido mutando y adaptando algunas de sus respuestas para adecuarlas a las necesidades actuales. De hecho, a lo largo de esta última década lo ha hecho de forma notable, esencialmente a partir de la intensa influencia del derecho y de las actuaciones de las diferentes instituciones de la Unión Europea. De hecho, el origen de la mayor parte de las reformas que han obligado a modificar sustancialmente aspectos de nuestro sistema de procedimiento administrativo o áreas jurídicas aledañas puede trazarse, de manera ya sea más bien medida o directamente inmediata, hasta una acción europea en casi todos los casos<sup>5</sup>. En algunos de ellos, además, y como veremos a continuación en un repaso sumario ordenado cronológicamente de los grandes hitos de este proceso, de forma muy evidente.

## 1.1 La reforma del artículo 135 CE (2011)

El elemento estructurante definidor de las reformas que se han ido sucediendo a lo largo de esta década, aunque no tenga una relación directa con el procedimiento administrativo, es la reforma de la Constitución española realizada tras el verano de 2011. Conviene por ello dejar constancia de esta y de la significación que tiene el hecho de que haya sido la única reforma con un contenido sustantivo de relieve que se ha hecho de la Constitución española de 1978 desde su aprobación –la reforma de 1992 para permitir el sufragio pasivo en las elecciones municipales de los ciudadanos de otros países de la UE o de ciudadanos de países con convenio de reciprocidad con España fue mucho más concreta– porque de alguna manera es la que marca el paradigma que se consolidará con las distintas reformas que se han sucedido en años posteriores. De una parte, respecto del indudable origen europeo de los cambios introducidos. De otra, marcando un cambio sobre lo que había sido la tradición constitucional española consolidada desde 1978 en materia de régimen local, plasmada en la Ley 7/1985, reguladora de las bases del régimen local (LRBRL), y sus sucesivas

<sup>4</sup> BAÑO LEÓN, J. M., "La reforma del procedimiento. Viejos problemas no resueltos y nuevos problemas no tratados", *Documentación Administrativa*, n. 2, Nueva época, 2015, pp. 3-8. DOI [10.24965/da.v0i2.10259](https://doi.org/10.24965/da.v0i2.10259) (15 de enero de 2020).

<sup>5</sup> Sobre este proceso de europeización del derecho administrativo español y la notable resiliencia de algunas de sus instituciones y estructuras básicas, aun asumiendo muchos de los cambios que han ido sucediéndose en las últimas décadas provenientes de la Unión Europea, he tratado de hacer un completo análisis en un trabajo monográfico previo: BOIX PALOP, A., "La europeización del Derecho administrativo español", Martín Delgado, I., Almeida Cerredá, M., y Di Lascio, F. (coords.), *La europeización del Derecho administrativo: una evolución desde el ordenamiento español*, Andavira, Santiago de Compostela, 2017, pp. 35-108.

reformas, la última de ellas fruto del llamado “Pacto local” de 1999, aprobada por la Ley 11/1999, de ir ampliando las competencias locales y reforzado su autonomía política e institucional tras la ratificación por España de la Carta europea de autonomía local en 1989<sup>6</sup>, cambio que se traduce en reformas institucionales que van limando por primera vez esa concepción generosa tanto de la autonomía de los entes locales constitucionalmente consagrada como el carácter indudablemente representativo y político de los entes locales<sup>7</sup>.

Así, será a partir del nuevo paradigma que se introduce con la reforma del artículo 135 de la Constitución aprobada en 2011 cuando comenzamos a ver, por primera vez, normas que sucesivamente tratan de reducir el ámbito de la autonomía local, sus competencias o, correlativamente, la introducción de controles adicionales en las normas básicas sobre los procedimientos y tomas de decisiones de los entes locales, abriendo así la puerta a una creciente rigidificación del régimen básico del procedimiento administrativo que luego hemos tenido ocasión de comprobar cómo se ha ido concretando en diversas medidas intervenidas en normas posteriores –y también en la propia reforma administrativa de 2015–.

Un nuevo paradigma que, esencialmente, se justifica a partir de consideraciones de ahorro y racionalización que dan lugar a una lógica de mayor control sobre todos los aspectos que puedan incidir en el gasto introducida, como es sabido y ha sido profusamente comentado y analizado, por expreso mandato europeo<sup>8</sup>. Tras la reforma constitucional<sup>9</sup>, el artículo 135.1 CE compromete a todas las administraciones públicas, y también a los entes locales, a velar por el principio de estabilidad presupuestaria, además de imponer unos límites de déficit que en el caso de los entes locales les obliga al equilibrio presupuestario con carácter estructural<sup>10</sup> –límites que son aplicables precisamente desde este año, según estableció la disposición transitoria de la reforma–. Todo ello, junto a la prioridad constitucional que se da al servicio de la deuda (art. 135.3 CE), supone un cambio en los principios tradicionales de funcionamiento de nuestros entes locales que ha condicionado enormemente la propia posición y consideración constitucional de estos, con las consecuencias señaladas. De alguna manera, puede considerarse que la aprobación de esta reforma no solo marca un

<sup>6</sup> La Carta europea de autonomía local, de 1985, fue válidamente ratificada por España cuatro años más tarde, por medio del Instrumento de ratificación publicado en el BOE de 24 de febrero de 1989.

<sup>7</sup> PAREJO ALFONSO, L., “La autonomía local en la Constitución española”, Muñoz Machado, S. (dir.), *Tratado de Derecho Municipal*, Tomo I, 3.ª ed., Iustel, Madrid, pp. 142-157.

<sup>8</sup> Un tratamiento monográfico de la cuestión y del proceso de presión por parte de las instituciones europeas, en diversas fases, para la introducción de estos mecanismos, se puede encontrar en EMBID IRUJO, A., *La constitucionalización de la crisis económica*, Iustel, Madrid, 2012. Con carácter monográfico sobre el principio de sostenibilidad y su impacto sobre las administraciones públicas españolas, VILLAR ROJAS, F., “El principio de sostenibilidad y las Administraciones Públicas”, López Benítez, M., Fuentetaja Pastor, J. A., y Rodríguez-Campos González, S. (coords.), *Las reformas administrativas de la crisis*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 47-76; respecto de su impacto sobre el modelo constitucional español en términos abstractos y generales, véase GARCÍA ROCA, F.J., EMBID IRUJO, A., ESTEVE PARDO, J., BAÑO LEÓN, J.M., y MENÉNDEZ, A. J., “Los efectos de la crisis económica sobre las instituciones públicas”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 43, 2014, pp. 64-75; por último, respecto al impacto efectivo y evolución de las haciendas locales durante la crisis, puede consultarse ECHÁNZ SANS, J., *Los gobiernos locales después de la crisis*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2019.

<sup>9</sup> Reforma del artículo 135 de la Constitución española, publicada en el BOE del 27 de septiembre de 2011.

<sup>10</sup> VILLAR ROJAS, F., “El principio de sostenibilidad y las Administraciones Públicas”, cit., pp. 53-61.



hito jurídico de implicaciones constitucionales de fondo sobre la cláusula de Estado social<sup>11</sup>, sino también con una clara proyección territorial, a partir del cual la introducción de consideraciones financieras y de control sobre el déficit han permitido un redimensionamiento restrictivo de la autonomía local y de las posibilidades de acción de los entes locales, que se ha ido plasmando posteriormente en las sucesivas reformas que han afectado al procedimiento administrativo español. Un instrumento particularmente importante para ello es la Ley que el propio artículo 135.5 CE preveía que había de aprobarse para detallar estos controles.

## 1.2 Ley orgánica 2/2012, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera (2012)

Muy rápidamente, solo un año después de la aprobación de la reforma constitucional de 2011, se aprueba la Ley orgánica 2/2012, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, para desarrollar sus principios, distribuir según el criterio de la legislación estatal los límites de déficit entre las diversas administraciones públicas, los supuestos excepcionales de superación de estos y los controles y procedimientos necesarios para la puesta en marcha de los mismos. Se trata de una norma que va mucho más allá que la ley de estabilidad presupuestaria vigente hasta el momento, de 2001, y que sí pasará a incidir de manera muy directa en la actuación de los entes locales, pues más allá de metodologías y procedimientos en la norma se fijan las responsabilidades de los entes locales y severas restricciones sobre cómo aprobar presupuestos, incluyendo la conocida como “regla de gasto”, que, junto a otras medidas restrictivas adoptadas en los sucesivos presupuestos generales del Estado de esta última década – como los límites a las tasas de reposición de trabajadores públicos<sup>12</sup>, las nuevas normas en materia de gestión de servicios públicos locales o la pretensión de racionalización del sector societario local<sup>13</sup> –, han acabado por condicionar de manera muy notable la manera en que nuestros entes locales han podido en la práctica desplegar sus actividades, con un indudable efecto de reducción efectiva de la autonomía, que ha sido comúnmente destacado por nuestra doctrina y que, además, tiene un impacto obvio condicionando el ejercicio de las competencias locales<sup>14</sup>.

Por ejemplo, no pocos de los problemas que están teniendo muchos ayuntamientos, y no solo los pequeños y medianos, para cumplir en plazo con las exigencias

<sup>11</sup> Véase en este punto la muy extensa y documentada reflexión sobre el impacto en la cláusula de estado social y sus implicaciones no solo constitucionales, sino prácticas en MENÉNDEZ, A. J., “¿Qué queda de la soberanía nacional y del Estado social y democrático de Derecho europeo tras la crisis?”, Martín Patino, J. M., y Giménez Romero, C. (coords.), *Informe España 2014. Una interpretación de su realidad social*, Fundación Encuentro, Madrid 2014. [https://www.fund-encuentro.org/informe\\_espana/indiceinforme.php?id=IE21](https://www.fund-encuentro.org/informe_espana/indiceinforme.php?id=IE21) (7 de enero de 2020).

<sup>12</sup> Acerca del impacto efectivo de estas medidas sobre el sector público local, FERNÁNDEZ LLERA, R., y MORÁN MÉNDEZ, E., “Presupuestos, cuentas y control externo del sector público local”, *Presupuesto y Gasto Público*, n. 89 (4/2017), 2017, pp. 33-49; y Fernández Llera, R. (coords.), *III Informe Red Localis. Retos de las entidades locales ante la transformación digital de la gestión pública*, Wolters Kluwer, 2019, pp. 319-337.

<sup>13</sup> SANTIAGO IGLESIAS, D., “Las sociedades municipales”, Almeida Cerredá, M., Tubertini, C., y Costa Gonçalves, P., *La racionalización de la organización administrativa local: las experiencias española, italiana y portuguesa*, Civitas Thomson-Reuters, 2015, pp. 246-269.

<sup>14</sup> VILLAR ROJAS, F., “El principio de sostenibilidad y las Administraciones Públicas”, cit., pp. 64-69.

de transformación electrónica de la LPAC y la LRJSP tienen que ver con este tipo de restricciones y la imposibilidad de dotar a sus entes locales del personal propio suficiente para acometer esta transformación, razón por la cual, junto a un notable retraso respecto de lo que eran las previsiones iniciales de la reforma de 2015 –que preveía que para 2018 toda la Administración electrónica debía estar ya totalmente implantada–, estamos viendo cómo en la actualidad esta transformación está siendo externalizada en no pocos casos, debido a las restricciones en materia de personal propio, generándose un liderazgo privado antes que público a la hora de encabezar iniciativas tecnológicas. Adicionalmente, estas restricciones coadyuvan con otras previsiones posteriores, de la reforma local de 2013 a la reforma administrativa de 2015, hacia una delegación de estas tareas y de la vertiente tecnológica de la transformación hacia otros actores –el Estado en unos casos, las diputaciones provinciales en otros– a los que se pretende dotar de una capacidad de liderazgo, por consideraciones de supuesta eficacia y de aprovechamiento de economías de escala, en detrimento de los municipios. Las medidas en materia de estabilidad presupuestaria son, sin duda, un acicate que coadyuva en esta dirección.

### **1.3 Leyes 19/2013, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno; y 27/2013, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local (2013)**

Durante el año 2013 fueron aprobadas dos normas de enorme trascendencia y que, en parte de sus contenidos, se proyectarán de manera clara sobre la reforma administrativa que se realizará posteriormente solo dos años después (en 2015): la primera ley en materia de transparencia de la historia de España<sup>15</sup> y la reforma del régimen local más ambiciosa desde que se sentaron las bases del régimen local español posterior a la Constitución con la LRBRL de 1985<sup>16</sup>. Estas dos normas, ambas de una gran importancia, reflejan algunas de las tendencias que hemos podido identificar ya. Es así, por ejemplo, en todo lo referido a la influencia europea mediata o inmediata que explica la aprobación de estas normas, mucho más directa en lo que se refiere a la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LT), que como se recordará fue aprobada finalmente tras muchas críticas por la ausencia de una ley específica en la materia, carencia que contrastaba con el tratamiento en el resto de países de la Unión Europea<sup>17</sup>. Más allá de los contenidos propios de la norma<sup>18</sup>, es interesante resaltar también su desconexión con la reforma en materia de

<sup>15</sup> Destacaba esta novedad GUICHOT REINA, E., "El Anteproyecto de Ley de Transparencia", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 30, 2012, pp. 28-41.

<sup>16</sup> Santamaría Pastor resaltaba este hecho como algo muy positivo en su introducción a SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (coord.), *La reforma del régimen local español*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2014, pp. 9-12.

<sup>17</sup> Sobre el derecho de la Unión Europea en la materia y su futuro impacto en el modelo español, GUICHOT REINA, E., *Transparencia y acceso a la información en el Derecho europeo*, Cuadernos Universitarios de Derecho Administrativo, Sevilla, 2011, pp. 73-284.

<sup>18</sup> La bibliografía sobre la ley de transparencia ha sido muy abundante, pero probablemente el más completo y riguroso comentario a la misma es GUICHOT REINA, E. (coord.), *Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*, Tecnos, Madrid, 2014. Respecto de su impacto estructural como reforma del funcionamiento de las administraciones públicas

procedimiento administrativo, tanto en el momento de aprobación de la norma como en la aprobación de la reforma administrativa de 2015, que tampoco es aprovechada para compatibilizar y coordinar los nuevos paradigmas con algunas de las novedades introducidas.

Esta voluntad de regulación propia de la transparencia y el derecho de acceso a la información pública, desarrollando de forma extensa el derecho reconocido en el artículo 105 b) CE, llevó a que la LT derogara el antiguo artículo 37 de la Ley de procedimiento administrativo de 1992, donde esta cuestión estaba tradicionalmente regulada de forma menos extensa pero que ya resolvía las cuestiones más básicas en derecho de acceso<sup>19</sup>, pasando a quedar regulada fuera de la Ley de procedimiento administrativo. Una solución que ha pasado a quedar definitivamente consolidada con la LPAC, cuyo artículo 13 d) remite a la LT respecto de la concreción y detalles de ejercicio de uno de los derechos básicos de todos los ciudadanos frente a la Administración: el derecho de los ciudadanos a recabar el acceso a archivos y registros, así como las obligaciones de transparencia activa de las administraciones públicas<sup>20</sup>.

Esta solución explica, muy probablemente, que la regulación en materia de transparencia y su aplicación haya acabado desarrollándose al margen de las normas en materia de procedimiento administrativo, sin que el legislador se haya preocupado de aclarar cuestiones que tienen que ver con la intersección de ambas cuestiones que, sorprendentemente, han quedado sin resolver normativamente y han debido ser resueltas por los tribunales y, en primera instancia, por las nuevas autoridades en materia de transparencia<sup>21</sup>. Una de ellas es la que tiene que ver con la posibilidad o no de que los interesados en un procedimiento administrativo hagan uso de las posibilidades que otorga la ley de transparencia, cuestión que habría quedado fácilmente resuelta si el estatuto jurídico del interesado hubiera aclarado que este, que lógicamente tiene acceso al expediente cuando el mismo no está concluido, ha de tener como mínimo una capacidad de acceso a la información pública equivalente al que se obtiene por aplicación de la Ley de transparencia, solución a la que han acabado llegando los órganos encargados del control de la acción pública en materia de transparencia<sup>22</sup>. Más importante en lo que nos ocupa, por directamente relacionado con la actividad de los entes locales, ha sido la discusión sobre si los regidores en una corporación municipal, y especialmente aquellos de la oposición, podían o no hacer uso de las normas en materia de transparencia para acceder a documentos y registros

españolas, también en referencia a las locales, BETANCOR RODRÍGUEZ, A., "Transparencia y buen gobierno", López Benítez, M., Fuentetaja Pastor, J. A., y Rodríguez-Campos González, S. (coords.), *Las reformas administrativas de la crisis*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 135-154.

<sup>19</sup> El tratamiento clásico monográfico de esta regulación lo encontramos en MESTRE DELGADO, J. F., *El derecho de acceso a archivos y registros (análisis del artículo 105 b de la Constitución)*, Civitas, Madrid, 1993.

<sup>20</sup> GUICHOT REINA, E., "El derecho de acceso a la información pública", Gamero Casado, E. (dir.), y Fernández Ramos, S., y Valero Torrijos, J. (coords.), *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 533-580.

<sup>21</sup> COTINO HUESO, L., "Algunas propuestas de mejora de la normativa del derecho de acceso a la información", *Dilemata*, n. 27, 2018, pp. 263-279.

<sup>22</sup> COTINO HUESO, L., "Criterios relevante e innovadores del Consejo de Transparencia de la Comunidad Valenciana", *Revista Española de la Transparencia*, n. 9, 2019, pp. 39-69.

públicos, algo que lógicamente se ha resuelto también en un sentido favorable<sup>23</sup>. Por último, y como consecuencia adicional de esta ausencia de coordinación, hay procedimientos administrativos, como pueden ser los sancionadores disciplinarios –o, más interesantemente incluso, aquellos previos a la incoación de un procedimiento disciplinario o sancionador, como las informaciones reservadas o procesos de inspección– respecto de los que es la propia LT la que sigue recogiendo las únicas reglas específicas sobre la posible transparencia o posibilidad de aceptar un derecho de acceso respecto de estos, sin que la LPAC haya establecido reglas en la materia que desarrollen, concreten o maten estas previsiones, lo que lleva a dificultades aplicativas –el artículo 15.1 LT, en principio, parece excluir la posibilidad de acceso a cualquier elemento de procedimientos sancionadores excepto si hay consentimiento del afectado o habilitación legal expresa–. Iguales consideraciones pueden hacerse respecto de la falta de conexión entre los preceptos en materia de transparencia activa contenidos en la LT y el hecho de que la posterior reforma de 2015 no haya previsto integrarlos en las previsiones de la LRJSP sobre la sede electrónica y sus contenidos obligatorios. Se trata de una constante, de todas maneras, de las reformas de los últimos años –como veremos posteriormente, las reformas en materia de contratos o de protección de datos tampoco han sido siempre fáciles de compatibilizar con algunas previsiones de la ley de transparencia que pareciera que funcionaría siempre al margen de las mismas–.

También notable fue la descoordinación de la importante reforma de la LRBRIL intervenida a finales de 2013 por medio de la Ley 27/2013, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local (LRSAL), y las reformas posteriores, algo que quizás pueda deberse a las propias características de esta reforma y a su fracaso práctico en casi todas sus líneas esenciales<sup>24</sup>. Se trata, en cualquier caso, de una norma estrictamente coetánea a la LT, y ambas precedieron a la importante reforma estructural del procedimiento administrativo, intervenida solo dos años después, lo que convierte esta desconexión en francamente llamativa.

Aunque excede de los objetivos perseguidos por este trabajo, para enmarcar correctamente el entorno en que se aplican y operan las reformas administrativas de 2015 respecto de los entes locales, es necesario entender algunas de las consecuencias de la previa reforma del régimen local, que ya anuncia alguna de las pretensiones que han sido desarrolladas posteriormente, con la mayor importancia de las cuestiones relativas a la transparencia y al procedimiento administrativo electrónico, pero, y sobre todo, que plantea unos ambiciosos objetivos finales de reforma estructural del

<sup>23</sup> Véase en este sentido el, para los entes locales, muy importante Dictamen 2/2019 de la catalana Comissió de Garanties del Dret d'Accés a la Informació Pública, que referido a un tema tan particular como la consulta general sobre el acceso de los y de las electos locales a los expedientes municipales relativos a desahucios que afecten viviendas, tiene unas implicaciones generales evidentes. [http://www.gaip.cat/es/detall/normativa/Dictamen-2019\\_02](http://www.gaip.cat/es/detall/normativa/Dictamen-2019_02) (22 de diciembre de 2019).

<sup>24</sup> Sobre la reforma en sí, véase la obra ya citada SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (coord.), *La reforma del régimen local español*, cit., así como CARRILLO DONAIRE, J. A., y NAVARRO RODRÍGUEZ, P. (coords.), *La Reforma del Régimen Jurídico de la Administración Local*, El Consultor de los Ayuntamientos-Wolters Kluwer, Madrid, 2014; y BOIX PALOP, A., y DE LA ENCARNACIÓN, A. M. (coords.), *Los retos del gobierno local tras la reforma de 2013*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015. Véase también BOIX PALOP, A., "Sentido y orientación de la Ley 27/2013, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local: autonomía local, recentralización y provisión de servicios públicos locales", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n. 2, Nueva época, 2014. DOI 10.24965/real.v0i2.10199 (10 de enero de 2020).

régimen local español que globalmente no se han cumplido. Más allá de exponer estos, sobre lo que podemos remitirnos *in toto* a trabajos anteriores donde ya los hemos expuesto –junto a las razones por las que a nuestro juicio puede entenderse que han fracasado<sup>25</sup>–, interesa en este punto la conexión de dichos objetivos con la situación actual del régimen local español como punto de partida sobre el que se proyectará la reforma del procedimiento administrativo y de la reforma del régimen jurídico del sector público de 2015 aplicada a los entes locales.

a) *Los objetivos esenciales de la reforma local de 2013 y sus resultados.* Aunque no tenga sentido, como se ha dicho, analizarlos detalladamente, sí conviene dejar constancia de que la mayor parte de estos objetivos tenían que ver y eran coherentes con una visión de la autonomía local capitidismínuida, en línea con lo que por otro lado ya habían ido deslizándose las normas en materia de estabilidad financiera<sup>26</sup>. Así, conviene recordar la apuesta por la fusión de municipios y el correlativo freno a la cooperación intermunicipal y a la intercomunalidad –acogida con no poca resistencia, que en parte explica el retorno de mancomunidades y consorcios, que, lejos de desaparecer, aparecen reforzados en la LRJSP<sup>27</sup>, en lo que es una cierta rectificación del legislador más que una manifestación de incoherencia<sup>28</sup>–. En esta misma línea, el intento de redelimitación del reparto competencial a partir exclusivamente de las previsiones contenidas en la norma básica estatal y la pretensión de, por esta vía, impedir el ejercicio de las llamadas competencias “impropias”<sup>29</sup> para limitar o eliminar las posibles duplicidades, amén de claramente influida por una visión economicista y de reducción del posible gasto, era reflejo también de una concepción sobre la autonomía local y el ejercicio de las competencias municipales ciertamente restrictiva –además de suponer una más que evidente invasión de competencias autonómicas<sup>30</sup> respecto de la determinación por las propias comunidades autónomas en cuanto a cómo

<sup>25</sup> En un primer análisis prospectivo de la reforma ya señalé los, a mi juicio, problemas pendientes que esta no lograba resolver adecuadamente: BOIX PALOP, A., “Encuadre jurídico y constitucional de la reforma local de 2013 y esbozo de los problemas todavía pendientes”, Boix Palop, A., y De la Encarnación, A. M. (coords.), *Los retos del gobierno local tras la reforma de 2013*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 21-40. Posteriormente, gran parte de estas cuestiones se han demostrado evidentemente fallidas, por lo que la reforma de 2013 del régimen local puede considerarse ya como un fracaso que, a mi juicio por los graves problemas de base derivados de la propia concepción con que se realiza la reforma, no ha cumplido con sus objetivos: BOIX PALOP, A., “El régimen local tras el fracaso de la reforma de 2013”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 68, 2017, pp. 24-35.

<sup>26</sup> VELASCO CABALLERO, F., “Títulos competenciales y garantía constitucional de la autonomía local en la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”, Santamaría Pastor, J. A. (coord.), *La reforma del régimen local español*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2014, pp. 75-136.

<sup>27</sup> ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, M., “Organización y funcionamiento de la Administración General del Estado y del sector público institucional en la Ley 40/2015”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 63, 2016, pp. 60-69.

<sup>28</sup> Sobre el inicio de la rectificación en el propio procedimiento de aprobación de la LRSAL, HERNANDO RYDINGS, M., “Las mancomunidades y los consorcios”, Almeida Cerrada, M., Tubertini, C., y Costa Gonçalves, P., *La racionalización de la organización administrativa local: las experiencias española, italiana y portuguesa*, Civitas Thomson-Reuters, 2015, pp. 149-151.

<sup>29</sup> VELASCO CABALLERO, F., “Desarrollos autonómicos de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”, *Anuario de Derecho Municipal 2014*, Marcial Pons-UAM, Madrid, 2014, pp. 21-53.

<sup>30</sup> TEJEDOR BIELSA, J., “El desarrollo autonómico de la reforma local de 2013. Entre la rebelión y el pragmatismo”, Boix Palop, A., y De la Encarnación, A. M. (coords.), *Los retos del gobierno local tras la reforma de 2013*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 81-100; ALONSO MAS, M. J., “Competencias locales en la reforma de 2013 y sus puntos de fricción con las normas autonómicas”, Boix Palop, A., y De la Encarnación, A. M. (coords.), *Los retos del gobierno local tras la reforma de 2013*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 101-125.

han de ejercerse las competencias autonómicas exclusivas que, como es sabido, ha acabado por recibir un severo reproche por parte del Tribunal Constitucional a partir de las SSTC 41/2016, 111/2016, 107/2017 y siguientes<sup>31</sup>–, una visión de los entes locales, por lo demás, plenamente coherente con las nuevas medidas de control presupuestario y financiero que, a modo de complemento de las ya introducidas por la LOPESF y que se completaba con la apuesta por replantear, y reforzar, el papel de las diputaciones provinciales<sup>32</sup>. Un reforzamiento político –y correlativo a la pretensión de reducir la importancia y autonomía local de los municipios– pero también jurídico, donde aparecen algunas de las previsiones de la LRSAL de mayor y más directa incidencia sobre cuestiones de procedimiento administrativo que afectan a entes locales: el incremento de competencias de coordinación para ciertos procedimientos respecto de municipios pequeños (art. 36.1 g) LRBRL) y la ampliación de sus competencias generales de soporte procedimental respecto de todos los ayuntamientos de su demarcación territorial (art. 36.2 LRBRL).

- b) *Principales afecciones procedimentales de la reforma.* Así, en lo que a nosotros interesa, ese nuevo papel de las diputaciones provinciales a partir de las previsiones de la LRSAL, a las que se dota de mayores competencias que en las versiones previas de la norma, es particularmente relevante en materia de contratación centralizada y procedimiento administrativo electrónico, materias respecto de las que la reforma de 2013 establece que serán competencias propias de las diputaciones provinciales, aunque en este caso solo para los municipios menores de 20.000 habitantes (art. 36.1 g) LRBRL). De acuerdo con el criterio de la LRSAL y su pretensión de impedir con carácter general la actuación de los municipios en ámbitos que sean competencia “propia” de otra Administración pública, el estricto y expreso establecimiento de que para estos municipios la competencia lo era de la diputación y, además, en esos términos, suponía la exclusión, en el diseño del legislador, de cualquier actuación a cargo de los municipios en esos ámbitos. Aunque se trata de una cuestión meramente competencial, y que en la práctica no altera las reglas de procedimiento ni supone una transformación de las mismas, sí que conlleva efectos de suma importancia si la combinamos con la conversión que la LPAC hace de todos los procedimientos, por defecto, a electrónicos: las diputaciones provinciales pasan a ser las competentes para prácticamente toda la tramitación tanto contractual como procedimental respecto de los municipios de menos de 20.000 habitantes. Solo excepcionalmente, según el texto legal, en caso de que no se esté prestando –o no se esté prestando adecuadamente– el servicio por parte de las diputaciones provinciales y además disponga de medios para ello, podrían los municipios *ex artículo 7.4 LRBRL* actuar respecto de esas competencias –e incluso en las formulaciones iniciales de la ley

<sup>31</sup> MEDINA ALCOZ, L., “La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas a la luz de las sentencias constitucionales sobre la reforma local de 2013”, *Anuario del Gobierno Local*, n. 1, 2015, pp. 189-224.

<sup>32</sup> FERNÁNDEZ-FIGUEROA GUERRERO, F., “Las diputaciones provinciales y los Gobiernos locales intermedios en la reforma local”, Santamaría Pastor, J.A. (coord.), *La reforma del régimen local español*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2014, pp. 157-167.



o según sus comentaristas más estrictos, ni siquiera tampoco para completar un servicio insuficiente o deficiente a cargo de la Administración competente, sino solo cuando este no exista en absoluto—.

Se trata de un planteamiento muy ambicioso, como puede comprobarse, y más todavía en el contexto de la reforma que supone la LPAC, que obliga a una notable inversión y a la puesta en marcha de muchos nuevos procedimientos electrónicos, que conlleva una notable exigencia. A ello se suma, además, que las nuevas normas en materia de contratación impuestas por la LCSP de 2017 también obligan a operar numerosos cambios en los procedimientos de contratación —que, además, obligan a licitar mucho más que antes, por ejemplo, ante la restricción de la contratación menor<sup>33</sup>—.

Planteamiento ambicioso completado con otra novedad, el reconocimiento también en favor de las diputaciones de competencias de soporte —no propias en este caso, sino de ayuda y asistencia, en una línea más tradicional con la función habitual de las diputaciones en nuestro ordenamiento— a los ayuntamientos para la tramitación de procedimientos administrativos (art. 36.2 LRBRL en su versión posterior a la LRSAL), que da un protagonismo adicional a las diputaciones en un mundo, la gestión procedimental, que no era en orígenes el suyo —más centrado en la prestación de ciertos servicios supramunicipales o a los municipios más vulnerables—. Combinando ambos elementos, se detecta la voluntad de hacer ganar protagonismo a las diputaciones a costa de los ayuntamientos —o incluso de eliminar idealmente de la ecuación a estos por completo en esos ámbitos— en relación con toda tramitación procedimental o en materia de contratación, en paralelo al incremento de exigencias en cuanto a la propia complejidad de los procedimientos —contratos— o las grandes exigencias de una exitosa transformación tecnológica para convertir sedes y procedimientos al paradigma electrónico<sup>34</sup>, cuestión que no ha de perderse de vista, por mucho que sea competencial, a la hora de entender la posición que el legislador y nuestro ordenamiento parecen querer reservar a los ayuntamientos en materia de procedimiento: tendencialmente cada vez más limitada y, a ser posible, diluyendo cada vez en mayor medida la responsabilidad estrictamente municipal por medio de un mayor encuadre jurídico por parte del Estado, al que se superponen el encuadre respecto de los medios electrónicos y concretas plataformas o soluciones tecnológicas que se podrán emplear —y en este sentido es además muy importante la disposición adicional 2.ª LPAC, de la que nos ocuparemos con posterioridad— y la pretensión de que las diputaciones adquieran un protagonismo creciente de apoyo (art. 36.2 LRBRL) que incluso, idealmente

<sup>33</sup> Este es, en efecto, el juicio generalizado entre la doctrina española sobre cuál ha de ser la respuesta de las administraciones públicas, incluyendo a las locales, ante las severas restricciones a la contratación menor introducidas por el marco jurídico vigente, lo que plantea no pocos retos organizativos que a día de hoy distan de estar superados, y que son de una especial trascendencia para los entes locales con menos medios. Por todos, véase la interesante reflexión sobre las posibilidades que han de ser exploradas y las líneas a seguir que resume la posición actualmente dominante sobre el curso de acción futuro demandado por la ley en TERRÓN SANTOS, D., "La racionalización técnica en la contratación pública como alternativa a los contratos menores", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 196, 2019, pp. 269-304.

<sup>34</sup> GRACIA RETORTILLO, R., "Las provincias", Almeida Cerredá, M., Tubertini, C., y Costa Gonçalves, P., *La racionalización de la organización administrativa local: las experiencias española, italiana y portuguesa*, Civitas Thomson-Reuters, 2015, pp. 192-197.



en el diseño del legislador, desplazaría de toda gestión procedimental o contractual a los municipios más pequeños (art. 36.1 g) LRBRL).

Con todo, ha de ser señalado que esta traslación de la responsabilidad a las diputaciones provinciales legalmente prevista se ha visto atemperada por una interpretación mucho más flexible de las posibilidades del artículo 7.4 LRBRL, en el sentido de permitir a los municipios complementar la acción en su municipio de las administraciones competentes, así como por el impacto del “principio de realidad”, que ha hecho que ante la insatisfactoria o imposible ejecución de las competencias en estos términos, con una sustitución total, por parte de las diputaciones, el protagonismo y la responsabilidad municipal sigan presentes y los entes provinciales sigan cumpliendo más bien una función de soporte y ayuda técnica y jurídica en colaboración con los entes locales municipales antes que sustituyéndolos –al menos, en la mayor parte de los casos–, algo que, por lo demás, y dada la diversidad del despliegue de municipios y diputaciones en España, que no funciona exactamente igual en todos los territorios porque las tipologías de municipios y sus dimensiones en ocasiones varían notablemente, tampoco opera exactamente de manera idéntica en todo el país.

#### **1.4 Leyes 39/2015, de procedimiento administrativo común; y 40/2015, de régimen jurídico del sector público (2015)**

En 2015 ven la luz las dos normas en que se divide la reforma jurídico-administrativa de esta década. Como veremos a continuación con más detalle (*vide infra*, punto 2), y centrándonos en aquellos elementos que tienen más incidencia práctica sobre la actividad de los entes locales, la afeción esencial más relevante tiene que ver con la conversión de los procedimientos administrativos, por defecto, a la vía electrónica.

La incidencia respecto de los entes locales de esta y otras determinaciones, como es evidente, es de una enorme importancia, pero ni siquiera la cercanía de la reforma local de 2013 hizo que el legislador se esforzara por tener en cuenta la compatibilidad de algunas de sus novedades más relevantes más allá de la integración del procedimiento electrónico, con la actividad y dinámica de funcionamiento de los entes locales, algo que se pone de manifiesto en particular, como veremos posteriormente, respecto de la principal novedad de la norma: un nuevo título VI sobre calidad normativa y elaboración de normas que, sorprendentemente, ignora por completo cualquier particularidad local. La preocupación en clave territorial del legislador de 2015, eso sí, aparece indirectamente en preceptos como la disposición adicional 2.<sup>a</sup>, que no oculta una explícita pretensión de recentralizar procedimientos más allá de lo establecido por la norma básica por la vía de tratar de imponer en muchos casos a comunidades autónomas y entes locales el empleo para la tramitación de los procedimientos de las soluciones tecnológicas desarrolladas o adquiridas por el Estado, lo que ha dado lugar, como tendremos ocasión de ver, a un interesante conflicto competencial (*vide infra* sección 2.1).

## 1.5 Ley 9/2017, de contratos del sector público (2017) y normas de desarrollo en materia de contratación pública

Menos afección sobre el procedimiento administrativo que han de aplicar los entes locales tiene, como es lógico y derivado de su carácter estrictamente sectorial, la importante novedad que es la Ley 9/2017, de contratos del sector público (LCSP), consecuencia de la transposición de las más recientes directivas europeas en la materia. Conviene dejar constancia, sin embargo, de la norma por su importancia para el funcionamiento de todas las administraciones públicas españolas, máxime en un contexto de restricción creciente –también en el ámbito local, como hemos señalado ya–, por consideraciones presupuestarias, de las posibilidades de recurso a la gestión directa, que conllevan una cada vez mayor externalización de servicios municipales y han cambiado y complicado las reglas jurídicas que permiten a los entes locales, y en general a cualquier Administración pública, el recurso a medios propios<sup>35</sup>. En todo caso, y respecto de esta norma, además de la habitual y explícita influencia europea, se detecta también de nuevo la desconexión de la que ya hemos hablado entre las diversas reformas legislativas ya referida, por ejemplo, respecto de la norma en materia de protección de datos, hasta el punto de que recientemente se ha aprobado el Decreto-ley 14/2019, de 31 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes por razones de seguridad pública en materia de Administración digital, contratación del sector público y telecomunicaciones, cuyo contenido, en gran parte, trata de conciliar cuestiones de contratación y protección de datos que, sorprendentemente, no habían sido bien explicitadas a pesar de que ambas reformas se habían producido prácticamente en paralelo.

Este decreto-ley, además de vincular explícitamente ciertas consideraciones referidas a la protección de datos con las normas de contratación, especialmente para los casos de gestión indirecta de servicios públicos, ha operado una primera modificación de cierto alcance de la LPAC de 2015 en materias de identificación y firma digital que, de nuevo, va en la línea de restringir las posibilidades de actuación de los entes locales y ponerlos bajo la tutela del Estado –en este caso, a la hora de optar por sistemas de firma digital diferentes al DNI electrónico o certificados digitales, que, aunque seguirán siendo posibles, requerirán de una autorización concreta expresa por parte del Estado cuando sean comunidades autónomas o entes locales los que deseen emplear estas modalidades de firma electrónica en sus procedimientos<sup>36</sup>–. Igualmente, aparecen restricciones referidas a la contratación pública para la prestación de servicios

<sup>35</sup> El impacto de la Ley 9/2017 ha complicado mucho el recurso a estos, lo que tiene unas implicaciones particularmente importantes para los entes locales, como han estudiado AMOEDO-SOUTO, C.A., y CUTRIÑ DOMÍNGUEZ, M., "El impacto de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, en la gestión directa de servicios públicos locales a través de medios propios", *Revista de Administración Pública*, n. 210, 2019, pp. 393-432, DOI: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.210.14> (11 de enero de 2020). Sobre la cuestión de los medios propios, véase también AMOEDO-SOUTO, C.A., "La regulación de los encargos a medios propios en la LCSP. Un balance provisional", *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, n. 159, 2019.

<sup>36</sup> Sobre esta cuestión, dada la novedad de la norma legal en cuestión, se ha escrito todavía poco, por lo que me remito al comentario de urgencia que publiqué analizando someramente la misma y sus implicaciones jurídicas en BOIX PALOP, A., "El Decret- llei 14/2019 i la mordassa digital", blog de la *Revista Catalana de Dret Públic*. <https://eapc-rcdp.blog.gencat.cat/2019/12/18/el-decret- llei-14-2019-i-la-mordassa-digital-andres-boix-palop/> (9 de enero de 2020).

electrónicos –con la prohibición del recurso a tecnologías de registro compartido, habitualmente conocidas como *blockchain*, hasta que sean reguladas por la UE a pesar de que ya teníamos incipientes usos de esta tecnología por parte de algunas administraciones españolas<sup>37</sup>– y, sobre todo, con la prohibición de que se contraten servicios electrónicos que conlleven almacenamiento en nube fuera de países de la Unión Europea o que no cuenten con una certificación europea previa de actuar de acuerdo con una regulación equivalente. Esta medida es, por lo demás, hasta cierto punto contradictoria con la necesidad de poner a punto la Administración electrónica en plazo porque, dadas las restricciones de personal y presupuestarias, es necesario hacerlo recurriendo a la contratación con proveedores privados, no pocos de los cuales, debido a la estructura de ese mercado, emplean almacenamiento en nube –un almacenamiento que además es habitualmente realizado, y ahí radica el problema, en países terceros dentro de un mercado global no necesariamente europeo–.

## 1.6 Ley orgánica 3/2018, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (2018)

El último jalón de esta sucesión de reformas administrativas que afectan o condicionan la manera en que las leyes de 2015 se proyectan sobre la Administración local –o penúltimo, si tenemos en cuenta que el Decreto-ley 14/2019, al que ya hemos hecho referencia– lo supone la Ley orgánica 3/2018, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (LOPDPGDD). Aunque se trata de una norma también sectorial, sus previsiones tienen una clara incidencia sobre la aplicación de la LT, y muy especialmente el artículo 15 LT, que establece los casos y supuestos en que la protección de datos de carácter personal puede amparar una excepción al principio de transparencia (DA 2.<sup>a</sup> LOPDPGDD), pero también sobre las normas de procedimiento administrativo, y en concreto respecto de las previsiones en materia de notificación y sobre todo de publicación de actos administrativos –ya sea como alternativa a una notificación infructuosa ex artículo 44 LPC, ya para los casos de publicación del artículo 45 LPAC– cuando, de acuerdo con el artículo 46 LPAC, hay que actuar estableciendo una alternativa ponderando, a criterio de la Administración, cómo publicar evitando generar daños innecesarios. En estos casos, la DA 7.<sup>a</sup> LOPDPGDD ha venido a establecer al fin una regla clara con rango legal sobre cómo han de realizarse las comunicaciones, estableciendo que, cuando sea necesaria la publicación de un acto administrativo que contenga datos personales, se identificará siempre el mismo mediante nombre y apellidos y cuatro cifras aleatorias, pero no el número completo, del documento nacional de identidad o documento equivalente –regla que, por cierto, permite desentrañar con facilidad el DNI de un ciudadano respecto del que se publiquen suficientes actos administrativos con cuatro números aleatorios, al no ser siempre estos los mismos–. En cambio, y para las publicaciones alternativas a la notificación del artículo 44 LPAC, se prescindirá del nombre y apellidos del interesado y se publicará solo el DNI o su

<sup>37</sup> PEREIRO CÁRCELES, M., "La utilización del *blockchain* en los procedimientos de concurrencia competitiva", *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 50, 2019.

equivalente –en este caso completo–. Adicionalmente, se prevé como norma de cierre que nunca se podrá publicar a la vez el número de identidad completo junto a los apellidos y nombre del interesado. Se trata de una regla clarificadora muy útil y de una incidencia directa sobre la actividad de todas las administraciones públicas y, también, de los entes locales españoles. Junto a la clarificación posterior en materia, también pero no solo, de protección de datos realizada por el Decreto-ley 14/2019, podemos considerar que con esta norma se cierra la última década de reformas administrativas con incidencia sobre el procedimiento administrativo que han de emplear los entes locales en sus actuaciones diarias y sus relaciones con los ciudadanos.

## 2 La reforma administrativa de 2015: principios estructurantes y efectos del nuevo procedimiento administrativo en la Administración local

### 2.1 Transformación y resiliencia del modelo de procedimiento administrativo español en el contexto europeo: principales novedades de la LPAC 2015

Como ya se ha comentado, no es este el momento de realizar un tratamiento detallado de las características de la reforma administrativa de 2015, que ha contado con muy buenos tratadistas<sup>38</sup>, pero sí conviene mencionar a título de recordatorio algunos de los rasgos que suelen ser señalados como destacables de forma consensuada por casi todos los comentaristas de dicha reforma.

En primer lugar, destaca la relativa estabilidad del modelo de procedimiento administrativo español, a la que ya hemos hecho referencia, un elemento que, sin duda, aun suponiendo inconvenientes en punto a la modernización y mejor adaptación del mismo a las exigencias actuales<sup>39</sup>, presenta también indudables ventajas: aporta seguridad jurídica a los operadores jurídicos e incluso garantiza un cierto conocimiento por parte de los ciudadanos de su estatuto de derechos y deberes frente a la Administración que no es de desdeñar; adicionalmente, también permite una más completa y perfilada decantación de soluciones aplicativas y jurisprudenciales que, dada la estabilidad en sus rasgos estructurales del sistema, se puede aprovechar. Por otro lado, todas las administraciones públicas, incluyendo a todos los entes locales del país, no pueden alegar que se encuentren frente a una norma con perfiles novedosos o de difícil aplicación o implementación, sino más bien todo lo contrario.

En cualquier caso, la poca ambición en lo que se refiere a la transformación estructural de nuestro procedimiento administrativo es bien patente si analizamos la

<sup>38</sup> *Vid.* supra nota 3.

<sup>39</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J.A., "Los proyectos de ley del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas y de régimen jurídico del sector público: una primera evaluación", *Documentación Administrativa*, n. 2, Nueva época, 2015, pp. 3-8, DOI: <https://doi.org/10.24965/da.v0i2.10258> (10 de enero de 2020).

estructura de la LPAC y la LRJSP: título por título y en ocasiones artículo por artículo, se replica el orden y la estructura, así como la mayor parte de las veces el contenido –con leves adaptaciones, modificaciones o adiciones, según los casos– de la ley de procedimiento y régimen jurídico de 1992 –cuya estructura, a su vez, era claramente deudora de la de 1958–, con la única salvedad de que la ley es dividida en dos, LPAC y LRJSP, volviendo al diseño de las normas de 1958 –procedimiento– y 1957 –régimen jurídico–. Si tomamos la LPAC y la comparamos con la ley de procedimiento de 1992, estructura y artículos replican exactamente la norma anterior, con la excepción de la traslación de la primera parte de la ley –principios, normas de competencia y de actuación de los órganos colegiados– a la LRJSP y la desaparición de la regulación sustantiva de los títulos sobre responsabilidad patrimonial o sanciones –que también van a la LRJSP, aunque dejando su regulación procedimental específica intercalada en las normas sobre las fases del procedimiento administrativo– que aparecía al final de la norma de 1992 y que es sustituida en la LPAC por un nuevo título VI sobre la regulación de la elaboración de normas y los principios de calidad normativa que supone la única novedad material en términos de contenido que va más allá de la mera adición de pequeñas mejoras técnicas concretas.

En segundo lugar, es bastante evidente que la reforma, más allá de la novedad introducida en el título VI en relación con la calidad normativa, tiene como objetivo principal la incorporación al modelo de procedimiento administrativo común básico de las previsiones necesarias para que este, por defecto, pase a ser siempre electrónico. Para ello, el legislador cuenta con la experiencia previa derivada de la aplicación y desarrollo desde 2007 de la LAE y, de hecho, incorpora indisimuladamente al modelo procedimental que acaba adoptando no tanto las previsiones de esta norma como una evolución depurada de ella –esencialmente, a partir de la experiencia y de las soluciones que dentro del marco legal vigente en materia de Administración electrónica había ido desarrollando en la década precedente la Administración del Estado–. Se trata, como es evidente, de una novedad importante, que además conlleva una cierta depuración no solo normativa, sino tecnológica, y que implica muchos retos aplicativos para llevar a la práctica las pretensiones legales –sobre todo, por la pretensión de que se produzca al fin esa definitiva conversión de todos los procedimientos a electrónicos–. Sin embargo, no es un desafío que suponga jurídicamente nada particularmente diferente para los entes locales, que en este punto se encuentran jurídicamente en la misma situación que el resto de administraciones públicas. Cuestión distinta, como es evidente, es la capacidad de hacer acopio de los necesarios medios técnicos, materiales y personales; y respecto de esta la diversidad de situaciones es considerable –precisamente para combatirla es por lo que se entienden las modificaciones introducidas por la LRSAL en los artículos 36.1 g y 36.2 LRBR–.

Junto a esta novedad jurídica estructural esencial, el legislador ha aprovechado también la reforma de 2015 para introducir diversas novedades técnicas concretas, con la pretensión de operar una depuración técnica de esta, eliminar errores o normas que se habían manifestado poco prácticas, mejorar reglas necesitadas de mayor claridad o introducir o ampliar algunas posibilidades de actuación administrativa. En general,

y a pesar de que el juicio técnico respecto de estas novedades no es negativo –la LPAC está en general técnicamente bien resuelta y no se suelen señalar deficiencias en ella más allá del aparente error en que incurre el artículo 37.2<sup>40</sup>–, ello no es incompatible con señalar que la mayor parte de las veces estas microactuaciones han ido en el sentido de mejorar la posición relativa de los poderes públicos frente al ciudadano, dando a las administraciones públicas en el seno del procedimiento administrativo una posición jurídicamente más privilegiada frente al ciudadano que respecto del marco jurídico anterior, como tendremos ocasión de comprobar. El listado de novedades de la LPAC se cierra con el ya referido título VI en materia de elaboración de normas y calidad normativa, que ha sido muy comentado y del que tendremos ocasión de hablar en relación con su incardinación y coordinación con las normas en materia de elaboración de normas municipales contenidas en la LRBRL.

Por último, si nos referimos a cuestiones técnicas de la reforma, hay dos elementos significativos que merecen ser resaltados y que, si bien reflejan cierta continuidad en la consideración respecto del papel que el legislador estatal y la propia Administración del Estado confieren a la norma básica estatal en materia de procedimiento administrativo, también presentan alguna novedad.

El primero de ellos, que encontramos en la disposición adicional 1.<sup>a</sup>, es el abierto reconocimiento de que la norma es “básica, pero no tanto”. Es decir, que la norma aspira a fijar el procedimiento administrativo común –y obligar con ello a todas las administraciones públicas, tanto autonómicas como locales, pero también estatales–, aunque solo mientras a la Administración del Estado le parezca que el procedimiento regulado en la LPAC es adecuado y apto para que la actuación administrativa en aquellas materias que son de su competencia se desarrolle adecuadamente. En el momento en que no sea así, como ya venía ocurriendo, pero ahora se reconoce en la DA 1.<sup>a</sup> LPAC con una apabullante sinceridad, se podrá establecer por medio de una ley estatal una legislación procedimental específica para la materia en cuestión, sea esta la que sea. Significativamente, la propia DA 1.<sup>a</sup> LPAC lista a continuación las diferentes materias donde, como es sabido, es ya tradicional y se ha consolidado esta excepción a lo que en principio es una norma básica, y que van desde las cuestiones tributarias o de seguridad social a los procedimientos de tráfico o extranjería. La conclusión frente a esta consolidación de este régimen dual y la explícita puerta abierta a que el legislador estatal siga ampliándola no puede ser más deprimente, sin embargo. Porque si analizamos mínimamente las materias cuyos procedimientos quedan excluidos del ámbito de aplicación de la LPAC, que pasa en estas materias a ser mera norma supletoria, no es difícil identificar que ese listado incluye prácticamente todos aquellos procedimientos donde la Administración del Estado se relaciona de forma frecuente con los ciudadanos: es decir, que al legislador del Estado le parece que las normas y soluciones que componen nuestro procedimiento administrativo común, de aplicación obligatoria a todas las administraciones públicas por ser la LPAC norma básica *ex* artículo 14.9.1.18 CE, suponen un equilibrio adecuado ..., excepto para todas aquellas

<sup>40</sup> HUERGO LORA, A., “Las leyes 39 y 40/2015. Su ámbito de aplicación y la regulación de los actos administrativos”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 63, 2016, pp. 10-11.

materias donde es el Estado quien tiene el protagonismo como interlocutor de los ciudadanos, para cuyos casos se prevé sistemáticamente la posibilidad de establecer derogaciones, modificaciones o especialidades procedimentales (procedimientos en materia tributaria y aduanera, seguridad social y desempleo, tráfico, seguridad vial y extranjería y asilo). Muy probablemente, tenemos en la DA 1.<sup>a</sup> LPAC el más claro reconocimiento de que la extensión y las reglas procedimentales básicas no están particularmente bien dimensionadas –la norma básica debería ser menos ambiciosa, contener menos preceptos y limitarse a regular solo aquello verdaderamente básico respecto de lo que es esencial, una importante uniformidad normativa en todo el Estado y respecto de todas las administraciones públicas<sup>41</sup>–. La mejor prueba de ello es que es el propio Estado, vía legislador estatal, quien a la postre tiende a garantizarse, para aquellos casos en que es la Administración del Estado la que quedaría obligada a emplearla en los procedimientos que efectivamente lo relacionan con los ciudadanos de forma ordinaria, que en tal caso no sea necesario seguir la norma en todos sus puntos. Cuando la norma básica constriñe y obliga a la Administración del Estado, entonces esta tiende a considerar siempre que aquella no es del todo eficiente como regulación del procedimiento y a lograr que el legislador excepcione para esas materias su carácter básico. No así, en cambio, el resto de administraciones públicas, entre ellas las locales, que solo pueden acudir a las excepciones previstas por el Estado cuando también ejercen competencias en alguna de las materias excepcionadas, pero no pueden desligarse de la regulación prevista en la LPAC, por ineficiente que les parezca, respecto del resto de ámbitos de su competencia. Este tratamiento en el fondo disímil, aunque se pretenda articular técnicamente por una supuesta especialización por razón de materias, es muy probablemente contrario a la misma idea constitucional de lo que ha de ser una norma básica<sup>42</sup>.

La segunda norma relevante y con gran importancia técnica que supone cierta continuidad respecto de dinámicas tradicionales, aunque en este caso menos explícitas, la encontramos en la DA 2.<sup>a</sup> LPAC. Como ya hemos resaltado, las reformas de 2015 se inscriben en un contexto de transformaciones jurídicas que, al menos desde la reforma constitucional de 2011, ha entendido que las consideraciones de eficacia y ahorro económico que han pasado a ser un importante paradigma en nuestro derecho –con rango constitucional en algunas de sus manifestaciones– pueden justificar operaciones de centralización o recentralización en muy variados ámbitos. La DA 2.<sup>a</sup> LPAC es el primer intento explícito de llevar esta idea a un ámbito determinado –la aplicación de soluciones tecnológicas a los procedimientos administrativos– y de hacerlo, además, como regla jurídica de obligado cumplimiento, que afortunadamente ha

<sup>41</sup> En un sentido similar, aunque asumiendo también otras consideraciones que vienen de algunas de las críticas hechas por el informe del Consejo de Estado al anteproyecto de ley, se coincide también en considerar como hipertrofiada la regulación de nuestro procedimiento común en MENÉNDEZ REXACH, A., "La Ley de Procedimiento Administrativo Común: significado general y ámbito de aplicación", Velasco Caballero, F. (coord.), *Régimen Jurídico y procedimiento administrativo de los gobiernos locales*, Instituto de Derecho Local UAM, 2016, pp. 40-42.

<sup>42</sup> Se muestran también muy críticos con esta deriva BAÑO LEÓN, J.M., "La reforma del procedimiento. Viejos problemas no resueltos y nuevos problemas no tratados", cit., y HUERGO LORA, A., "Las leyes 39 y 40/2015. Su ámbito de aplicación y la regulación de los actos administrativos", cit., p. 7, que la considera una "tendencia disgregadora" que incumple el mandato constitucional del artículo 148.1.18 CE.



acabado siendo matizada por el Tribunal Constitucional, pues en su formulación inicial suponía un intento de recentralización aprovechando la implantación de estándares tecnológicos radicalmente contraria al principio de autonomía constitucionalmente garantizado<sup>43</sup>. Así, y consciente de la cada vez creciente importancia de las plataformas y soluciones informáticas, los instrumentos y programas o algoritmos que puedan ser empleados en cada caso como elemento de control efectivo del ejercicio de las competencias administrativas y para la determinación de la concreta manera en que estas se van a ejercer<sup>44</sup>, la LPAC establece que, respecto de ciertos elementos clave de todo sistema de Administración electrónica (registro electrónico de apoderamientos, registro electrónico, archivo electrónico único, plataforma de intermediación de datos y punto de acceso general electrónico de cada Administración pública), los entes locales y las comunidades autónomas podrán emplear “voluntariamente” los medios electrónicos, plataformas y registros establecidos por la Administración general del Estado. Una aparente posibilidad de optar desmentida, no obstante e inmediatamente, por el tenor literal de la DA 2.<sup>a</sup> párrafo primero *in fine*, que aclara que, en caso de no adherirse a ellas “voluntariamente”, habrán de justificar esta no adhesión en los términos de eficiencia previstos, de nuevo –véase la conexión constante de muchas de las novedades con las normas que hemos venido refiriendo– en la LOEPSF (en concreto, en su artículo 7). Adicionalmente, e incluso en el supuesto de que esta mayor eficiencia pueda justificarse debidamente, los entes locales o comunidades autónomas que desarrollen sus propios sistemas deberán en todo caso cumplir con los esquemas nacionales de seguridad e interoperabilidad (DA 2.<sup>a</sup> párrafo 2 LPAC).

Como es natural, de la misma manera que la importancia creciente de las concretas herramientas informáticas que se emplean para el desarrollo e implantación de los procedimientos electrónicos y de su capacidad como instrumento efectivo de recentralización es evidente para el Estado, también las comunidades autónomas son conscientes de este hecho. No es, pues, extraño que esta disposición haya sido objeto de diversos recursos de inconstitucionalidad que han llevado a que, en Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 55/2018 (por medio de la interpretación conforme contenida en el fundamento jurídico 11 f), se haya considerado que las comunidades autónomas y los entes locales no pueden ser sometidos a este tipo de controles por parte del Estado, pues ello supondría en la práctica desposeerlos de parte de la autonomía que les es constitucionalmente reconocida. Así pues, los entes locales no están obligados a ser sometidos a este control por parte del Estado de manera que hayan de interpretar la eficiencia como considere el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas –por ejemplo, en caso de que se discuta si solo el precio unitario o las economías de escala han de ser considerados a la hora de analizar la mayor o menor eficiencia de una solución informática alternativa o si consideraciones cualitativas

<sup>43</sup> Sobre esta importante cuestión, respecto de la que será necesario una mayor atención doctrinal, sin duda, en el futuro, véase FONDEVILA ANTOLÍN, J., “Reflexiones a propósito de la STC 55/2018. Un limitado respiro ante el acoso recentralizador en la implementación de la e-administración”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, n. 49, 2019.

<sup>44</sup> LESSIG, L., *Code version 2.0*, Basic books, 2006, pp. 6-7 y 81-82.

pueden integrar también este análisis— sino que, en caso de existir divergencias, el Estado habrá de llevar a la jurisdicción administrativa la cuestión.

Resulta interesante que esta discusión jurídica, más allá de la solución jurídica dada por la STC 55/2018, ilustra hasta qué punto las pretensiones recentralizadoras y de disminuir el ámbito efectivo de acción de la autonomía local son una constante en las reformas administrativas de la última década y cómo son introducidas por la legislación estatal incluso respecto de los instrumentos tecnológicos. Por otro lado, se ha de señalar también que esta recentralización tecnológica, incluso tras haber quedado desprovista la DA 2.<sup>a</sup> LPAC de la imperatividad jurídica de la que el legislador estatal pretendía aparentemente dotarla, está teniendo ya mucho recorrido y, previsiblemente, lo tendrá en el futuro como resultado de los importantes costes y la complejidad tecnológica de desarrollar aplicaciones y soluciones informáticas en solitario. En la práctica, la DA 2.<sup>a</sup> es innecesaria si el Estado desarrolla y ofrece gratuitamente —o a un precio asequible— aplicaciones creadas por la Administración del Estado competitivas y de la suficiente calidad, pues las economías de escala y la facilidad inherente a poder emplear aplicaciones ya testadas y desarrolladas por otros hacen que sea una solución habitualmente escogida libremente, si se tiene la opción de hacerlo, sin necesidad de presión jurídica alguna. Si sumamos a ello que las diputaciones provinciales, máxime tras la ampliación de competencias en esta materia que ya hemos referido (*ex arts. 36.1 g*) y, sobre todo, porque afecta potencialmente a su acción respecto de todos los municipios, *ex 36.2 LRRL*), son agentes activos adicionales de este proceso de apoyo pero también de homogenización, una de las consecuencias más relevantes derivadas de la aplicación de la nueva LPAC está siendo sin duda la normalización de las soluciones informáticas básicas que emplean la mayor parte de nuestros entes locales como base de la mayoría de sus procedimientos administrativos electrónicos en aplicación del nuevo régimen jurídico del procedimiento administrativo básico español, casi todas ellas basadas directa o indirectamente en herramientas y estándares desarrollados por la Administración del Estado.

## **2.2 Principales afecciones a la actividad administrativa de los entes locales del nuevo procedimiento administrativo relacionadas con el equilibrio entre potestades públicas y situación jurídica de los ciudadanos**

Más allá de estas consideraciones de tipo más estructural y sistémico sobre las novedades derivadas de las reformas administrativas de la última década y de cómo se inserta en esas tendencias la nueva LPAC, resulta interesante analizar aquellos ámbitos donde los cambios introducidos en el procedimiento administrativo por la reforma de 2015 pueden tener una mayor incidencia en el quehacer cotidiano de las administraciones locales. La mayor parte de ellas son novedades que han sido ya resaltadas y comentadas por la mayoría de los autores que han estudiado la reforma administrativa, y aquí no se pretende sino reseñarlos poniendo de manifiesto la particular incidencia que la nueva regulación tendrá para la actividad local. Adicionalmente, se ha de señalar que

se puede aislar un primer grupo de novedades, que no tienen relación directa con la transformación electrónica del procedimiento administrativo y que son el resultado de que se haya aprovechado la reforma de 2015 para introducir “mejoras técnicas” en la regulación del procedimiento administrativo. Con carácter general, parece bastante obvio que la mayor parte de estas novedades y mejoras aparentemente técnicas y neutras han acabado significando un notable incremento de las potestades y capacidades de actuación jurídica de la Administración frente a los ciudadanos.

a) *Potestades de inspección y expansión de la “colaboración” de las personas con las administraciones locales (art. 18 LPAC)*. Un primer ejemplo, muy señalado, tiene que ver con la regulación de la “colaboración de las personas” con la Administración, expresión que en realidad se refiere no tanto a una verdadera colaboración como, sencillamente, a los supuestos en que el poder público puede exigir esta colaboración a los ciudadanos, que estarán obligados a prestarla. Esta peculiar manera de denominar a la figura ya estaba consolidada en nuestro ordenamiento jurídico antes de la aprobación de la reforma, pero con un contenido mucho más humilde. Así, el artículo 39 de la Ley de procedimiento administrativo de 1992 simplemente preveía que los ciudadanos estaban obligados a colaborar en los casos y términos previstos en la ley. Con respecto a esta modesta previsión, que remitía a la ley especial, en su caso, en materia de inspección, por ejemplo, y que obligaba a una regulación caso por caso, y por ello tendencialmente más proporcional y garantista, el legislador ha ampliado notablemente en la LPAC las posibilidades de “colaboración”. Así, el artículo 18.1 LPAC, junto a la tradicional regla que remite a la ley especial, en su caso, establece a continuación una regla por defecto en ausencia de reglas específicas al señalar que sin necesidad de previsión expresa cualquier Administración pública podrá recabar los informes, inspecciones y cualesquiera otros actos de investigación requeridos para el ejercicio de sus competencias, con las únicas excepciones del secreto profesional, por un lado, o que, por otro, la información solicitada por la Administración pueda afectar al honor o a la intimidad personal o familiar. Se trata de una evidente ampliación que, si bien es cierto que se inscribe en una tendencia más global hacia el incremento de las potestades administrativas de inspección<sup>45</sup>, no deja por ello de ser relevante. Además, está llamada a tener una gran incidencia en la acción administrativa local, debido tanto a la importancia de sus competencias en materia de actividades o consumo, que conllevan una muy relevante actividad de inspección, como a la creciente ampliación de lo que algunos autores han llamado “regulaciones por silencio”<sup>46</sup> o, más en general, la sustitución de controles *ex ante* por controles *ex post*<sup>47</sup>, como consecuencia de la transposición de la Directiva de servicios<sup>48</sup>. Como puede constatarse, por último,

<sup>45</sup> BOIX PALOP, A., *Las potestades administrativas de inspección y su expansión al amparo de razones de seguridad frente a los derechos fundamentales*, 2016, pp. 57-70.

<sup>46</sup> MUÑOZ MACHADO, S., “Las regulaciones por silencio. Cambio de paradigma en la intervención administrativa en los mercados”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 9, 2010, pp. 70-79.

<sup>47</sup> DOMÉNECH PASCUAL, G., “¿Mejor antes o después? Controles públicos previos “versus” controles públicos posteriores”, *Papeles de Economía Española*, n. 151, 2017, pp. 47-62.

<sup>48</sup> NOGUEIRA LÓPEZ, A., “La administración comprobadora. Defensa de los intereses generales y desarrollo de las garantías de los ciudadanos”, Arias Martínez, M.A., Almeida Cerredá, M., y Nogueira López, A. (dirs.), *La termita Bolkenstein: mercado único vs. Derechos ciudadanos*, Thomson-Reuters Civitas, Madrid, 2012, pp. 99-128.

esta nueva regulación da mucha más capacidad de actuar a las administraciones públicas y supone un nuevo equilibrio –o desequilibrio– entre potestades públicas y garantías de los ciudadanos claramente en favor de las primeras<sup>49</sup>. Los entes locales, y muy particularmente los municipios, tienen a partir de estos momentos mucha más capacidad inspectora, pues en ausencia de regulación sectorial en una materia podrán proceder a requerir la colaboración, lo que puede ser necesario dada la generalizada desregulación *ex ante* que se ha producido estos años, aunque conlleva riesgos evidentes que en general se consideran preferibles al modelo tradicional<sup>50</sup>.

b) *Medidas provisionales y provisionalísimas en procedimientos iniciados por las administraciones locales (art. 56 LPAC)*. Una segunda medida que ha sido muy comentada que supone también una ampliación expresa de las potestades administrativas es la regulación que, por primera vez, el artículo 56 LPAC hace de las medidas provisionales y provisionalísimas, unas medidas que, si bien tradicionalmente admitidas sin problemas por la jurisdicción contencioso-administrativa, ahora pasan a tener un amplio respaldo legal expreso que, de nuevo, es muy generoso con la Administración pública, como ha sido señalado por casi todos los comentaristas. Téngase en cuenta que, más allá de que la única limitación intrínseca a la adopción de las mismas y respecto de la delimitación de su concreto alcance tanto en un caso como en otro es la aplicación del principio de proporcionalidad por parte de la propia Administración: así pues, respecto de las medidas provisionales se pueden adoptar todas aquellas que se estimen oportunas para asegurar la eficacia del procedimiento a partir de los elementos de juicio que la propia Administración estime pertinentes, todo ello “de acuerdo con los principios de proporcionalidad, efectividad y menor onerosidad” (art. 56.1 LPAC), mientras que respecto de las medidas provisionalísimas, estas se podrán adoptar siempre que “resulten necesarias y proporcionadas” (art. 56.2 LPAC). Por lo demás, y para que quede claro hasta qué punto son amplias las facultades explícitamente reconocidas en esta materia a las administraciones públicas, el artículo 56.3 LPAC establece expresamente que se pueden adoptar todas las medidas que un juez puede establecer en aplicación de la Ley de enjuiciamiento civil en situaciones equivalentes. A efectos de entender hasta qué punto ello supone un notable empoderamiento de la Administración, basta recordar que, a diferencia de la función jurisdiccional, que por definición constituye una heterocomposición de voluntades en conflicto, los poderes públicos dirimen en no pocos procedimientos conflictos en los que pueden ser parte implicada, a pesar de lo cual la reforma administrativa de 2015 les confiere explícitamente unas potestades equivalentes a la hora de establecer medidas provisionales. Para acabar de comprender el impacto que estas medidas pueden tener sobre la Administración local, basta pensar la cantidad de supuestos en que, como garantes del orden público o de la convivencia en el ámbito local y en aplicación de todas las normas referidas a actividades económicas y de ordenación, o de oferta de servicios públicos, respecto de los cuales, en

<sup>49</sup> MARTÍN DELGADO, I., “La reforma de la Administración electrónica”, Velasco Caballero, F. (coord.), *Régimen Jurídico y procedimiento administrativo de los gobiernos locales*, Instituto de Derecho Local UAM, 2016, pp. 2248-255.

<sup>50</sup> BAÑO LEÓN, J. M., “Los excesos de la llamada autotutela administrativa”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 181, 2016, pp. 69-86.

caso de conflicto de cualquier tipo, la Administración local va a pasar a tener a partir de ahora una importante capacidad de predeterminación de la solución, o al menos de imposición provisional de una determinada situación jurídica, válida y eficaz hasta que haya una resolución definitiva en vía administrativa.

*c) La consolidación y extensión de novedades previas a la reforma y el fortalecimiento de la posición de la Administración.* Otro grupo de novedades que aparecen en la LPAC en materia procedimental tiene que ver con la consolidación y extensión de algunas reformas previas, profundizando la lógica de estas, reformas que en algunos casos ya habían llegado a la propia ley de procedimiento administrativo, como fue el caso de la transposición de la Directiva de servicios y, por medio de la Ley 25/2009, la inclusión en nuestra norma de procedimiento común del régimen de la declaración responsable y la comunicación previa. El artículo 69 LPAC, recogiendo este precedente, amplía y mejora la regulación de ambas instituciones, declaración responsable y comunicación –que, interesantemente, deja de ser denominada como “previa” y por ello pasa a poder ser presentada también posteriormente al inicio de la actividad cuando la legislación sectorial lo prevea o permita–, en línea con su cada vez más creciente y generalizado uso, a medida que las leyes sectoriales estatales y autonómicas han ido asumiendo la lógica de la directiva. El precepto actualiza y amplía las posibilidades de inspección administrativas asociadas a este modelo, que confiere a los entes locales, en combinación con el ya comentado artículo 18 LPAC, un importante margen de maniobra, en el que además entran en juego no pocas facultades discrecionales sobre la organización y prioridades de inspección.

Un segundo grupo de normas cuyo ámbito se amplía y consolida tiene que ver con la extensión de instituciones que hasta ese momento eran propias exclusivamente de ámbitos sectoriales –como las normas en materia de defensa de la competencia– y que, de nuevo por influencia europea, suponen la importación a nuestro derecho administrativo de figuras como la “clemencia” con aquellos infractores que, a su vez, actúan como denunciantes de la infracción en la que han participado aportando pruebas sobre la misma y contra otros infractores (art. 62.4 LPAC). Esta inclusión, ya con carácter general para todos aquellos supuestos en que se haya producido como consecuencia de la infracción una merma económica para la Administración, va pues más allá de los supuestos de defensa de la competencia y supone dar carta de naturaleza en nuestro derecho a una técnica que cambia la tradicional posición de los entes locales respecto de la persecución y castigo de infracciones, por cuanto la apreciación o no de la clemencia conlleva cierta discreción a la hora de decidir si aplicarla o a partir de consideraciones de “política de control y persecución de las infracciones” a escala local. A partir de la inclusión de posibilidades como las del artículo 62.4 LPAC, nuestros gobiernos municipales deberán asumir para ciertos ámbitos e infracciones –por ejemplo, las que afectan a las haciendas locales o las relacionadas con el urbanismo– una función más proactiva alejada de la aplicación automática de los tipos y que integrará valoraciones discrecionales y estratégicas. Además, y vinculada a esta preocupación de la ley por los ingresos públicos, la reforma supone la derogación de las reglas referidas al estatuto jurídico del denunciante

Regap



ESTUDIOS

contenidas en el antiguo Reglamento de ejercicio de la potestad sancionadora, que a partir de ahora, por ejemplo, pasan a ser notificados de las consecuencias de su denuncia solo en caso de que no se inicie el procedimiento, pero únicamente respecto, de nuevo, de los procedimientos donde del contenido de la infracción denunciada se pudiera deducir una merma para la hacienda pública. Una vez más, pueden verse en estas novedades, junto a la tendencia de la LPAC a dar más posibilidades de acción a los poderes públicos, y también a los gobiernos locales, el reflejo de la preocupación del legislador por los ingresos y la estabilidad financiera –solo cuando hay una posible afección patrimonial se prevé el instrumento de la clemencia a disposición de los poderes públicos y, además, solo en esos casos los denunciados son informados de una posible no toma en consideración de su denuncia para que puedan actuar por otras vías e, indirectamente, garantizar cierta presión sobre los responsables para que persigan estas conductas de forma efectiva–.

d) *El nuevo régimen jurídico de la elaboración de normas contenido en el título VI de la LPAC y su impacto sobre la elaboración de normas de ámbito local, en conjunción con la LRBRL.* Una última novedad de tipo procedimental, esta de indudable significación, a la que ya nos hemos referido, es la contenida en el título VI (arts. 127 a 133 LPAC), referido a la elaboración de normas por parte de las administraciones públicas –esto es, normas reglamentarias y también, en el caso de los entes locales, las ordenanzas municipales– y de proyectos normativos por parte de administraciones públicas destinados a su posterior tramitación y debate en asambleas legislativas –aspecto este que no afecta, como es evidente, a los entes locales–. Se trata de una de las más significativas novedades de la norma, por cuanto los precedentes de regulación en esta materia eran más bien escasos, aunque en los últimos años ya se habían sucedido algunas iniciativas en este sentido<sup>51</sup>. Además, es uno más de los ejemplos, numerosos como estamos viendo, donde la influencia europea –en este caso, además, no solo de la propia UE, sino también de la OCDE, que ha emitido en los últimos años numerosas recomendaciones en esta materia<sup>52</sup>–, ha sido notable a la hora de determinar tanto la inclusión de estos preceptos en la norma básica como el concreto modelo de regulación aprobado.

Como viene siendo habitual, el legislador de 2015 no se ha preocupado especialmente, tampoco en este punto, por conciliar en exceso la norma básica con los intereses de otras administraciones públicas más allá de la estatal, ni siquiera respecto de los entes locales cuya reforma había aprobado tan poco tiempo atrás como en 2013 –de hecho, en el artículo 128.2 LPAC parece incluso olvidar que los entes locales también tienen atribuida potestad reglamentaria–. Como consecuencia de ello, hay algunas previsiones que según como se interpreten pueden conducir a cierta colisión, o al menos dudas sobre cómo conciliarlas, respecto de cómo acomodar estas nuevas

<sup>51</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J.A., "Un nuevo modelo de ejercicio de las potestades normativas", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 175, 2016, pp. 31-55; CANALS I AMETLLER, D., "L'avaluació de la qualitat normativa: primers passos, primers instruments", *Col·lecció Papers de relacions Govern-Parlament*, 2008, pp. 126-147.

<sup>52</sup> Véase sobre esta cuestión, así como sobre los diversos modelos comparados, el extenso trabajo BOIX PALOP, A., y GIMENO FERNÁNDEZ, G., *La mejora de la calidad normativa*, PUV, Valencia, 2019. Respecto del caso español, las recomendaciones de la OCDE se pueden encontrar en *Better Regulation in Europe: Spain 2010*, OECD Publishing.



exigencias procedimentales con las normas previamente existentes en la LRBRL en materia de aprobación de ordenanzas municipales –en concreto, si la información pública y audiencia de los interesados prevista necesariamente para todas ellas *ex artículo 49 b)* LRBRL ha de entenderse como equivalente al procedimiento de información pública previsto por el artículo 133.2 LPAC, como parece razonable y se ha acabado consolidando dada la firme existencia en el mundo local de un proceso de información pública entre la aprobación inicial y definitiva<sup>53</sup>, por mucho que los perfiles de ambos procedimientos no sean estrictamente idénticos–. Abundando en la necesidad de realizar una interpretación que concilie la regulación propia de otras administraciones públicas en esta materia –que, respecto del caso de los entes locales, hemos de entender que es el referido artículo 49 LRBRL–, ha de recordarse que la STC 55/2018 ya mencionada sí ha llegado incluso a anular la consideración de básica respecto de todos aquellos preceptos del título VI que imponen a otras administraciones públicas un determinado modo de cumplir con las exigencias de planificación normativa de la LPAC. Así, y por ejemplo, se declara contrario al orden competencial el citado artículo 133.2 PAC salvo la previsión que señala que, “con carácter previo a la elaboración del proyecto, anteproyecto de ley o de reglamento, se sustanciará una consulta pública” (STC 55/2018, fundamento jurídico 7). Parece claro que el Tribunal Constitucional acepta que la norma básica estatal imponga, pues, a otras administraciones públicas ciertos principios de calidad normativa, pero no así la forma concreta en que estos procedimientos y estos principios han de concretarse, que deberá depender de cada una de ellas<sup>54</sup> y, en el caso de los municipios, habrá que considerar que prima el procedimiento del artículo 49 LRBRL y que, como es evidente, este es sustancialmente coherente con las previsiones dejadas en vigor con carácter básico en la LPAC.

También quedan en vigor aquellos principios de buena regulación (art. 129 LPAC, en los términos declarados constitucionales por la STC 55/2018) que hacen hincapié en la necesidad de disponer de procedimientos de mejora de la calidad normativa, incluyendo cierta planificación normativa y una mayor atención a los procedimientos de evaluación, tanto *ex ante* como *ex post* (por mucho que la forma concreta de realizar esta evaluación prevista en el artículo 130 LPAC o la planificación normativa tal y como es regulada por el artículo 132 LPAC sea declarada una invasión de competencias y por ello no aplicables respecto de otras administraciones a la del Estado, *ex* STC 55/2018), en la línea con los que la literatura especializada y los referidos informes de la OCDE han tendido a considerar esencial de manera unánime<sup>55</sup>. Y, aunque de nuevo

<sup>53</sup> MENÉNDEZ ALONSO, J. M., “La elaboración de ordenanzas y reglamentos con la Ley 39/2015 del procedimiento administrativo común: problemática local”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, n. 22, 2016, pp. 2506 y ss., <https://elconsultor.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4slIAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAiNjSwNTU7WY1KLizPw8WYMDQzNDQ0MDkE BmWqVlfNjZUGqbVpiTnEqAMaimRo1AAAAWKE> (12 de enero de 2020).

<sup>54</sup> Sobre esta cuestión, véase el análisis de la STC 55/2018 en esta materia y sus implicaciones, esencialmente respecto de la posición en que quedan las comunidades autónomas, sustancialmente trasladable a lo que a nosotros interesa, de DÍAZ GONZÁLEZ, G. M., “Las competencias exclusivas del Estado *ex* art. 149.1.18.ª de la Constitución y la disciplina de la producción normativa. Sobre la inconstitucionalidad parcial de la Ley 39/2015, de 1 de octubre del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas (STC 55/2018, de 24 de mayo)”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n. 10 Nueva época, 2018, pp. 80-95, DOI 10.24965/real.v0i10.10562 (8 de enero de 2020).

<sup>55</sup> PONCE SOLÉ, J., “La calidad en el desarrollo de la discrecionalidad reglamentaria: teorías sobre la regulación y adopción de buenas decisiones normativas por los Gobiernos y Administraciones”, *Revista de Administración Pública*, n. 163, 2003,



haya que retener de la LPAC en este punto en lo que se refiere a su aplicación a entes locales solo los principios en la norma establecidos antes que la regulación concreta, también hay que notar la necesidad de los procedimientos de participación ciudadana a los que el artículo 133 LPAC da una gran importancia. Así pues, y aunque queda claro que la forma de elaboración de ordenanzas y el período de información pública y trámite de audiencia a los interesados para las normas municipales deberán seguir rigiéndose por el artículo 49 LRBR, hay que incidir en la necesidad de integrar en estos procedimientos algunas de las exigencias del artículo 133 LPAC, en concreto y especialmente, por coherencia con toda la legislación en materia de procedimiento administrativo electrónico, la necesidad de que esta participación se pueda llevar a cabo por vía electrónica, tanto como sistema para facilitar e incentivar la participación como en tanto que mecanismo de mayor transparencia y control, tal y como por lo demás es habitual ya en nuestro entorno comparado<sup>56</sup>. La mayor parte de los ayuntamientos españoles medianos y grandes, de hecho, ya están introduciendo estos mecanismos en línea con la transformación digital de la Administración pública local. Es precisamente sobre esta cuestión, sobre la necesaria transformación electrónica de la Administración local, donde mayores novedades e incidencia en la actividad de nuestros entes locales aporta la LPAC.

### 2.3 Administración local y procedimiento administrativo electrónico tras la LPAC

Sin ánimo, de nuevo, de exhaustividad, resulta interesante analizar someramente los más relevantes efectos de la transformación de los procedimientos administrativos a su dimensión electrónica en el ámbito local; las principales dificultades de puesta en práctica a nivel local, así como referirnos a aquellos aspectos del procedimiento administrativo electrónico donde pueden aparecer más conflictos jurídicos en este proceso de hibridación de las normas tradicionales de procedimiento y las de acceso administrativo electrónico puesto en marcha por la LPAC. Aunque muchos de estos conflictos no son en sí mismos exclusivos de las administraciones locales, sino compartidos con cualquier otra Administración pública, el hecho de que los entes locales sean la mayor parte de las veces la Administración de proximidad y más cercana al ciudadano, convierten en particularmente relevantes algunas de las decisiones del legislador de 2015 a la hora de desequilibrar en beneficio de los poderes públicos el marco jurídico de la comunicación procedimental entre ciudadanos y administraciones públicas. Esencialmente, pues, vamos a tratar de describir estos problemas, siempre con el sobreentendido implícito de que, de la crítica que se va a realizar y la propuesta de posibles alternativas, se deduce también una posible pauta de actuación por parte

---

pp. 89-144; ARROYO JIMÉNEZ, L., "Participación electrónica y elaboración de normas administrativas en España y en los Estados Unidos de América", Martín Delgado, I. (dir.), *La reforma de la Administración electrónica. Una oportunidad para la renovación del Derecho*, INAP, Madrid, 2016, pp. 231-258.

<sup>56</sup> BOIX PALOP, A., "La participación electrónica como mecanismo para la mejora de la calidad normativa en la elaboración de reglamentos y otras disposiciones tras la reforma administrativa de 2015", Martín Delgado, I. (dir.), *La reforma de la Administración electrónica. Una oportunidad para la renovación del Derecho*, INAP, Madrid, 2016, pp. 259-282.

de las administraciones públicas –en este caso, de las administraciones locales– para minimizar algunos de estos problemas y orientar su acción del modo más beneficioso posible para los ciudadanos.

a) *La cuestionable regulación de la obligación de relacionarse electrónicamente con la Administración pública.* Retomando lo que era la regulación existente en la materia de la LAE de 2007, que ya permitía en determinadas circunstancias establecer reglamentariamente la obligación de que los ciudadanos se relacionaran obligatoriamente con la Administración cuando por su profesión, condición económica o personal fuera presumible de ciertos colectivos que el establecimiento de esta obligación no les suponía perjuicio alguno<sup>57</sup>, el artículo 14 LPAC reitera esta misma posibilidad (art. 14.3 LPAC) pero, además, en el artículo 14.2 LPAC establece directamente, por ministerio de la ley, que ciertos colectivos deberán en todo caso entenderse como obligados. Estos colectivos responden sustancialmente a los que la práctica previa de aplicación de la LAE había ido decantando como susceptibles de poder ser obligados, con el aval de la jurisprudencia respecto de los supuestos más conflictivos –por ejemplo, el de los pequeños empresarios que contratan con la Administración–, por lo que no es un listado en sí mismo demasiado conflictivo en sus aspectos más importantes<sup>58</sup>: es perfectamente razonable, por ejemplo, que empresas (art. 14.2 a) LPAC), funcionarios en relaciones con la Administración relacionadas con su actividad como tales (art. 14.2 e) LPAC) o quienes se dedican profesionalmente a actuar en nombre de los ciudadanos ante la Administración (art. 14.2 c) LPAC) puedan ser obligados a relacionarse siempre electrónicamente con los poderes públicos. También que quienes representan a cualquiera de estos ciudadanos, para evitar que la obligación sea en la práctica disponible, hayan de actuar también de este modo (art. 14.2 d) LPAC). Sin embargo, puede cuestionarse la amplitud con la que se establece la obligación del artículo 14.2 a) LPAC<sup>59</sup>, que no abarca solo a las empresas, sino a cualquier persona jurídica –esto es, también a cualquier asociación o fundación, por ejemplo– o la extensión del artículo 14.2 b) LPAC a toda entidad sin personalidad jurídica –lo que incluiría desde comunidades de bienes o comunidades de propietarios, por ejemplo, a, según ciertas interpretaciones, casi cualquier colectivo de distintas personas pero sin personalidad jurídica–.

Como puede constatar, el legislador ha optado por una interpretación extensiva y generosa de lo que pueden ser colectivos con capacidad educativa, tecnológica y económica suficiente para comunicarse sin problemas electrónicamente con la Administración, lo que en el caso de los entes locales es especialmente relevante

<sup>57</sup> REGO BLANCO, M.D., "Registros, comunicaciones y notificaciones electrónicas", Gamero Casado, E., y Valero Torrijos, J. (coords.), *La Ley de Administración Electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 391-394 y 397-398.

<sup>58</sup> MARTÍN DELGADO, I., "La reforma de la Administración electrónica", Velasco Caballero, F. (coord.), *Régimen Jurídico y procedimiento administrativo de los gobiernos locales*, Instituto de Derecho Local UAM, 2016, pp. 257-258.

<sup>59</sup> COTINO HUESO, L., "El derecho y deber de relacionarse por medios electrónicos (art. 114 LPAC): asistencia en el uso de medios electrónicos a los interesados (art. 12 LPAC)", Gamero Casado, E. (dir.), y Fernández Ramos, S., y Valero Torrijos, J. (coords.), *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 475-531; BUSTOS PRETEL, G., "Comentario al artículo 14", Acuña Campos, C. (dir.), *Comentarios a la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*, El Consultor de los Ayuntamientos-Wolters Kluwer, Madrid, 2017, pp. 142-146.

en la medida en que no pocos de los colectivos que pueden verse afectados por esta obligación son típicos sujetos de relaciones jurídicas o acción con la Administración local –asociaciones de colectivos vulnerables e incluso grupos informales suelen tener una interlocución habitual con los entes locales–. Por ello, es imprescindible una interpretación o una aplicación de estas normas que palíe algunos de los posibles problemas de esta previsión normativa, que, aun siendo muy confortable para las administraciones públicas, puede crear problemas a estos grupos. Una vía podría ser el reconocimiento en todo caso de un derecho a la asistencia técnica por parte de las administraciones públicas a todos los ciudadanos que estén obligados, pero sorprendentemente la LPAC solo obliga a las administraciones públicas a proporcionar esta asistencia ... a los ciudadanos no obligados por el artículo 14.2 LPAC o no obligados por una norma reglamentaria *ex* artículo 14.3 LPAC. Frente a este marco legal, hay que exigir a los ayuntamientos que se comprometan a ofrecer también asistencia y ayuda, más allá de lo que es su obligación estrictamente legal, a aquellos ciudadanos obligados siempre y cuando, como por otro lado será el supuesto más habitual, su petición de asistencia no sea abusiva. Incluso, en caso de saturación de peticiones de ayuda, se puede asumir que tengan prioridad, dado que el derecho en la ley solo les es reconocido a ellos, los no obligados a relacionarse por medios electrónicos. Pero como norma general hay que pedir a los entes locales que, frente a esta muy deficiente regulación derivada del marco legal vigente apliquen remedios bien a partir de su propia reglamentación interna en materia de Administración electrónica –lo que sería en todo caso preferible–, bien a partir de sus directrices informales de actuación a la hora de prestar esta asistencia.

*b) Afcción del Decreto-ley 2019 a las decisiones de los ayuntamientos sobre los medios de firma e identificación (arts. 9 y 10 LPAC) disponibles.* Los artículos 9 y 10 LPAC habían dejado a criterio de cualquier Administración pública la utilización de medios de identificación o firma electrónica alternativos al DNI digital, en lo que era una regulación más que sensata por flexible, y además perfectamente viable, como la experiencia aplicativa al amparo de la LAE había demostrado desde 2007<sup>60</sup>. Así, y por ejemplo, el artículo 9.2 c) LPAC permitía la identificación por medio de sistemas de clave concertada o cualquier otro sistema que las administraciones consideraran válido, mientras que el artículo 10.2 c) LPAC, de manera equivalente, consideraba válido cualquier otro sistema de firma establecido por una Administración en los términos y condiciones por ella establecidos.

Este régimen jurídico, resultado pacífico de una evolución de muchos años, permitía por ejemplo a los entes locales establecer sistemas sencillos tanto de identificación como de firma cuando así lo consideraran necesario o más conveniente. Sin embargo, se ha visto trastornado recientemente por el Decreto-ley 14/2019, que modifica la ley de seguridad ciudadana para dejar claro que solo el Documento Nacional de Identidad, con carácter exclusivo y excluyente, es un documento suficiente para acreditar a todos

<sup>60</sup> ALAMILLO DOMINGO, I., "Identidad y firma electrónica: nociones técnicas y marco jurídico general. Identificación y autenticación de los ciudadanos", Gamero Casado, E. (dir.), y Fernández Ramos, S., y Valero Torrijos, J. (coords.), *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 675-768.

los efectos la identidad y datos personales de su titular, y también modifica la Ley 59/2003, de firma electrónica, en este mismo sentido. Como este régimen es incoherente con la flexibilidad señalada que era la norma ya consolidada en los artículos 9 y 10 LPAC, que había abandonado la estrategia centrada en el DNI electrónico<sup>61</sup>, y, aunque acepta que las administraciones públicas puedan seguir determinando sus propios sistemas de identificación, esta posibilidad se somete a un nuevo régimen de autorización previa por parte de la Administración general del Estado para todos aquellos sistemas que sean diferentes del DNI o certificados electrónicos establecidos por la propia Administración general del Estado –estableciéndose además silencio negativo en caso de que no se responda a la solicitud de autorización–. A la luz de lo que ha sido la tradicional interpretación de la autonomía local, pero también de lo que dejó dicho la STC 55/2018, por ejemplo, respecto de la autorización prevista en la DA 2.<sup>a</sup> LPAC ya comentada, no parece constitucionalmente adecuado hacer depender de una decisión de la Administración del Estado que los entes locales o autonómicos puedan o no establecer medios de identificación o firma que, en cambio, el Estado puede emplear si así lo considera. Ambas medidas tienen el mismo esquema de funcionamiento y persiguen, en el fondo, una misma finalidad –que el Estado controle y determine qué tipo de aplicaciones o posibilidades tecnológicas puedan usar, en este caso, los entes locales–, por lo que la inconstitucionalidad debería ser también declarada en este caso, una vez que se vehiculen los recursos oportunos –ya anunciados tanto por el Defensor del Pueblo como por parte de diversas comunidades autónomas–. En el ínterin, las normas transitorias del Decreto-ley 14/2019, al menos, permiten que los procedimientos ya en marcha no hayan de solicitar esta autorización, pero mientras esta regla subsista los entes locales se van a ver muy limitados a la hora de establecer mecanismos de identificación o firma alternativos, añadiendo rigideces adicionales al despliegue de la Administración electrónica, así como privando de posibles opciones a sus ciudadanos.

(c) *La nueva regulación sobre la sede electrónica y las garantías de elección de medios y procedimiento art. 38 LRJSP) y sus limitaciones.* En esta misma línea de privar de posibles opciones a los ciudadanos, la nueva regulación en materia de sede electrónica –en este caso, contenida en la LRJSP– ha modificado algunas de las reglas que llevaban una década en vigor tras su aprobación por la LAE. Fue esta una norma generosa, incluso en opinión de algunos autores excesivamente generosa, a la hora de establecer derechos de los ciudadanos a la elección del canal o de los medios tecnológicos aptos para relacionarse electrónicamente con la Administración<sup>62</sup>. Probablemente como reacción frente a esta amplitud –y que es cierto que nunca se concretó con toda su amplitud por las dificultades derivadas de su exceso de ambición– la regulación actual

<sup>61</sup> MARTÍN DELGADO, I., "La reforma de la Administración electrónica", Velasco Caballero, F. (coord.), *Régimen Jurídico y procedimiento administrativo de los gobiernos locales*, Instituto de Derecho Local UAM, 2016, pp. 263-267. Este abandono, además, resultaba mucho más coherente con los parámetros europeos en materia de identificación por medios electrónicos, véase ALAMILLO DOMINGO, I., "La identificación y la autenticación por medios electrónicos", Almeida Cerredá, M., y Míguez Macho, L. (dirs.), *La actualización de la Administración electrónica*, Andavira, Santiago de Compostela, 2016, pp. 108-114.

<sup>62</sup> COTINO HUESO, L., "Derechos de los ciudadanos", Gamero Casado, E., y Valero Torrijos, J. (coords.), *La Ley de Administración Electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 215-218.

de las garantías es mucho más prudente. Se sustancia en un listado de garantías y principios de uso muy genéricos (art. 38 LRJSP) y que en el fondo cambia el criterio y pasa a permitir que sea la Administración la que determine las exigencias tecnológicas para la elección del canal o medio de comunicación. Por lo demás, también es muy parca la regulación sobre el portal de internet y las exigencias sobre el contenido mínimo de este (art. 39 LRJSP, que lo define como punto de acceso electrónico). En esta misma línea, se establecen garantías de interoperabilidad o de cumplimiento con los sistemas nacionales de interoperabilidad y seguridad (arts. 156 y 45 LRJSP), pero en todo caso desde una perspectiva técnica y pensando más en el establecimiento de estándares interadministrativos que en las garantías de los ciudadanos o su margen de maniobra. De hecho, la norma por defecto pasa a ser la utilización de los sistemas y aplicaciones determinados por parte de la Administración. Desde la perspectiva de la Administración local, y más allá de los posibles controles estatales que pueden derivarse de la intervención de la Administración del Estado a la hora de determinar o precisar sus concretas alternativas de despliegue de medios electrónicos *ex* artículos 9.2 y 10.2 LPAC o DA 2.ª LPAC, este régimen jurídico, en línea con muchas otras modificaciones de la reforma de 2015, otorga una posición de mayor confort jurídico a las administraciones locales frente a los ciudadanos, algo que, por ejemplo, y en el día a día de la relación con las administraciones locales, tiene una manifestación práctica muy concreta en la imposición, que quiebra el tradicional principio antiformalista del derecho administrativo español, de uso de los concretos formularios que ponga a disposición cada concreta Administración para cada específico procedimiento (art. 66.6 LPAC).

d) *Garantías jurídicas respecto de las actuaciones automatizadas (art. 41 LRJSP)*. Una reflexión adicional, que hasta el momento no ha merecido una gran atención ni dogmática ni legal –la regulación es ciertamente parca–, y tampoco ha sido objeto hasta la fecha en España de tratamiento jurisprudencial<sup>63</sup>, es la referida a las garantías jurídicas respecto de las decisiones automatizadas. El legislador, en el artículo 41.2 LRJSP, se limita a establecer la necesidad de identificar a un responsable y la exigencia de unas mínimas garantías de control y auditoría que hay que interpretar en relación a lo dispuesto en el Reglamento general de protección de datos (RGPD) aprobado en 2017 por la Unión Europea<sup>64</sup>. De la combinación de estas exigencias, se deduce un régimen jurídico para la utilización de algoritmos o programas para la adopción de decisiones automatizadas no excesivamente exigente –de hecho, lo es menos de lo que lo era la regulación contenida para supuestos equivalentes en la Ley de procedimiento administrativo común de 1992, que por ejemplo exigía una aprobación formal de la

<sup>63</sup> COTINO HUESO, L., "Riesgos e impactos del Big Data, la inteligencia artificial y la robótica: enfoques, modelos y principios de la respuesta del derecho", *Revista general de Derecho administrativo*, n. 50, 2019, p. 36; PONCE SOLÉ, J., "Inteligencia artificial, Derecho administrativo y reserva de humanidad: algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnológico", *Revista general de Derecho administrativo*, n. 50, 2019, p. 42.

<sup>64</sup> PONCE SOLÉ, J., "Inteligencia artificial, Derecho administrativo y reserva de humanidad: algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnológico", cit., pp. 13-15; PALMA ORTIGOSA, A., "Decisiones automatizadas en el RGPD. El uso de algoritmos en el contexto de la protección de datos", *Revista general de Derecho administrativo*, n. 50, 2019; BYGRAVE, L. A., "Minding the Machine v2.0. The EU General Protection Regulation and Automated Decision-Making"; Yeung, K. y Lodge, M. (dir.), *Algorithmic Regulation*, Oxford University Press, Oxford, 2019, pp. 243-262.

aplicación por parte del órgano administrativo responsable<sup>65</sup>– y que, por ello, tiene la ventaja de fomentar el empleo de estas soluciones tecnológicas. Por el contrario, es cuestionable hasta qué punto este incentivo se logra a costa de una rebaja excesiva en las garantías mínimas exigibles. La gran discusión jurídica en la doctrina, no solo española, sino también a nivel internacional y europeo –por ejemplo, ha sido muy debatido cómo aplicar rectamente el RGPD en relación con estos supuestos–, se ha centrado en si para lograr estas garantías de mínimos es imprescindible exigir o no una publicación completa del código fuente empleado, algo sobre lo que no hay consenso<sup>66</sup> y que, como hemos visto, en cualquier caso, no es de momento la solución ni del derecho europeo ni del español. Frente a estas tesis, recientemente he defendido que no solo habría que exigir la publicación del código que emplea el programa utilizado, sino que adicionalmente habrían de extenderse a estos programas las garantías jurídicas tradicionalmente exigibles respecto de la aprobación, utilización e impugnación de normas reglamentarias por cumplir una función jurídica materialmente equivalente<sup>67</sup>. En cualquier caso, y con independencia de que esta exigencia sea impuesta normativamente, parece aconsejable que los entes locales, a medida que comiencen a establecer procedimientos donde las decisiones estén automatizadas y las decisiones dependan por ello de programación informática, se ocupen de diseñar unos sistemas de garantía y control suficientes y que permitan una adecuada defensa y garantía jurídica de los intereses de los ciudadanos. Ha de tenerse en cuenta que el hecho de que la reforma de 2015 no imponga a los entes locales este nivel de garantías que aquí se considera adecuado no excluye que sean los propios municipios los que, en uso de su autonomía, puedan establecer una norma propia más exigente que les obligue, por ejemplo, a publicar siempre los códigos y algoritmos que emplean. De hecho, la relativa sencillez de la mayor parte de estos en el ámbito local –para asignar ayudas o fijar evaluaciones a partir de parámetros predeterminados, por ejemplo– es una razón adicional para plantear esta exigencia, que no supone en estos casos ninguno de los problemas que habitualmente se alegan para negar la conveniencia de la publicidad de los programas empleados –posibilidad de engañar al sistema, *game the system*; dificultades de comprensión del funcionamiento del mismo<sup>68</sup>–.

e) **Novedades en materia de registros y gestión documental.** La regulación básica en materia de registros en la LPAC no plantea novedades significativas, por mucho que sea necesaria la transformación de todos a registros electrónicos (art. 16 LPAC), algo que se hace siguiendo los pasos ya consolidados tras años de vigencia de la LAE.

<sup>65</sup> VALERO TORRIJOS, J., *Innovación tecnológica e innovación administrativa*, Ponencia Seminario de Teoría y Método del Derecho Público, 2016.

<sup>66</sup> COGLIANESE, C. y LEHR, D., "Regulating by Robot: Administrative Decision Making in the Machine Learning Era", *Penn Faculty Scholarship* 1734, 2017, pp. 1209-1213; DE LA CUEVA, J., "Código fuente, algoritmos y fuentes del Derecho", *El Notario del siglo XXI*, n. 77, 2018; NIEVA FENOLL, J., *Inteligencia artificial y proceso judicial*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 140-143; DALY, P., "Artificial Administration: Administrative Law in the Age of Machines", *SSRN Working Paper*, 2019, pp. 18-19.

<sup>67</sup> BOIX PALOP, A., "Los algoritmos son reglamentos: la necesidad de extender las garantías propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la Administración para la adopción de decisiones", *Teoría y método. Revista de Derecho Público*, n. 1, 2020.

<sup>68</sup> SCANTAMBURLO, T., CHARLESWORTH, A., y CRISTINIANI, N., "Machine Decisions and Human Consequences", Yeung, K., y Lodge, M. (dir.), *Algorithmic Regulation*, Oxford University Press, Oxford, 2019, p. 74.



Aunque no se planteen retos diferenciados para los ayuntamientos en esta materia, conviene dejar constancia de la relativa novedad que es la regulación de los registros de apoderamientos (art. 6 LPAC, levemente afectado por la STC 55/2018, que ha anulado un inciso referido a cómo debían inscribirlos las comunidades autónomas, por invasión de competencias). Por lo demás, la reforma de 2015 regula la gestión documental y de los archivos de manera coherente con la conversión en electrónicos de todos los procedimientos. Así, todos los documentos administrativos se almacenarán electrónicamente, salvo que no sea posible (art. 46.1 LRJSP) y se prevé que cada Administración haya de mantener un archivo, que ahora deberá ser electrónico, con todos sus documentos electrónicos de procedimientos finalizados (art. 17.1 LRSJP). Estos documentos han de guardarse en formatos que permitan garantizar su autenticidad, identidad y conservación, y que asimismo hagan posible su traslado tanto a otros soportes como formatos (art. 17.2 LPAC) y solo se podrán ir eliminando según dispongan las normas en materia de archivos. Por lo demás, como es lógico, el almacenamiento ha de hacerse a partir de las medidas de seguridad establecidas en el Esquema Nacional de Seguridad (integridad, autenticidad, confidencialidad, calidad, protección y conservación), que en todo caso debe concretarse en estándares que permitan la identificación y el control de acceso de los usuarios, y que garanticen la protección de datos de carácter personal (art. 17.3 LPAC y 46.4 LRJSP). Por último, hay que dejar constancia de que la DT 1.<sup>a</sup> LPAC establece que los documentos de procedimientos iniciados antes de la entrada en vigor de la norma se seguirán tratando de acuerdo con lo dispuesto en el régimen anterior, pero que, si fuera posible, habrán de ser digitalizados; y que la LPAC ahora ha tratado de identificar qué documentos y materiales han de formar parte, por ministerio de la ley, del expediente administrativo electrónico (art. 70 LPAC), mientras que se declara expresamente que la información de apoyo no forma parte de él (art. 70.4 LPAC). Se trata de una previsión conflictiva, muy vinculada a la voluntad de dar a las administraciones públicas la posibilidad de no aportar, por utilización del derecho de acceso previsto en la LT, parte de los documentos, informes o trabajos previos internos que pueden sustentar una decisión, pero que ha generado también no poca controversia doctrinal. En todo caso, y más allá de esta novedad referida a la mejor coherencia de las previsiones de la LPAC con las exigencias de la LT, y en un sentido, de nuevo, generoso para con los intereses de la Administración –como es habitual en la reforma de 2015–, todas estas previsiones no dejan de tener un carácter técnico y, más allá de poder plantear dudas en ocasiones, no suponen problemas diferenciales que sean particularmente intensos en el ámbito local –excepción hecha, como siempre, de que una adecuada implementación de la ley requiere de una disposición de medios personales y materiales que a muchos entes locales les puede resultar inasumible–.

*f) La nueva y discutible regulación de las notificaciones electrónicas (arts. 40-46 LPAC).* Donde sí hay cambios sustanciales que afectan al efectivo equilibrio de las posiciones jurídicas de los ciudadanos y de la Administración tras la transformación del procedimiento a electrónico operada por la reforma de 2015 es en lo referido al nuevo sistema de notificaciones electrónicas. Un sistema de notificación que pasa a ser el que será



empleado por defecto, aun habiendo teóricamente cierta posibilidad, en la estela de lo que en su momento previó la LAE de 2007 de que el ciudadano optara por la notificación tradicional, como consecuencia de la generosa ampliación de los obligados a relacionarse electrónicamente que hace el artículo 14 LPAC. Esta obligación de relacionarse electrónicamente con la Administración tiene, como es evidente, una consecuencia obvia en materia de notificaciones: quienes así hayan de relacionarse con los poderes públicos también habrán de ser notificados por vía electrónica –como por otro lado señala expresamente el artículo 41.3 LPA–. Téngase en cuenta que adicionalmente el artículo 41.1 LPA permite extender la obligación de recibir notificaciones electrónicas a otros colectivos que por capacidad económica, técnica o dedicación profesional se estime razonable –en lo que parece una previsión más complementaria que coincidente con el 14.3 LPAC, pues en tal caso sería innecesaria: parece apuntar a que podrá haber casos de sujetos no obligados a relacionarse electrónicamente para los que, sin embargo, excepcionalmente, sí pueda establecerse la obligación de ser notificados electrónicamente–. Por lo demás, en ausencia de opción por parte del ciudadano –y en los procedimientos de oficio esta no se ha podido producir previamente–, siendo el procedimiento electrónico por defecto, la notificación se entiende que ha de realizarse solo por esta vía (art. 41.1 LPA). La combinación de todos estos factores permite prever una, si cabe, mayor extensión a no muy largo plazo de los casos en que las notificaciones serán exclusivamente electrónicas, lo quiera o no así el ciudadano afectado<sup>69</sup>.

Respecto de cómo haya de realizarse la notificación, el artículo 43.1 LPA establece solo dos sistemas: la comparecencia electrónica o la dirección electrónica habilitada única (DEH), de entre los cuales será la Administración actuante la que elija uno de ellos. Queda así explícitamente excepcionado lo dispuesto en el artículo 41.1 LPA, que establece que «(c)on independencia del medio utilizado, las notificaciones serán válidas siempre que permitan tener constancia de su envío o puesta a disposición, de la recepción o acceso por el interesado o su representante, de sus fechas y horas, del contenido íntegro, y de la identidad fidedigna del remitente y destinatario de la misma» y que parece que solo se tendrá en cuenta, en contra de su ubicación sistemática en la ley, para las notificaciones presenciales<sup>70</sup>. En todo caso, ambos sistemas, tanto la comparecencia electrónica como la DEH, están regulados de un modo, además de escaso, poco garantista y deficiente. *La comparecencia electrónica* consiste en que la Administración pone a disposición del ciudadano la notificación en un entorno controlado por ella misma, en sus servidores, de modo que queda garantizado en todo momento que dispone y controla toda la información respecto de si se accede o no a ella, por quién y cuándo<sup>71</sup>. Para que un ciudadano acceda a esta, previamente,

<sup>69</sup> MÍGUEZ MACHO, L., "Las notificaciones electrónicas", Almeida Cerredá, M., y Míguez Macho, L. (dirs.), *La actualización de la Administración electrónica*, Andavira, Santiago de Compostela, 2016, pp. 220-232.

<sup>70</sup> Como por otro lado exponía sin dejar lugar a la duda el propio Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en la guía que editó en su momento sobre cómo se debía interpretar la norma: [https://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/PortalVarios/Nuevas\\_leyes\\_administrativas/FAQs%20LEY%2039-2015%20LEY%2040-2015.pdf](https://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/PortalVarios/Nuevas_leyes_administrativas/FAQs%20LEY%2039-2015%20LEY%2040-2015.pdf) (15 de enero de 2020).

<sup>71</sup> MARTÍN DELGADO, I., "Ejecutividad y eficacia de los actos administrativos: las notificaciones administrativas", Gamero Casado, E. (dir.), y Fernández Ramos, S., y Valero Torrijos, J. (coords.), *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 2123-2206.

la Administración habrá debido establecer un sistema de identificación –de los previstos por la propia ley en el artículo 9.2 LPAC– que permita el acceso de la persona, física o jurídica, en cuestión. Por su parte, *la dirección electrónica habilitada (DEH)*, que además ahora la ley pretende que sea “única” –como si creyera que es constitucional aspirar a que solo el Estado pueda determinar y asignar una a cada ciudadano, lo que evidentemente no es el caso ... y por otro lado ni el propio Estado respeta, pues ya tiene en marcha una genérica y otra, diferente, específica para las notificaciones en materia de tráfico–, es también un sistema donde la Administración controla en sus servidores si la notificación se recibe y se abre. Consiste más o menos, tecnicismos al margen, en una pasarela tecnológica que vincula el correo electrónico del ciudadano con un buzón electrónico instalado en los servidores de la propia Administración, que es donde se envían las notificaciones y al que ha de acceder el ciudadano para ser notificado. En general, y a falta de desarrollo por parte del legislador básico estatal de sus características, está siendo poco o nada empleada por parte de otras administraciones públicas.

Ambos sistemas plantean problemas. Para que funcionen bien, requieren de una actuación previa del ciudadano –dando de alta la correspondiente DEH e, idealmente, vinculándola con una cuenta de correo electrónico habitual, a fin de garantizar que los avisos lleguen efectivamente a su receptor y no le pasen inadvertidos; o bien aceptando un sistema de claves para entrar en el sistema de comparecencia electrónica, en el segundo caso– sin la cual es dudoso que puedan ser útiles para informar efectivamente a un ciudadano del inicio del mismo y que se pueda dar por “notificado”. Por ejemplo, en un procedimiento de oficio, sin que se haya producido esa actuación previa del ciudadano, la notificación electrónica que en todo caso ha de realizarse irá a una carpeta ciudadana que la Administración ha de crear, pero a la que es improbable que el ciudadano vaya a acceder. La LPAC debiera haber resuelto expresamente qué hacer en estos casos, estableciendo, por ejemplo, que solo se notificará –electrónicamente o no– empleando alguno de los medios que utilicen información útil a efectos de localizar al ciudadano y que haya sido ya proporcionada, previamente, por este a la Administración –por ejemplo, empleando una técnica análoga a la que permitía y permite todavía en la actualidad averiguar el domicilio al que enviar una notificación presencial acudiendo a los datos del padrón, *ex* artículo 41.4 LPAC respecto del correo electrónico o dispositivo móvil del ciudadano–. Si además tenemos en cuenta que la LPAC establece que, una vez correctamente notificado por medio de comparecencia electrónica, transcurridos 10 días la notificación se considera rechazada (art. 43.2 LPAC) y no hace falta ni siquiera reintentarla; o la publicación alternativa del artículo 44 LPAC para poder dar por cumplido el trámite, este tratamiento resulta todavía más inquietante. Consciente de esta situación, la propia norma establece medidas paliativas para garantizar que, dado que el sistema de notificaciones previsto es objetiva y claramente incapaz de cumplir debidamente con su función esencial –informar a los ciudadanos de que una decisión que les afecta ha sido adoptada–, al menos haya sistemas tendentes a asegurar que, aunque no sea por medio de la notificación jurídicamente entendida como tal, el ciudadano pueda saber que esta existe: es el caso de

los avisos y puestas en conocimiento que prevé la ley en su artículo 41 con la evidente intención de, cuando menos, aspirar a minimizar el problema. Así, el artículo 41.1 LPA *in fine* señala que “(a)dicionalmente, el interesado *podrá* identificar un dispositivo electrónico y/o una dirección de correo electrónico que servirán para el envío de los avisos regulados en este artículo, *pero no para la práctica de notificaciones*” –el subrayado es mío– al que la Administración estará obligada a enviar un aviso cuando haya una notificación a su disposición. Ahora bien, en una decisión muy criticable, la ley establece que si este aviso, aun estando obligada la Administración a hacerlo, no se realizara –por la razón que fuere– ello no impide que la notificación sea considerada plenamente válida (art. 41.7 LPA).

En definitiva, el nuevo sistema es francamente insatisfactorio desde la perspectiva de los derechos de los ciudadanos, a los que deja en una situación de vulnerabilidad jurídica potencial notable. A cambio, resulta muy conveniente para unas administraciones públicas que es prácticamente imposible que no notifiquen correctamente un acto administrativo y que, por ello, podrán aspirar a que estos sean ejecutivos con muchas más facilidades, y más rápidamente, que con el régimen anterior. No se entiende, sin embargo, que no haya en la norma habilitación legal para indagar la obtención de un correo electrónico de contacto o un dispositivo móvil al que enviar el aviso –en ausencia de la cual, dadas las normas en materia de protección de datos, es dudoso que esta información se pueda obtener legalmente– y mucho menos que, cuando sí se dispone de esta información –porque la ha proporcionado previamente el ciudadano– la LPAC no prevea, junto a la obligación del aviso, que su no realización suponga la nulidad de la notificación<sup>72</sup>. Tampoco se entiende por qué la norma no ha expresado que excepcionalmente, en los procedimientos iniciados de oficio, la doble notificación –esto es, la notificación también por medios tradicionales– deba ser obligatoria dado que el ciudadano aún no ha podido proporcionar estos datos. Y, por último, es incomprensible la cerrazón del legislador a reconocer con normalidad que estos medios electrónicos de comunicación –dispositivos móviles, correo electrónico...– podrían y deberían reconocerse sin ningún problema técnico y jurídico como medios de notificaciones alternativos a la comparecencia electrónica a elección del interesado, permitiendo una mejor comunicación con los ciudadanos y una mejor defensa de sus intereses<sup>73</sup>.

<sup>72</sup> Esta regulación según la cual la falta de aviso efectivo no es óbice para que la notificación se pueda considerar perfectamente válida, incluso aunque de ello se deduzca una material imposibilidad de que el ciudadano haya podido tener conocimiento del acto notificado, muy probablemente, habría de ser tenida por inconstitucional por afectar a sus derechos de defensa e, indirectamente, de tutela judicial efectiva. Sin embargo, en un supuesto altamente semejante relacionado con el sistema de notificaciones electrónicas en la jurisdicción laboral, el Tribunal Constitucional en STC 6/2019 ya ha considerado que no se aprecia tacha de constitucionalidad alguna en una regulación que prevé un aviso obligatorio pero que no deduce de la ausencia del mismo consecuencia jurídica alguna. Como es evidente, la visión del Tribunal Constitucional en este sentido es, a mi juicio, extraordinariamente criticable. Véase para una explicación de la sentencia JIMÉNEZ BIDÓN, P.M., “Innecesidad para la validez de la notificación por Lexnet del aviso previo de la misma (análisis de la Sentencia de 17 de enero de 2019 del Tribunal Constitucional)”, *Noticias Jurídicas*, 2019. <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/13951-innecesidad-para-la-validez-de-la-notificacion-por-lexnet-del-aviso-previo-de-la-misma-analisis-de-la-sentencia-de-17-de-enero-de-2019-del-tribunal-constitucional/> (11 de enero de 2020).

<sup>73</sup> Algo que durante la vigencia de la legislación en materia de procedimiento administrativo de 1992 se planteaba como perfectamente posible sin excesivos traumas: véase GAMERO CASADO, E., *Notificaciones telemáticas*, Bosch, Barcelona, 2005, pp. 179-254. Sobre la negativa a aceptar el correo electrónico como medio de notificaciones en la nueva ley, véase MARTÍN

Los entes locales, en cualquier caso, en su actuación en estas materias, deberían tener en cuenta estos problemas de la regulación legal y tratar de minimizar las consecuencias negativas que se pueden derivar para los ciudadanos con los que se relacionan, extremando las precauciones y enmendando la plana al legislador siempre que sea posible: empleando en notificaciones de oficio dispositivos o correos electrónicos para hacer el aviso si se dispone de esta información por una interacción previa aunque sea de otro procedimiento, haciendo la notificación en estos casos también por medios tradicionales aunque no sea obligatorio según la LPAC y, por supuesto, entendiendo nula toda notificación que haya sido realizada sin cursar el correspondiente aviso por mucho que el artículo 41.7 LPAC permita considerarla válida. De unas administraciones con un contacto tan directo e intenso con los ciudadanos, tan próximas a ellos, se han de esperar unos estándares de comportamiento y lealtad a la hora de informarlos de las actuaciones que les puedan afectar que han de ser netamente superiores a los muy pobres, y criticables, que se deducen del régimen legal estricto de la Ley de procedimiento administrativo de 2015.

### **3 Conclusiones sobre la afeción de las reformas en materia de procedimiento administrativo en el ámbito de la Administración local**

A través de este repaso a los elementos estructurales de las reformas jurídico-administrativas con impacto en las normas de procedimiento administrativo y de la propia reforma del procedimiento administrativo de 2015 en su proyección sobre los entes locales, podemos extraer algunas conclusiones de interés.

La primera de ellas es que, aun a partir de una sucesión de impactos, las más de las veces descoordinados y en ocasiones incluso fallidos –como es el caso, paradigmáticamente, de la reforma local de 2013 instrumentada por medio de la LRSAL–, ciertos rasgos están presentes en la mayoría de las leyes que se han ido sucediendo, esencialmente la vocación respecto de la recentralización competencial paulatina que elimine peso prestacional de los municipios –sobre todo de los más pequeños– y una notable intensificación de los controles sobre ellos –esencialmente, de tipo presupuestario–. Esta orientación, sin embargo, se proyecta asimismo sobre las normas de procedimiento administrativo que, como hemos podido ver, empleando además de manera muy incisiva el pretexto de la supuesta conveniencia de la normalización de los procedimientos administrativos electrónicos, que coadyuva con las evidentes ventajas que comporta para entes locales con carencia de medios la recepción de asistencia técnica por parte de diputaciones o del propio Estado a la hora de diseñar y mantener sus aplicaciones, es uno de los elementos más destacados de la reforma de 2015 por medio de su DA 2.<sup>a</sup> Interesantemente, esta pretensión ha encontrado, sin embargo, no poca oposición tanto por parte de comunidades autónomas como de los

---

DELGADO, I., "La reforma de la Administración electrónica", Velasco Caballero, F. (coord.), *Régimen Jurídico y procedimiento administrativo de los gobiernos locales*, Instituto de Derecho Local UAM, 2016, pp. 273-274.

entes locales. La fallida implantación de la reforma local de 2013, que no ha logrado la consecución de todos sus objetivos, se explica a partir de esta resistencia. También la muy importante STC 55/2018, que ha puesto cierto freno a estas pretensiones de recentralización y uniformización procedimental respecto del empleo de aplicaciones y sistemas informáticos, es resultado de esta resistencia –jurídica, en este caso–, que está llamada a continuar, dado que las normas estatales que pretenden restringir la autonomía organizativa de los municipios, se suceden: la última de ellas, como hemos visto, es el reciente Decreto–ley 14/2019, que, entre otras limitaciones, considera por defecto indisponibles sin autorización estatal para los entes locales sistemas de identificación y firma que, en cambio, la Administración del Estado puede emplear sin mayor problema.

Una segunda conclusión de interés que se extrae del repaso realizado es que, por lo demás, de las novedades en materia de procedimiento administrativo –y su intersección con las normas en materia de contratos, transparencia o protección de datos– se deducen importantes deberes y exigencias jurídicas para los entes locales, que van a suponer –están suponiendo ya– problemas no menores de adaptación. Desde esta óptica, cobra sentido la reforma del artículo 36.2 LRBRL para comprometer a las diputaciones provinciales en estos procesos de transformación, dando soporte y ayuda técnica a los municipios que lo requieran, algo que no se está produciendo de manera satisfactoria siempre en todo el territorio, ni siquiera, lo que resulta si cabe más sorprendente, respecto de las materias (contratación y procedimiento administrativo electrónico, *ex* artículo 36.1. g) LRBRL) que la reforma local de 2013 consideró que pasaban a ser competencia propia directa de las diputaciones para municipios de menos de 20.000 habitantes. Estas insuficiencias, muy probablemente, están también en la base de no pocas resistencias a los procesos de recentralización y de homogeneización procedimental, pues en ocasiones los ayuntamientos, especialmente si tienen recursos y medios para ello, perciben que ocuparse ellos mismos de estas cuestiones comporta mejoras en la gestión y en la eficacia, así como en la atención que a la postre reciben los ciudadanos, sobre todo si lo comparamos con la en ocasiones insatisfactoria respuesta por parte de las diputaciones.

Por último, en tercer lugar, y más íntimamente vinculado a las cuestiones de procedimiento administrativo, los entes locales se benefician en última instancia de un modelo de procedimiento administrativo común, el aprobado por la LPAC de 2015, que les dota de importantes poderes y potestades para la gestión de los asuntos públicos, en ocasiones a costa de los derechos y garantías de los ciudadanos. Como hemos tenido ocasión de ver, de hecho, las reformas de los últimos años, y las nuevas normas de 2015 no son una excepción, acentúan este desequilibrio: cuestiones como la colaboración de los ciudadanos y las potestades de inspección, las medidas provisionales o provisionalísimas o el estatuto de denunciante han sido modificadas en este sentido. Tampoco las modificaciones normativas derivadas de la transformación de los procedimientos a electrónicos han derivado en apreciables mejoras de la posición jurídica de los ciudadanos a la hora de defender sus derechos. De hecho, es manifiesta la reducción de garantías en cuestiones como la regulación del régimen

Regap



ESTUDIOS

de notificaciones electrónicas, como se ha tratado de explicar, o la generosidad con la que el marco legal permite a los poderes públicos implantar procedimientos automatizados. Respecto de todas estas cuestiones, si bien los entes locales pueden, como es obvio, beneficiarse de la cómoda posición jurídica en que quedan, este trabajo defiende que en uso de su autonomía habrían de tratar de establecer medidas paliativas para mejorar la atención a los ciudadanos y, muy especialmente, actuar como administraciones públicas garantes de sus derechos. Así, por ejemplo, se propone que, aun siendo posible actuar de otro modo en aplicación estricta del régimen jurídico vigente tanto en la LPAC como en la LRJSP, los entes locales garanticen la asistencia jurídica en la tramitación de sus expedientes a los ciudadanos que puedan estar obligados a emplear medios electrónicos, que los ayuntamientos se comprometan a enviar avisos de notificación en más supuestos de los legalmente exigibles y que, además, estos se entiendan necesarios para que la notificación se considere como válida o, por último, que se autoimpongan reglas más exigentes de transparencia y publicidad sobre los algoritmos que emplean para la toma de decisiones automatizadas, extendiendo a los mismos muchas de las garantías propias de las normas reglamentarias. Todas estas medidas pueden ponerse en marcha sin problemas en uso de la autonomía local, pues no suponen sino extremar garantías más allá de las normas básicas del procedimiento, y supondrían sustanciales mejoras respecto de estas. Además, establecerían una pauta de mayor rigor y exigencia que podría ayudar a la mejora de la propia legislación básica. En definitiva, en empleo de la autonomía constitucionalmente consagrada de que disfrutaban los entes locales, se podrían así paliar algunas de las más perniciosas consecuencias de la reforma de 2015 poniendo en valor la acción de los municipios y dejando clara su capacidad de actuación no solo de manera eficaz, sino comprometida con un modelo de actuación de los poderes públicos mucho más garantista y avanzado.

## 4 Bibliografía

- ACUÑA CAMPOS, C. (dir.), *Comentarios a la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*, El Consultor de los Ayuntamientos-Wolters Kluwer, Madrid, 2017.
- ALAMILLO DOMINGO, I., “La identificación y la autenticación por medios electrónicos”, Almeida Cerredá, M., y Míguez Macho, L. (dirs.), *La actualización de la Administración electrónica*, Andavira, Santiago de Compostela, 2016, pp. 107-173.
- ALAMILLO DOMINGO, I., “Identidad y firma electrónica: nociones técnicas y marco jurídico general. Identificación y autenticación de los ciudadanos”, Gamero Casado, E. (dir.), y Fernández Ramos, S., y Valero Torrijos, J. (coords.), *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- ALONSO MAS, M. J., “Competencias locales en la reforma de 2013 y sus puntos de fricción con las normas autonómicas”, Boix Palop, A., y De la Encarnación, A. M. (coords.), *Los retos del gobierno local tras la reforma de 2013*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015.



- ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, M., “Organización y funcionamiento de la Administración General del Estado y del sector público institucional en la Ley 40/2015”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 63, 2016.
- AMOEDO-SOUTO, C. A., y CUTRÍN DOMÍNGUEZ, M., “El impacto de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, en la gestión directa de servicios públicos locales a través de medios propios”, *Revista de Administración Pública*, n. 210, 2019. DOI: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.210.14> (11 de enero de 2020).
- AMOEDO-SOUTO, C. A., “La regulación de los encargos a medios propios en la LCSP. Un balance provisional”, *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, n. 159, 2019.
- ARROYO JIMÉNEZ, L., “Participación electrónica y elaboración de normas administrativas en España y en los Estados Unidos de América”, Martín Delgado, I. (dir.), *La reforma de la Administración electrónica. Una oportunidad para la renovación del Derecho*, INAP, Madrid, 2016.
- BAÑO LEÓN, J. M., “La reforma del procedimiento. Viejos problemas no resueltos y nuevos problemas no tratados”, *Documentación Administrativa*, n. 2 nueva época, 2015. DOI [10.24965/da.voi2.10259](https://doi.org/10.24965/da.voi2.10259) (15 de enero de 2020).
- BAÑO LEÓN, J. M., “Los excesos de la llamada autotutela administrativa”, *Revista española de Derecho administrativo*, n. 181, 2016.
- BETANCOR RODRÍGUEZ, A., “Transparencia y buen gobierno”, López Benítez, M., Fuentetaja Pastor, J. A., y Rodríguez-Campos González, S. (coords.), *Las reformas administrativas de la crisis*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017.
- BOIX PALOP, A., “Sentido y orientación de la Ley 27/2013, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local: autonomía local, recentralización y provisión de servicios públicos locales”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n. 2 nueva época, 2014. DOI [10.24965/real.voi2.10199](https://doi.org/10.24965/real.voi2.10199) (10 de enero de 2020).
- BOIX PALOP, A., “Encuadre jurídico y constitucional de la reforma local de 2013 y esbozo de los problemas todavía pendientes”, Boix Palop, A. y De la Encarnación, A.M. (coords.), *Los retos del gobierno local tras la reforma de 2013*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- BOIX PALOP, A., *Las potestades administrativas de inspección y su expansión al amparo de razones de seguridad frente a los derechos fundamentales*, 2016.
- BOIX PALOP, A., “La participación electrónica como mecanismo para la mejora de la calidad normativa en la elaboración de reglamentos y otras disposiciones tras la reforma administrativa de 2015”, Martín Delgado, I. (dir.), *La reforma de la Administración electrónica. Una oportunidad para la renovación del Derecho*, INAP, Madrid, 2016.
- BOIX PALOP, A., “La europeización del Derecho administrativo español”, Martín Delgado, I., Almeida Cerrada, M., y Di Lascio, F. (coords.), *La europeización del Derecho administrativo: una evolución desde el ordenamiento español*, Andavira, Santiago de Compostela, 2017.

Regap



ESTUDIOS



- BOIX PALOP, A., “El régimen local tras el fracaso de la reforma de 2013”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 68, 2017.
- BOIX PALOP, A., “El Decret-llei 14/2019 i la mordassa digital”, *Blog de la Revista Catalana de Dret Públic*. <https://eapc-rcdp.blog.gencat.cat/2019/12/18/el-decret-llei-14-2019-i-la-mordassa-digital-andres-boix-palop/> (9 de enero de 2020).
- BOIX PALOP, A., “Los algoritmos son reglamentos: la necesidad de extender las garantías propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la Administración para la adopción de decisiones”, *Teoría y método. Revista de Derecho Público*, n. 1, 2020.
- BOIX PALOP, A., y DE LA ENCARNACIÓN, A. M. (coords.), *Los retos del gobierno local tras la reforma de 2013*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- BOIX PALOP, A., y GIMENO FERNÁNDEZ, G., *La mejora de la calidad normativa*, PUV, Valencia, 2019.
- BUSTOS PRETEL, G., “Comentario al artículo 14”, Acuña Campos, C. (dir.), *Comentarios a la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*, El Consultor de los Ayuntamientos-Wolters Kluwer, Madrid, 2017.
- BYGRAVE, L. A., “Minding the Machine v2.0. The EU General Protection Regulation and Automated Decision-Making”, Yeung, K., y Lodge, M. (dir.), *Algorithmic Regulation*, Oxford University Press, Oxford, 2019.
- CANALS I AMETLLER, D., “L’avaluació de la qualitat normativa: primers passos, primers instruments”, *Col·lecció Papers de relacions Govern-Parlament*, 2008.
- CARRILLO DONAIRE, J. A., y NAVARRO RODRÍGUEZ, P. (coords.), *La Reforma del Régimen Jurídico de la Administración Local*, El Consultor de los Ayuntamientos-Wolters Kluwer, Madrid, 2014.
- COGLIANESE, C., y LEHR, D., “Regulating by Robot: Administrative Decision Making in the Machine Learning Era”, *Penn Faculty Scholarship 1734*, 2017.
- COTINO HUESO, L., “Derechos de los ciudadanos”, Gamero Casado, E. y Valero Torrijos, J. (coords.), *La Ley de Administración Electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008.
- COTINO HUESO, L., “El derecho y deber de relacionarse por medios electrónicos (art. 114 LPAC): asistencia en el uso de medios electrónicos a los interesados (art. 12 LPAC)”, Gamero Casado, E. (dir.), y Fernández Ramos, S., y Valero Torrijos, J. (coords.), *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- COTINO HUESO, L., “Algunas propuestas de mejora de la normativa del derecho de acceso a la información”, *Dilemata*, n. 27, 2018.
- COTINO HUESO, L., “Criterios relevante e innovadores del Consejo de Transparencia de la Comunidad Valenciana”, *Revista española de la transparencia*, n. 9, 2019.
- COTINO HUESO, L., “Riesgos e impactos del Big Data, la inteligencia artificial y la robótica: enfoques, modelos y principios de la respuesta del derecho”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 50, 2019.

- DALY, P., “Artificial Administration: Administrative Law in the Age of Machines”, *SSRN Working Paper*, 2019.
- DE LA CUEVA, J., “Código fuente, algoritmos y fuentes del Derecho”, *El Notario del siglo XXI*, n. 77, 2018.
- DÍAZ GONZÁLEZ, G. M., “Las competencias exclusivas del Estado ex art. 149.1.18.<sup>a</sup> de la Constitución y la disciplina de la producción normativa. Sobre la inconstitucionalidad parcial de la Ley 39/2015, de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (STC 55/2018, de 24 de mayo)”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n. 10 nueva época, 2018. DOI 10.24965/reala.v0i10.10562 (8 de enero de 2020).
- DOMÉNECH PASCUAL, G., “¿Mejor antes o después? Controles públicos previos “versus” controles públicos posteriores”, *Papeles de Economía Española*, n. 151, 2017.
- ECHÁNIZ SANS, J., *Los gobiernos locales después de la crisis*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2019.
- EMBID IRUJO, A., *La constitucionalización de la crisis económica*, Iustel, Madrid, 2012.
- FERNÁNDEZ LLERA, R., “Sostenibilidad financiera más allá de las leyes”, Campos Acuña, C., y Fernández Llera, R. (coords.), *III Informe Red Localis. Retos de las entidades locales ante la transformación digital de la gestión pública*, Wolters Kluwer, 2019, pp. 319-337.
- FERNÁNDEZ LLERA, R., y MORÁN MÉNDEZ, E., “Presupuestos, cuentas y control externo del sector público local”, *Presupuesto y Gasto Público*, n. 89 (4/2017), 2017.
- FERNÁNDEZ-FIGUEROA GUERRERO, F., “Las diputaciones provinciales y los Gobiernos locales intermedios en la reforma local”, Santamaría Pastor, J.A. (coord.), *La reforma del régimen local español*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2014.
- FONDEVILA ANTOLÍN, J., “Reflexiones a propósito de la STC 55/2018. Un limitado respiro ante el acoso recentralizador en la implementación de la e-administración”, *Revista Aranzadi de Derecho y nuevas tecnologías*, n. 49, 2019.
- GAMERO CASADO, E. (dir.), y FERNÁNDEZ RAMOS, S., y VALERO TORRIJOS, J. (coords.), *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- GARCÍA ROCA, F. J., EMBID IRUJO, A., ESTEVE PARDO, J., BAÑO LEÓN, J. M., y MENÉNDEZ, A. J., “Los efectos de la crisis económica sobre las instituciones públicas”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 43, 2014.
- GAMERO CASADO, E., *Notificaciones telemáticas*, Bosch, Barcelona, 2005.
- GRACIA RETORTILLO, R., “Las provincias”, Almeida Cerredá, M., Tubertini, C., y Costa Gonçalves, P., *La racionalización de la organización administrativa local: las experiencias española, italiana y portuguesa*, Civitas Thomson-Reuters, 2015, pp. 175-228.
- GUICHOT REINA, E., *Transparencia y acceso a la información en el Derecho europeo*, Cuadernos Universitarios de Derecho Administrativo, Sevilla, 2011.
- GUICHOT REINA, E., “El Anteproyecto de Ley de Transparencia”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 30, 2012.

- GUICHOT REINA, E. (coord.), *Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*, Tecnos, Madrid, 2014.
- GUICHOT REINA, E., “El derecho de acceso a la información pública”, Gamero Casado, E. (dir.), y Fernández Ramos, S., y Valero Torrijos, J. (coords.), *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- HERNANDO RYDINGS, M., “Las mancomunidades y los consorcios”, Almeida Cerrada, M., Tubertini, C., y Costa Gonçalves, P., *La racionalización de la organización administrativa local: las experiencias española, italiana y portuguesa*, Civitas Thomson-Reuters, 2015, pp. 139-174.
- HERRERO POMBO, C., “Comentario a la Disposición Adicional Séptima”, Acuña Campos, C. (dir.), *Comentarios a la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*, El Consultor de los Ayuntamientos-Wolters Kluwer, Madrid, 2017.
- HUERGO LORA, A., “Las leyes 39 y 40/2015. Su ámbito de aplicación y la regulación de los actos administrativos”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 63, 2016.
- JIMÉNEZ BIDÓN, P. M., “Innecesariedad para la validez de la notificación por Lexnet del aviso previo de la misma (análisis de la Sentencia de 17 de enero de 2019 del Tribunal Constitucional)”, *Noticias Jurídicas*, 2019. <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/13951-innecesariedad-para-la-validez-de-la-notificacion-por-lexnet-del-aviso-previo-de-la-misma-analisis-de-la-sentencia-de-17-de-enero-de-2019-del-tribunal-constitucional/> (11 de enero de 2020).
- LESSIG, L., *Code version 2.0*, Basic books, 2006.
- MARTÍN DELGADO, I., “La reforma de la Administración electrónica”, Velasco Caballero, F. (coord.), *Régimen Jurídico y procedimiento administrativo de los gobiernos locales*, Instituto de Derecho Local UAM, 2016, pp. 243-285.
- MARTÍN DELGADO, I., “Ejecutividad y eficacia de los actos administrativos: las notificaciones administrativas”, Gamero Casado, E. (dir.), y Fernández Ramos, S., y Valero Torrijos, J. (coords.), *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- MEDINAALCOZ, L., “La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas a la luz de las sentencias constitucionales sobre la reforma local de 2013”, *Anuario del Gobierno Local*, n. 1, 2015.
- MENÉNDEZ, A. J., “¿Qué queda de la soberanía nacional y del Estado social y democrático de Derecho europeo tras la crisis?”, Martín Patino, J. M., y Giménez Romero, C. (coords.), *Informe España 2014. Una interpretación de su realidad social*, Fundación Encuentro, Madrid 2014. [https://www.fund-encuentro.org/informe\\_espana/indiceinforme.php?id=IE21](https://www.fund-encuentro.org/informe_espana/indiceinforme.php?id=IE21) (7 de enero de 2020).
- MENÉNDEZ ALONSO, J. M., “La elaboración de ordenanzas y reglamentos con la Ley 39/2015 del procedimiento administrativo común: problemática local”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, n. 22, 2016. <https://elconsultor.laley.es/Content/>

- Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAiNjSwNTU7Wy1KLizPw8WyMDQzNDQOMDkEBmWqVLfnJIZUGqbVpiTnEqAMaimRo1AAAAWKE (12 de enero de 2020).
- MESTRE DELGADO, J. F., *El derecho de acceso a archivos y registros (análisis del artículo 105 b de la Constitución)*, Civitas, Madrid, 1993.
- MÍGUEZ MACHO, L., “Las notificaciones electrónicas”, Almeida Cerredá, M., y Míguez Macho, L. (dirs.), *La actualización de la Administración electrónica*, Andavira, Santiago de Compostela, 2016.
- MUÑOZ MACHADO, S., “Las regulaciones por silencio. Cambio de paradigma en la intervención administrativa en los mercados”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 9, 2010.
- NIEVA FENOLL, J., *Inteligencia artificial y proceso judicial*, Marcial Pons, Madrid, 2018.
- NOGUEIRA LÓPEZ, A., “La administración comprobadora. Defensa de los intereses generales y desarrollo de las garantías de los ciudadanos”, Arias Martínez, M. A., Almeida Cerredá, M., y Nogueira López, A. (dirs.), *La termita Bolkenstein: mercado único vs. Derechos ciudadanos*, Thomson-Reuters Civitas, Madrid, 2012.
- PALMA ORTIGOSA, A., “Decisiones automatizadas en el RGPD. El uso de algoritmos en el contexto de la protección de datos”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 50, 2019.
- PAREJO ALFONSO, L., “La autonomía local en la Constitución española”, Muñoz Machado, S. (dir.), *Tratado de Derecho Municipal*, Tomo I, 3.ª ed., Iustel, Madrid.
- PEREIRO CÁRCELES, M., “La utilización del *blockchain* en los procedimientos de concurrencia competitiva”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 50, 2019.
- PONCE SOLÉ, J., “La calidad en el desarrollo de la discrecionalidad reglamentaria: teorías sobre la regulación y adopción de buenas decisiones normativas por los Gobiernos y Administraciones”, *Revista de Administración Pública*, n. 163, 2003.
- PONCE SOLÉ, J., “Inteligencia artificial, Derecho administrativo y reserva de humanidad: algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnológico”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 50, 2019.
- REGO BLANCO, M. D., “Registros, comunicaciones y notificaciones electrónicas”, Gamero Casado, E., y Valero Torrijos, J. (coords.), *La Ley de Administración Electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008.
- SANTIAGO IGLESIAS, D., “Las sociedades municipales”, Almeida Cerredá, M., Tubertini, C., y Costa Gonçalves, P., *La racionalización de la organización administrativa local: las experiencias española, italiana y portuguesa*, Civitas Thomson-Reuters, 2015, pp. 229-272.
- SCANTAMBURLO, T., CHARLESWORTH, A., y CRISTINIANI, N., “Machine Decisions and Human Consequences”, Yeung, K., y Lodge, M. (dir.), *Algorithmic Regulation*, Oxford University Press, Oxford, 2019.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (coord.), *La reforma del régimen local español*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2014.

Regap



ESTUDIOS

- SANTAMARÍA PASTOR, J. A., “Los proyectos de ley del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas y de régimen jurídico del sector público: una primera evaluación”, *Documentación Administrativa*, n. 2 nueva época, 2015. DOI: <https://doi.org/10.24965/da.vo12.10258> (10 de enero de 2020).
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A., “Un nuevo modelo de ejercicio de las potestades normativas”, *Revista española de Derecho administrativo*, n. 175, 2016.
- TEJEDOR BIELSA, J., “El desarrollo autonómico de la reforma local de 2013. Entre la rebelión y el pragmatismo”, Boix Palop, A., y De la Encarnación, A.M. (coords.), *Los retos del gobierno local tras la reforma de 2013*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- TERRÓN SANTOS, D., “La racionalización técnica en la contratación pública como alternativa a los contratos menores”, *Revista española de Derecho administrativo*, n. 196, 2019.
- VALERO TORRIJOS, J., *Innovación tecnológica e innovación administrativa*, Ponencia Seminario de Teoría y Método del Derecho Público, 2016.
- VELASCO CABALLERO, F., “Títulos competenciales y garantía constitucional de la autonomía local en la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”, Santamaría Pastor, J.A. (coord.), *La reforma del régimen local español*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2014.
- VELASCO CABALLERO, F., “Desarrollos autonómicos de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”, *Anuario de Derecho Municipal 2014*, Marcial Pons-UAM, Madrid, 2014.
- VELASCO CABALLERO, F. (coord.), *Régimen jurídico y procedimiento administrativo de los gobiernos locales. La aplicación a las entidades locales de las Leyes 39/2015 y 40/2015, de 1 de octubre*, UAM-Instituto de Derecho Local, Madrid, 2016.
- VILLAR ROJAS, F., “El principio de sostenibilidad y las Administraciones Públicas”, López Benítez, M., Fuentetaja Pastor, J.A., y Rodríguez-Campos González, S. (coords.), *Las reformas administrativas de la crisis*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

Responsabilidade patrimonial das administracións públicas cando actúan a través de suxeitos privados. Especial referencia aos contratistas e aos concesionarios

## Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas cuando actúan a través de sujetos privados. Especial referencia a los contratistas y a los concesionarios

Liability of public administration when it acts through private subjects. Special reference to contractors and concessionaires

58 Regap

Regap



ESTUDIOS

MARÍA DOLORES RIVERA FRADE

Magistrada de la Sala de lo Contencioso-Administrativo  
Tribunal Superior de Justicia de Galicia  
mdriverafrade@gmail.com

Recibido: 20/11/2019 | Aceptado: 19/12/2019

DOI: <https://doi.org/10.36402/10.36402/regap.v1i58.55>

**Resumo:** O réxime de responsabilidade patrimonial das administracións públicas cando actúan a través de suxeitos privados ofrece varias peculiaridades. Este traballo trata de dar resposta ás preguntas que se pode facer o prexudicado nestes casos, como a quen se debe atribuír a responsabilidade, ante quen se debe presentar a reclamación, a través de que procedemento se vai tramitar, e as distintas posibilidades que se ofrecen unha vez que remata o procedemento ou transcorre o prazo para resolvelo. No ámbito xudicial trátanse distintas cuestións que seguen xerando dúbidas: papel do contratista, concesionario e aseguradora no procedemento, a prescrición da acción, ou a execución das sentenzas que condenan un suxeito privado.

**Palabras clave:** Responsabilidade patrimonial, Administración pública, leis 39/2015 e 40/2015, suxeitos privados, contratistas, concesionarios, aseguradora, procedemento administrativo, competencia xurisdiccional.

<sup>1</sup> El epígrafe I de este trabajo contiene pasajes que pertenecen al trabajo "La responsabilidad patrimonial de la administración pública en las leyes 39/2015 y 40/2015", que forma parte de la obra colectiva *Los retos actuales del derecho administrativo en el Estado autonómico*, Estudios en homenaje al profesor José Luis Carro Fernández-Valmayor, publicada en Dialnet en el año 2017, ISBN 978-84-948634-5-5.



**Resumen:** El régimen de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas cuando actúan a través de sujetos privados ofrece varias peculiaridades. Este trabajo trata de dar respuesta a las preguntas que se puede hacer el perjudicado en estos casos, como a quién se debe atribuir la responsabilidad, ante quién se debe presentar la reclamación, a través de qué procedimiento se va a tramitar y las distintas posibilidades que se ofrecen una vez que finaliza el procedimiento o transcurre el plazo para resolverlo. En el ámbito judicial se tratan distintas cuestiones que siguen generando dudas: papel del contratista, concesionario y aseguradora en el procedimiento, la prescripción de la acción o la ejecución de las sentencias que condenan a un sujeto privado.

**Palabras clave:** Responsabilidad patrimonial, Administración pública, leyes 39/2015 y 40/2015, sujetos privados, contratistas, concesionarios, aseguradora, procedimiento administrativo, competencia jurisdiccional.

**Abstract:** When public administrations acts through private subjects, the liability that is configurable on it presents several peculiarities. The present work tries to answer to questions that people in this cases, who is the responsible subject, where should the claim/appeal be submitted, what is the procedure to process it, and the different possibilities that can choose once the procedure is finished or the time limit to resolve it. In the judicial field, this paper deals with different questions that continue to produce doubts: role of the contractor, concessionaire and insurer in the procedure, the prescription of the action, or the execution of sentences that condemn a private subject.

**Key words:** Liability, Public Administration, private subjects, contractors, concessionaires, insurer, administrative procedure, jurisdictional competence.

**SUMARIO:** 1 Marco normativo. Especial referencia al ámbito subjetivo de las leyes 39/2015 y 40/2015. 2 Procedimiento administrativo. 2.1 Consideraciones generales. 2.2 Procedimiento administrativo cuando la Administración actúa a través de contratistas y concesionarios de servicios públicos. Alcance de su responsabilidad. 3 Competencia jurisdiccional. 4 Procedimiento judicial. 5 Conclusión.

## 1 Marco normativo. Especial referencia al ámbito subjetivo de las leyes 39/2015 y 40/2015

En el ámbito del estudio de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas (en adelante, AAPP), el marco normativo debe venir encabezado por el artículo 106.2 CE, según el cual:

*“Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.*

Y a continuación por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público (en adelante, LRJSP), cuyo artículo 32 establece que:

*“Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las administraciones públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley”.*



Esta ley no ha hecho más que continuar con una regulación de la responsabilidad patrimonial de las AAPP diseñada en la ley como una responsabilidad general y directa que entra en juego siempre que se cumplan los requisitos que exige la norma<sup>2</sup>, y siempre que se siga el procedimiento previsto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas (en adelante, LPAC)<sup>3</sup>.

La LRJSP apenas introdujo reformas o novedades<sup>4</sup> en el instituto de la responsabilidad patrimonial<sup>5</sup>, lo cual ha sido criticado por algunos autores que han visto en esta ley la oportunidad de corregir carencias de la legislación anterior, y de reducir la inseguridad jurídica y el protagonismo judicial en la aplicación del sistema<sup>6</sup>.

Pero sí hemos de fijarnos en el ámbito subjetivo de ambas leyes, tal como se recoge en el artículo 2, pues si la Ley 30/92 en su artículo 2 tan solo se refería a las personificaciones jurídico-públicas del sector público<sup>7</sup>, esto es, a las AAPP de base territorial y a las entidades jurídico-públicas que tienen la consideración de AAPP (y no a las personificaciones jurídico-privadas del sector público), en cambio las leyes LRJSP y LPAC extienden su ámbito de aplicación a todo el sector público.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 2, el sector público comprende tanto a las AAPP de base territorial (Administración general del Estado, las administraciones de las comunidades autónomas, las entidades que integran la Administración local) como el sector público institucional, y este a su vez se integra, conforme al artículo 2.2, por:

a) Cualesquiera organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de las AAPP.

<sup>2</sup> Requisitos que coinciden sustancialmente con los ya previstos en la ley anterior, Ley 30/92, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.

<sup>3</sup> Un balance sobre el ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración se recoge en la obra de MARTÍN REBOLLO, L., "Ayer y hoy de la Responsabilidad patrimonial de la Administración: Un balance y tres reflexiones", *Revista de Administración Pública*, n. 150, enero-abril 2000. En su esencia, constituye la versión escrita de la conferencia impartida en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, el 16 de noviembre de 1999, dentro del ciclo organizado por el Anuario de dicha Facultad. AFDUAM 4 (2000), pp. 273-316.

<sup>4</sup> Si alguna novedad podemos destacar, son los cambios introducidos en la regulación de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador por las lesiones que sufren los particulares en sus bienes y derechos derivadas de leyes declaradas inconstitucionales o contrarias al derecho de la Unión Europea. La Comisión Europea decidió abrir a España un procedimiento de infracción, y el 25 de enero de 2018 le envió un dictamen motivado debido a que las normas de este país incumplen los principios de equivalencia y/o de efectividad, ya que las actuales disposiciones nacionales establecen condiciones menos favorables en lo relativo a la responsabilidad por una infracción de la legislación de la UE que por la responsabilidad debida a una infracción de la Constitución española, y porque además contiene condiciones de procedimiento que no son acordes con la jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia de la UE, haciendo que sea excesivamente difícil comprometer la responsabilidad del Estado por una infracción de la legislación de la UE, lo que tiene una repercusión negativa en la efectividad del derecho de la UE.

<sup>5</sup> Sobre la responsabilidad de las administraciones públicas tras la nueva Ley de régimen jurídico del sector público, puede leerse la obra de GARCÍA RUBIO, F., y FUENTES I GASÓ, R., *La responsabilidad de las Administraciones Públicas tras la nueva Ley de Régimen Jurídico del Sector Público*, Colección: Derecho y Administración, Atelier, Barcelona, 2017.

<sup>6</sup> PIZARRO NEVADO, R., "Disposiciones generales, principios de actuación y funcionamiento del sector público", Gonsálbez Pequeño, H. (dir.), *El nuevo régimen jurídico del sector público*, El consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2016, p. 102.

<sup>7</sup> El artículo 2 (Ámbito de aplicación) establecía que: "1. Se entiende a los efectos de esta ley por administraciones públicas: a) La Administración general del Estado, b) Las administraciones de las comunidades autónomas, c) Las entidades que integran la Administración local. 2. Las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las administraciones públicas tendrán asimismo la consideración de Administración pública. Estas entidades sujetarán su actividad a la presente ley cuando ejerzan potestades administrativas, sometiéndose en el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación".

b) Las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las AAPP, que quedarán sujetas a lo dispuesto en las normas de esta ley que específicamente se refieran a las mismas, en particular a los principios previstos en el artículo 3 y, en todo caso, cuando ejerzan potestades administrativas.

c) Las universidades públicas, que se regirán por su normativa específica y supletoriamente por las previsiones de las leyes 39/2015 y 40/2015.

Esto significa que toda reclamación de responsabilidad patrimonial que se presente frente a estas administraciones, y frente a todas estas entidades, aunque entre estas últimas algunas sean personificaciones de derecho privado siempre que actúen en ejercicio de potestades públicas, se tramitará por los cauces previstos en la LPAC. Y los actos que pongan fin a estos procedimientos tendrán la consideración de actos administrativos sujetos al control de la jurisdicción contencioso-administrativa (artículos 1 y 2 e) de la Ley 29/1998, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, en adelante LJCA).

En el caso de las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las AAPP –personificaciones jurídico-privadas del sector público, como son las sociedades públicas mercantiles o las fundaciones públicas–, quedan sometidas a las normas de la LPAC cuando estas normas se refieran específicamente a ellas y, en todo caso, cuando ejerzan potestades administrativas.

No deja de llamar la atención esta última previsión legal –que se repite en el artículo 2.2 b) de la LRJSP–, teniendo en cuenta que el legislador siempre ha querido evitar la atribución de potestades públicas a las personificaciones jurídico-privadas del sector público. Y la justificación se presentaba sencilla: no tienen la consideración de Administración pública. Su personal es laboral y, conforme a lo dispuesto en el artículo 9.2 del Real decreto legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto básico del empleado público, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas corresponde exclusivamente a los funcionarios públicos.

La disposición adicional duodécima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración general del Estado (derogada por la LRJSP), disponía que:

*“Las sociedades mercantiles estatales (...) en ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública”*. Del mismo modo, la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones, disponía en su artículo 46 (derogado por la LRJSP) que *“Las fundaciones del sector público estatal (...) No podrán ejercer potestades públicas”*.

En el ámbito autonómico gallego, la Ley 16/2010, de 17 de diciembre, de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico de Galicia, en su artículo 103.2, dispone que *“Las sociedades mercantiles autonómicas en ningún caso dispondrán de facultades que impliquen el ejercicio de potestades administrativas”*; y el artículo 115.1 que *“Las fundaciones del sector público de la Comunidad Autónoma no podrán ejercer potestades públicas”*.

Sin embargo, con las leyes LRJSP y LPAC, se experimenta el proceso inverso al fenómeno que conocemos como de huida del derecho administrativo, el cual ha venido

caracterizando a esta rama del ordenamiento jurídico durante la segunda mitad del siglo XX.

Una manifestación de este proceso inverso la encontramos igualmente en la LRJSP, cuyo artículo 113, al regular el régimen jurídico de las sociedades mercantiles estatales, establece que *“En ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública, sin perjuicio de que excepcionalmente la ley pueda atribuirle el ejercicio de potestades administrativas”*<sup>8</sup>.

Respecto de las universidades públicas, aunque no se incluyan en el apartado 3 del artículo 2 de la LPAC (consideración de administraciones públicas), lo que no merece discusión alguna es que se trata de instituciones públicas creadas por los órganos legislativos, dotadas de personalidad jurídica, y que prestan un servicio público, aunque desarrollen sus funciones en régimen de autonomía (Ley orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de universidades, en adelante LOU). Y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6.4 de la LOU, las resoluciones del rector y los acuerdos del consejo social, del consejo de gobierno y del claustro universitario, agotan la vía administrativa y serán impugnables directamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa, de acuerdo con lo establecido en la Ley 30/1992 (referencia que debe entenderse realizada a la LPAC de conformidad con lo dispuesto en la disposición final cuarta).

Podemos recordar, respecto de las corporaciones de derecho público, que aun siendo asociaciones de base privada que actúan en defensa de intereses profesionales y económicos comunes, se les encomiendan determinadas funciones públicas, de manera que, si en el ejercicio de esas funciones causan daños, la responsabilidad patrimonial se exigirá por los cauces previstos en la LPAC, y la resolución que ponga fin a este procedimiento será fiscalizable por la jurisdicción contencioso-administrativa<sup>9</sup>.

## 2 Procedimiento administrativo

### 2.1 Consideraciones generales

El artículo 142.3<sup>10</sup> de la derogada Ley 30/92 demandaba una colaboración reglamentaria para regular tanto el procedimiento general para la determinación de la responsabilidad patrimonial como el procedimiento abreviado.

Ni la LRJSP ni la LPAC contienen una previsión semejante, pues esta última ya recoge las especialidades procedimentales en el seno del procedimiento administrativo común para la exigencia de dicha responsabilidad, y se encarga también de regular el procedimiento abreviado<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> Francisco Velasco lo denomina proceso de readministrativización de las entidades privadas vinculadas o dependientes, en el blog del Instituto de Derecho Local de la Universidad Autónoma de Madrid, [www.idluam.org](http://www.idluam.org).

<sup>9</sup> Artículo 2 c) de la LJCA.

<sup>10</sup> *“Para la determinación de la responsabilidad patrimonial se establecerá reglamentariamente un procedimiento general con inclusión de un procedimiento abreviado (...)”*.

<sup>11</sup> Capítulo VI “De la tramitación simplificada del procedimiento administrativo común”, artículo 96.

Incluso la LRJSP, en su artículo 32.9, se remite a la LPAC, en cuanto al procedimiento para determinar la responsabilidad de las AAPP por los daños y perjuicios causados a terceros durante la ejecución de contratos cuando sean consecuencia de una orden inmediata y directa de la Administración o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma.

Ahora bien, con tales previsiones legales no queda agotada toda la regulación de la responsabilidad patrimonial<sup>12</sup>. La disposición final decimoquinta de la LPAC faculta al Consejo de Ministros y a los ministros de Presidencia y de Hacienda y Administraciones Públicas, en el ámbito de sus competencias, para dictar cuantas disposiciones reglamentarias sean necesarias para su desarrollo.

El procedimiento regulado en la LPAC, con las especialidades propias del procedimiento de exigencia de la responsabilidad patrimonial es el que debe de tramitar la Administración, bien actúe sometida al derecho administrativo, bien lo haga en sus relaciones de derecho privado, y bien actúe directamente o a través de una entidad de derecho privado.

El artículo 35 (responsabilidad de derecho privado) establece que:

*“Cuando las administraciones públicas actúen, directamente o a través de una entidad de derecho privado, en relaciones de esta naturaleza, su responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 32 y siguientes, incluso cuando concurra con sujetos de derecho privado o la responsabilidad se exija directamente a la entidad de derecho privado a través de la cual actúe la Administración o a la entidad que cubra su responsabilidad”.*

Este precepto no representa ninguna novedad respecto de la normativa anterior, pues mantiene el régimen de responsabilidad que ya se recogía en el artículo 144 de la derogada Ley 30/92, en la redacción dada por la Ley 4/1999<sup>13</sup>.

Así, bien actúen las AAPP directamente, bien lo hagan a través de una entidad de derecho privado (en régimen de contratación o de concesión administrativa), la responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 32 y siguientes de la LRJSP.

Por tanto, una vez presentada la reclamación de responsabilidad patrimonial, el procedimiento se tramitará por los cauces previstos en la LPAC, y se resolverá con arreglo a los principios previstos en la LRJSP.

El artículo 35 de la LRJSP representa una manifestación del carácter directo de la responsabilidad de las AAPP que se recoge en el artículo 36 cuando dice que:

***“1. Para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a que se refiere esta ley, los particulares exigirán directamente a la Administración pública correspondiente***

<sup>12</sup> CABO OLVERA, T., *El procedimiento para la exigencia de responsabilidad patrimonial a las Administraciones Públicas. Ley 39/2015 y Ley 40/2015. Normativa, jurisprudencia, doctrina y formularios*, Bosch, Barcelona, 2019.

<sup>13</sup> El artículo 144 (Responsabilidad de derecho privado) establecía que: *“Cuando las administraciones públicas actúen en relaciones de derecho privado, responderán directamente de los daños y perjuicios causados por el personal que se encuentre a su servicio, considerándose la actuación del mismo acto propio de la Administración bajo cuyo servicio se encuentre. La responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 139 y siguientes de esta ley”.*

*las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio.*

*La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio en vía administrativa de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, previa instrucción del correspondiente procedimiento”.*

Solo que el artículo 36 se refiere a la exigencia de la responsabilidad patrimonial cuando las AAPP actúen a través de sus autoridades y del personal a su servicio, y en relaciones sujetas al derecho administrativo<sup>14</sup>; y el artículo anterior se refiere a la exigencia de la responsabilidad patrimonial cuando las AAPP actúen en relaciones de derecho privado, bien directamente o a través de sujetos privados, pero en ambos casos el procedimiento de exigencia de responsabilidad patrimonial va a ser el mismo: el previsto en la LCAP<sup>15</sup>.

En el ámbito autonómico gallego, el artículo 37.2 de la Ley 1/2015, de 1 de abril, de garantía de la calidad de los servicios públicos y de la buena administración (en adelante Ley gallega 1/2015), establece que:

*“En los casos de gestión directa del servicio a través de otras entidades instrumentales del sector público diferentes de las expresadas en el apartado anterior (en alusión a los prestados a través de entidades privadas instrumentales) y en los casos de gestión indirecta del servicio, las relaciones de las personas usuarias con el prestador del servicio tendrán naturaleza jurídico-privada (...).”*

A pesar de dotar a estas relaciones de una naturaleza jurídico-privada, la ley gallega somete al derecho administrativo –como lo hace ahora el artículo 35 de la LRJSP– el régimen de responsabilidad derivada de la prestación de los servicios públicos.

El artículo 40.1 de la Ley gallega 1/2015 permite al usuario dirigir directamente su reclamación a la Administración autonómica titular del servicio público, de acuerdo

<sup>14</sup> La Audiencia Nacional en la sentencia de 6 de mayo de 2013 (RO: SAN 2242/2013), recurso: 93/2012, razona que “No existe una acción de responsabilidad patrimonial frente a las autoridades y agentes al servicio de la Administración, ni directa ni indirecta, pues la única acción que el ordenamiento contempla es la acción directa frente a la Administración pública”. Tampoco se puede dirigir una acción de esta naturaleza ante la jurisdicción civil, y así la STS de 17 de febrero de 2006: “Este sistema de opción (se refiere a la posibilidad de dirigirse contra la autoridad o personal) desapareció a partir de la entrada en vigor de la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común de 1992 (...)”. Y la STC 15/2016, de 1 de febrero de 2016 (BOE n. 57, de 7 de marzo de 2016), negó legitimación al funcionario para ser parte en el proceso de responsabilidad objetiva de la Administración por ausencia de interés legítimo, toda vez que la declaración de responsabilidad de la Administración no comporta, automáticamente, beneficio o perjuicio alguno en su esfera jurídica. Será en un momento posterior, en el del ejercicio de la acción de regreso, o en el de la eventual incoación de un expediente sancionador, donde el demandante podrá formular alegaciones, proponer y practicar la prueba admitida y, en su caso, recurrir en la vía jurisdiccional contencioso-administrativa la resolución definitiva y firme que se dicte, manteniéndose así indemnes sus posibilidades de defensa (FJ 2).

<sup>15</sup> Lo que añade la nueva ley es la extensión de este régimen a los casos en los que la Administración actúe en relaciones de derecho privado. No a través del personal a su servicio (que también, y así se recogía en la ley anterior), sino a través de una entidad de derecho privado, e incluso cuando concurra en la producción del daño con sujetos de derecho privado, o cuando la responsabilidad se exija directamente a la entidad de derecho privado a través de la cual actúe la Administración, o a la entidad aseguradora que cubra su responsabilidad. Este último añadido se asemeja al introducido en el artículo 2 e) de la LJCA por la LO 19/2003, de 23 de diciembre, en un afán de conseguir la unidad jurisdiccional cuando se trata de reclamaciones de responsabilidad patrimonial de las AAPP, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de la que se derive, no pudiendo ser demandadas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social “aun cuando en la producción del daño concurran con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad”

con lo establecido en la legislación básica estatal<sup>16</sup>, sin perjuicio del derecho a reclamar contra el prestador del servicio en la vía jurisdiccional que corresponda en los casos en que no se pretenda la exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración<sup>17</sup>.

2.2 Procedimiento administrativo cuando la Administración actúa a través de contratistas y concesionarios de servicios públicos. Alcance de su responsabilidad

En el caso particular de los contratistas y concesionarios de servicios públicos<sup>18</sup>, el artículo 32.9 LRJSP es también claro en cuanto al procedimiento a seguir para determinar la responsabilidad de las AAPP por los daños y perjuicios causados a terceros con motivo de la ejecución de los contratos y de la prestación de los servicios públicos. Y es, igualmente, el procedimiento administrativo regulado en la LCAP, con las peculiaridades propias de este tipo de reclamaciones.

El artículo 32.9 establece que:

*“Se seguirá el procedimiento previsto en la Ley de procedimiento administrativo común de las administraciones públicas para determinar la responsabilidad de las administraciones públicas por los daños y perjuicios causados a terceros durante la ejecución de contratos cuando sean consecuencia de una orden inmediata y directa de la Administración o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma sin perjuicio de las especialidades que, en su caso, establezca el Real decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de contratos del sector público”.*

El Real decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, ha sido derogado y sustituido por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público.

Esta regulación tampoco constituye una novedad, pues ya se recogía en el Real decreto 429/93, de 26 de marzo, que aprobó el reglamento de los procedimientos de las AAPP en materia de responsabilidad patrimonial<sup>19</sup>, derogado por la LCAP.

Para comprobar hasta dónde alcanza en estos casos la responsabilidad de las AAPP<sup>20</sup>, tenemos que acudir, entonces, a la legislación sectorial en materia de con-

<sup>16</sup> En referencia a la Ley 30/92, y ahora a las leyes LRJSP y LPAC.

<sup>17</sup> Con esta previsión se evita que el perjudicado acuda a la jurisdicción contencioso-administrativa demandando únicamente a la entidad de derecho privado, que no es Administración pública. Y se evita que el perjudicado demande a la Administración pública ante la jurisdicción civil, lo cual no sería posible a tenor de lo dispuesto en el artículo 2 e) de la LJCA.

<sup>18</sup> La responsabilidad patrimonial concurrente de las administraciones públicas y de sujetos privados ha sido objeto de análisis por GARCÍA SANZ, J., “En torno a la Responsabilidad patrimonial concurrente de las Administraciones Públicas y de sujetos privados”, *Actualidad Jurídica Uribe Menéndez*, n. 9, 2004. Y por su parte la Responsabilidad patrimonial de los contratistas del sector público ha sido objeto de análisis por MANTECA VALDELANDE, V., “Reclamación de responsabilidad a las Administraciones Públicas, Responsabilidad patrimonial de los contratistas del sector público”, *Actualidad Administrativa*, n. 8, Sección Práctica Profesional, quincena del 16 al 30 de abril de 2011, p. 1028, tomo 1, editorial La Ley.

<sup>19</sup> Artículo 1.3 RD 429/1993: “Se seguirán los procedimientos previstos en los capítulos II y III de este reglamento para determinar la responsabilidad de las administraciones públicas por los daños y perjuicios causados a terceros durante la ejecución de contratos, cuando sean consecuencia de una orden directa e inmediata de la Administración o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma, con arreglo a la legislación de contratos de las administraciones públicas, sin perjuicio de las especialidades que, en su caso, dicha legislación establece. En todo caso se dará audiencia al contratista, notificándole cuantas actuaciones se realicen en el procedimiento, al efecto de que se persone en el mismo, exponga lo que a su derecho convenga y proponga cuantos medios de prueba estime necesarios”.

<sup>20</sup> Las reglas de distribución de la responsabilidad entre la Administración vs. el contratista por HORGUÉ BAENA, C., “La responsabilidad del contratista por daños causados a terceros de los contratos administrativos”, *Revista de Administración Pública*, n. 147, septiembre-diciembre 1998 (<https://dialnet.unirioja>), y por BOCANEGRA SIERRA, R., “La responsabilidad ci-



tratación pública, y en particular al artículo 196, que regula la indemnización de daños y perjuicios causados a terceros con motivo de la ejecución del contrato<sup>21</sup>.

En este artículo se recoge una regla general y unas excepciones.

La regla general:

*“1. Será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato”.*

Y las excepciones:

*“2. Cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será esta responsable dentro de los límites señalados en las leyes. También será la Administración responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de los vicios del proyecto en el contrato de obras, sin perjuicio de la posibilidad de repetir contra el redactor del proyecto de acuerdo con lo establecido en el artículo 315, o en el contrato de suministro de fabricación”.*

Para los concesionarios de los servicios públicos, el artículo 121.2 LEF establecía que:

*“En los servicios públicos concedidos correrá la indemnización a cargo del concesionario, salvo en el caso en que el daño tenga su origen en alguna cláusula impuesta por la Administración al concesionario y que sea de ineludible cumplimiento para éste”.*

En el ámbito del régimen local<sup>22</sup>, el artículo 128 del Reglamento de servicios de las corporaciones locales, Decreto de 17 de junio de 1955, también impone al concesionario que gestione un servicio público de competencia de las entidades locales la obligación de indemnizar a terceros de los daños que les ocasionase el funcionamiento del servicio, salvo que se hubiesen producido por actos realizados en cumplimiento de una cláusula impuesta por la corporación con carácter ineludible.

La misma idea de excluir la responsabilidad de la Administración cuando la lesión en los bienes o derechos de los particulares se produzca a consecuencia del funcionamiento de un servicio público concedido a un tercero se recoge igualmente en el artículo 288 c) de la Ley 9/2017, que, al establecer las obligaciones generales del concesionario, incluye la de *“Indemnizar los daños que se causen a terceros como*

vil de los concesionarios y contratistas de la Administración por daños causados a terceros”, *Documentación Administrativa*, n. 237-238, 1994 (<https://doi.org/10.24965/da.v0i237-238.5353>).

<sup>21</sup> Con contenido equivalente al artículo 214 de Real decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de contratos del sector público, que regulaba la indemnización de daños y perjuicios de la siguiente manera: “1. Será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato. 2. Cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será esta responsable dentro de los límites señalados en las leyes. También será la Administración responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por ella misma en el contrato de obras o en el de suministro de fabricación”.

<sup>22</sup> Sobre la responsabilidad patrimonial de las entidades locales puede leerse la obra del mismo título de MARTÍN REBOLLO, L., *La responsabilidad patrimonial de las entidades locales*, Colección: Biblioteca de Derecho Municipal, Iustel, Madrid, 2005.



*consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, excepto cuando el daño sea producido por causas imputables a la Administración”.*

En términos semejantes aparece redactado el artículo 50 de la Ley gallega 1/2015, que, al regular las obligaciones del contratista, establece lo siguiente:

*“1. El contratista estará sujeto a las obligaciones recogidas en la legislación de contratos públicos y en el régimen jurídico del servicio. 2. En particular, estará sujeto a las siguientes obligaciones:*

*f) Indemnizar por los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, excepto cuando el daño sea producido por causas imputables a la Administración”.*

Nos podemos preguntar a continuación cuál puede ser la reacción del ciudadano que ha sufrido un daño, muchas veces desconocedor de que detrás de unas obras públicas o de la prestación de un servicio público hay un sujeto privado vinculado a la Administración en régimen de contratación o concesión administrativa.

Como también nos podemos preguntar quién debe tramitar el procedimiento de exigencia de responsabilidad, a través de qué cauces y cómo debe finalizar el procedimiento.

La respuesta a esas preguntas tratamos de darla en los siguientes apartados.

A) Quién debe tramitar el procedimiento:

El ciudadano que ha sufrido el daño puede acudir directamente a la Administración que crea responsable (titular del servicio público en cuyo ámbito se ha producido el daño), o también podrá dirigirse frente al contratista, o prestador del servicio público. Pero en ambos casos será la Administración quien deba tramitar el correspondiente procedimiento de exigencia de responsabilidad, para lo cual el contratista o el prestador del servicio estarán obligados a remitir a la Administración las reclamaciones de responsabilidad que se puedan presentar ante ellos.

Así se recoge en el artículo 40 de la Ley gallega 1/2015, que, al regular la responsabilidad patrimonial derivada de la prestación de los servicios públicos de titularidad autonómica, establece lo siguiente:

*“1. Las reclamaciones de responsabilidad patrimonial que puedan formular las personas usuarias de los servicios públicos podrán dirigirse directamente a la Administración autonómica titular del servicio público, de acuerdo con lo establecido en la legislación básica estatal (...)”.*

Es más, la propia ley, queriendo reforzar la competencia de la Administración en la tramitación del procedimiento, y queriendo buscar una solución al incumplimiento de la obligación que atribuye al contratista y al concesionario de remitir las reclamaciones de responsabilidad patrimonial que le hayan presentado directamente las personas usuarias, establece a renglón seguido que *“El contrato incluirá expresamente esta obligación como obligación esencial, cuyo incumplimiento será causa de resolución contractual”.*

Teniendo en cuenta la opción que la ley ofrece al ciudadano de presentar la reclamación bien *directamente a la Administración bien ante el contratista o concesionario*, la

presentación ante uno u otro interrumpe el plazo de prescripción de la acción, aunque el plazo para resolver el procedimiento no va a dar comienzo sino desde que la reclamación tenga entrada en el registro de la Administración u organismo competente para su tramitación (artículo 21.2 b) LCAP).

B) A través de qué cauces:

El procedimiento se tramitará de acuerdo con las normas procedimentales que se recogen en la LCAP para este tipo de procedimientos (*–de acuerdo con las normas que regulan la responsabilidad patrimonial de la Administración–* dice el artículo 40.2 de la Ley gallega 1/2015), solo que añade un trámite de audiencia en el artículo 82.5<sup>23</sup>:

*“En los procedimientos de responsabilidad patrimonial a los que se refiere el artículo 32.9 de la Ley de régimen jurídico del sector público, será necesario en todo caso dar audiencia al contratista, notificándole cuantas actuaciones se realicen en el procedimiento, al efecto de que se persone en el mismo, exponga lo que a su derecho convenga y proponga cuantos medios de prueba estime necesarios”.*

El mismo trámite se recoge en la Ley gallega 1/2015, cuyo artículo 41 (Intervención del gestor del servicio en el expediente de responsabilidad patrimonial) establece que:

*“1. En la tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial en los casos de servicios públicos en régimen de gestión indirecta se dará audiencia al contratista, y se le notificarán cuantas actuaciones se realicen en el procedimiento al efecto de que comparezca en él, exponga lo que a su derecho convenga y proponga cuantos medios de prueba considere necesarios”.*

Sin embargo, ni esta norma ni las estatales que regulan el régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial exigen que en la tramitación de estos procedimientos se dé audiencia, ya no a las aseguradoras de las empresas contratistas o de prestación de servicios públicos<sup>24</sup>, sino a las compañías aseguradoras de la Administración.

Esto no significa que las compañías aseguradoras puedan, y menos aún deban, quedar al margen de la tramitación del procedimiento, pues no se puede negar su condición de interesada al amparo de lo dispuesto en el artículo 4.1 de la LCAP, desde el momento en que sus intereses pueden resultar afectados por la decisión que se adopte en el procedimiento, y porque el artículo 16 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro<sup>25</sup>, impone al tomador del seguro la obligación de comunicar al

<sup>23</sup> Este trámite ya aparecía recogido en el derogado Real decreto 429/1993, en su artículo 1.3 *“En todo caso se dará audiencia al contratista, notificándole cuantas actuaciones se realicen en el procedimiento, al efecto de que se persone en el mismo, exponga lo que a su derecho convenga y proponga cuantos medios de prueba estime necesarios”.*

<sup>24</sup> Entiendo que las cuestiones relativas a las pólizas de seguro suscritas con estas compañías para la cobertura de la responsabilidad civil que derive de su actuación representa una cuestión interna entre asegurador y asegurado, y tendrán que resolverse entre ellas, acudiendo en su caso a la jurisdicción civil.

<sup>25</sup> El artículo 16 LCS establece que *“El tomador del seguro o el asegurado o el beneficiario deberán comunicar al asegurador el acaecimiento del siniestro dentro del plazo máximo de siete días de haberlo conocido, salvo que se haya fijado en la póliza un plazo más amplio. En caso de incumplimiento, el asegurador podrá reclamar los daños y perjuicios causados por la falta de declaración. Este efecto no se producirá si se prueba que el asegurador ha tenido conocimiento del siniestro por otro medio. El tomador del seguro o el asegurado deberá, además, dar al asegurador toda clase de informaciones sobre las circunstancias y consecuencias del siniestro. En caso de violación de este deber, la pérdida del derecho a la indemnización sólo se producirá en el supuesto de que hubiese concurrido dolo o culpa grave”.*

asegurador el acontecimiento del siniestro en un plazo máximo de siete días desde que se tiene conocimiento del mismo o en el más amplio que fije la póliza.

Cuestión distinta es que en la práctica la aseguradora de la Administración sea o no llamada en el procedimiento de responsabilidad patrimonial como interesada y comparezca o no en él, y se le ofrezcan los trámites de audiencia y práctica de prueba, y finalmente se le notifique la resolución. En los pliegos contractuales, y en particular en los pliegos de prescripciones técnicas para la contratación de los seguros de responsabilidad civil/patrimonial de la Administración, no se suele hacer ninguna mención al respecto, limitándose a indicar aspectos como el objeto del seguro, las sumas aseguradas, los límites de la responsabilidad, el alcance temporal y geográfico del seguro, los riesgos cubiertos o las prestaciones del asegurador.

C) Cómo debe finalizar el procedimiento:

C.1) Pronunciamiento sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños, y sobre el *quantum* indemnizatorio:

En el acuerdo que ponga fin al procedimiento, la Administración deberá decidir (“informar” dice la LCSP) a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños.

El artículo 214 del Real decreto legislativo 3/2011 establecía que:

*“3. Los terceros podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que éste, oído el contratista, se pronuncie sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción.  
4. La reclamación de aquéllos se formulará, en todo caso, conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto”.*

Y el artículo 196.3 de la vigente Ley 9/2017 LCSP establece que:

*“Los terceros podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que éste, oído el contratista, informe sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción”.*

El contenido de ambos preceptos es prácticamente idéntico al que ya se recogía en el artículo 97.1 del Real decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas:

*“Los terceros podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que éste, oído el contratista, se pronuncie sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción”.*

Y antes en el artículo 98.1 de la Ley 13/95, de 18 de mayo, de contratos de las administraciones públicas, y con similar contenido el artículo 92 del Reglamento de contratación de las corporaciones locales<sup>26</sup>.

Específicamente para los contratos de gestión de servicios públicos, los artículos 123 de la Ley de expropiación forzosa y 137 de su reglamento establecían que:

*“Cuando se trate de servicios concedidos, la reclamación se dirigirá a la Administración que otorgó la concesión, en la forma prevista en el párrafo 2 del art. 122, la cual resolverá tanto sobre la procedencia de la indemnización como sobre quién debe pagarla, de acuerdo con el párrafo 2 del art. 121. Esta resolución dejará abierta la vía contencioso-administrativa, que podrá utilizar el particular o el concesionario, en su caso”.*

En este contexto normativo se puede afirmar que la legislación sectorial obliga a la Administración, como órgano de contratación ante el que presenta la reclamación el particular, de resolverla y pronunciarse tanto sobre la procedencia de la indemnización como sobre quién debe abonarla. Y si alguna duda pudiera generar el cambio de redacción del artículo 196.3 de la LCSP, pues abandona el término *“se pronuncie”* y lo sustituye por el de *“informe”*; esta duda queda despejada, al menos en el ámbito de actuación de la Administración autonómica gallega, en el artículo 4.1.2 de la Ley 1/2015, al establecer lo siguiente:

*“El procedimiento se instruirá de acuerdo con las normas que regulan la responsabilidad patrimonial de la Administración y determinará si existe responsabilidad patrimonial de la Administración, por ser el daño producido por causas imputables a la Administración, o si existe responsabilidad patrimonial del contratista”.*

Sobre la interpretación que han merecido las normas en materia de contratación pública y, por tanto, sobre el posicionamiento de la Administración como órgano de contratación a la hora de resolver las reclamaciones presentadas por los particulares, el Tribunal Supremo (en adelante, TS) en la Sentencia de 25 de octubre de 2016 –recurso 2537/2015– (ROJ: STS 4625/2016), se hace eco del largo y tortuoso recorrido por el que atravesó este régimen y su interpretación, llevando a dicho tribunal a crear unas líneas de jurisprudencia no del todo coincidentes, como se deja constancia en la Sentencia de 30 de octubre de 2003 (recurso de casación 3315/1999) y en la anterior de 30 de abril de 2001 (recurso de casación 9396/1996).

Nos fijaremos entonces en lo que sostiene el TS en la Sentencia de 25 de octubre de 2016. El TS razona que:

*“Cuando el daño se impute a un concesionario –o contratista–, de conformidad con lo establecido en los mencionados preceptos, el perjudicado ha de dirigirse contra la Administración titular del servicio y otorgante de la concesión; debiendo*

<sup>26</sup> El Reglamento general de contratación aprobado por el Decreto 3410/75 se mantuvo vigente hasta que entró en vigor el Real decreto 1098/2001, de 12 de octubre, que aprobó el nuevo Reglamento general de la Ley de contratos de las administraciones públicas. Asimismo, se mantuvo en el artículo 198 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, y después en el artículo 214 del Real decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que aprobó el texto refundido de la Ley de contratos del sector público.

*ésta, con audiencia de todas las partes afectadas, determinar si la imputación del daño ha de realizarse, conforme a ese sistema de reparto de responsabilidad, bien al concesionario o a la Administración”.*

En base a ello, podemos concluir que, cuando el perjudicado presenta una reclamación frente a la Administración pública, y detrás de la producción del daño está la actuación de un contratista o de un concesionario, la Administración deberá pronunciarse no solo sobre la concurrencia de los requisitos de la responsabilidad patrimonial, sino, y para el caso de que concurran estos requisitos, sobre a quién corresponde la responsabilidad, si a ella, si al contratista/concesionario, o si a ambas, y además deberá pronunciarse sobre el *quantum* indemnizatorio que corresponda, sin que pueda reservarlo a un ulterior procedimiento.

Esta obligación aparece reforzada en el artículo 41.3 de la Ley gallega 1/2015, del que hemos de destacar la posición de garante que atribuye a la Administración, disponiendo que:

*“Si en el procedimiento se determina la existencia de responsabilidad patrimonial del contratista, la Administración, como garante de la posición de las personas usuarias, en virtud de la ley y en el uso de sus potestades contractuales, ordenará a aquél el abono de la indemnización a la persona usuaria y le indicará un plazo para ello”.*

Así lo ha interpretado el TSJG en la Sentencia de 19 de diciembre de 2018 (ROJ: STSJ GAL 5032/2018).

C.2) Ejecución del acto que pone fin al procedimiento administrativo de declaración de responsabilidad del contratista o concesionario:

La ley gallega ofrece una solución para conseguir que el acuerdo que determina la responsabilidad del contratista o del concesionario se pueda ejecutar en la propia vía administrativa y por la propia Administración sin que el perjudicado se vea obligado a acudir a la vía judicial, bien ante la jurisdicción contencioso-administrativa por la vía del artículo 29.2 LJCA (ejecución de acto firme), bien ante la jurisdicción civil frente al contratista.

Con el objeto de que la Administración pueda acudir a los mecanismos coercitivos propios de la ejecución de sus actos administrativos, la ley califica de créditos de derecho público a las cantidades que la Administración reconozca a favor de los perjudicados, pues de esta manera podrá recaudarlas en vía ejecutiva (artículos 97 y ss. de la LCAP).

Con esta previsión el legislador gallego opta por atribuir a la Administración un papel que va más allá del papel arbitral en que se creía que actuaban, para convertirse en un papel de verdadero garante. E incluso como responsable última del servicio público podrá abonar esas cantidades directamente al perjudicado sin perjuicio de su posterior repetición frente al contratista.

Así, la Ley gallega 1/2015, en su artículo 41.3 y 4 (Intervención del gestor del servicio en el expediente de responsabilidad patrimonial), establece que:

*“En caso de incumplimiento de la resolución por el contratista, las cantidades determinadas por la Administración en el procedimiento tendrán la consideración de crédito de derecho público, a efectos de su recaudación por el órgano competente de la Administración. Las cantidades recaudadas serán objeto de entrega a la persona usuaria del servicio perjudicado.*

*Asimismo, el régimen jurídico del servicio podrá prever el abono de las cantidades determinadas en el procedimiento directamente por parte de la Administración como responsable última del servicio y su posterior exigencia como crédito de derecho público al contratista.*

*Los pliegos de los contratos deberán hacer referencia a lo previsto en este artículo”.*

C.3) Efectos del incumplimiento de la obligación de la Administración de pronunciarse sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños:

La cuestión más polémica se plantea en cuanto a los efectos de la pasividad de la Administración ante este tipo de reclamaciones.

Aquí hay que distinguir dos situaciones, la del silencio administrativo, y la de la resolución expresa que deniega la reclamación por entender que no concurren los requisitos de la responsabilidad patrimonial, pero sin llegar a entrar a analizar la cuestión de fondo, al inadmitir o desestimar la reclamación en base a otras cuestiones, como por ejemplo la prescripción de la acción, la falta de legitimación activa, etc., sin llegar a pronunciarse sobre la responsabilidad del contratista/concesionario.

Sea cual sea el pronunciamiento o los pronunciamientos que recaigan, el acto que ponga fin al procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial queda sujeto al control judicial, y podrá ser impugnado por quien se entienda perjudicado en sus intereses, de modo que podrá serlo por el reclamante (porque no se haya reconocido la responsabilidad patrimonial, o porque la estimación de la reclamación es parcial, o porque se declara la responsabilidad del contratista/concesionario y el perjudicado quiere que lo sea también o en exclusiva la Administración), o por la empresa contratista/concesionaria, o por ambas partes.

En los casos de silencio, de dirigirse la reclamación en vía judicial únicamente frente a la Administración, esta no podrá alegar su falta de responsabilidad, atribuyéndola al contratista, pues como ya se han pronunciado los tribunales:

*“Cuando la Administración demandada incumple lo dispuesto y no da a conocer al perjudicado, si de los daños por él sufridos debe de responder la propia Administración, o bien la contratista de las obras, a tenor del art. 98 citado, la Administración no puede exonerarse de responsabilidad, imputándole a ella el resarcimiento de los daños causados”<sup>27</sup>.*

No se puede desconocer el cuerpo de doctrina que se ha venido formando en esta materia, ampliamente aceptado por los tribunales y juzgados de lo contencioso-administrativo, según el cual en aquellos casos en los que la Administración se limita a

<sup>27</sup> SAN de 17 de septiembre de 2003 y STS de 25 de octubre de 2016.

declinar su responsabilidad en los hechos, sin indicar al perjudicado cuál de las partes debe responder por los daños causados, esta omisión constituye motivo suficiente para atribuirle la responsabilidad por los daños, sin que pueda verse exonerada por la aplicación de la regla general de atribución de responsabilidad prevista en la normativa sobre contratación pública, que con carácter general atribuye la obligación de indemnizar a la empresa contratista.

Esta doctrina fue aceptada y asumida por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Galicia en sentencias como la de 4 abril de 2003 (recurso contencioso-administrativo n. 4561/1999).

Nada excluye considerar que el artículo 196 de la LCSP se refiere a las relaciones internas entre contratista y Administración, sin que su contenido se pueda invocar frente al perjudicado en los casos en los que la Administración ha omitido un pronunciamiento sobre la responsabilidad en atención al reparto de la carga indemnizatoria en los términos previstos en la misma norma. No se puede olvidar, por otra parte, que la Administración ostenta la titularidad del servicio y un deber de supervisión del cumplimiento del contrato.

La omisión de este pronunciamiento supone que, para garantizar los derechos del particular reclamante, se imponga la responsabilidad patrimonial a la Administración. La jurisprudencia establece el principio de que la Administración, titular del servicio público, no puede desentenderse de los daños causados por la actuación de la empresa que lo gestiona, por lo que ha de resolver sobre la procedencia de la indemnización y sobre quién debe pagarla, quedando en caso contrario obligada a responder. En los supuestos en que la Administración no actúa de esa forma (sin pronunciamiento de responsabilidad ni de sujeto responsable) el perjudicado puede válidamente reclamar judicialmente de la Administración y, si esta resulta condenada, ya repetirá contra el concesionario<sup>28</sup>.

El TS en la Sentencia de 30 de marzo de 2009 –recurso 10680/2004– razonó que:

*“En interpretación de la norma citada (que era del artículo 97 de la Ley de contratos de las administraciones públicas, 13/95) aun cuando se refiere a los contratos de obra es trasladable “mutatis mutandis” al supuesto ahora analizado, la jurisprudencia tiene expresado que la naturaleza netamente objetiva de la responsabilidad patrimonial de la Administración impide a ésta, que actúa en la esfera de sus atribuciones para satisfacer un servicio público, desplazar la misma al contratista, mero ejecutor material, sin perjuicio de la acción de repetición de aquélla contra éste (Sentencias de 19 de mayo de 1987 (RJ 1987, 3615) y de 23 de febrero de 1995 (RJ 1995, 1280)), ya que si bien las obras han sido adjudicadas a una empresa contratista, no puede olvidarse que su responsabilidad sería subjetiva, mientras que la de la Administración es directa y objetiva, todo ello, se insiste, sin que obste a una posible acción de reintegro que la Administración puede formular frente al contratista (Sentencias de 13 de febrero de 1987 (RJ 1987, 2975) y de 27 de diciembre de 1989 (RJ 1989, 9229)), e incluso ha de añadirse que cuando*

<sup>28</sup> Entre otras, sentencias de 9 de mayo de 1989 y de 12 de febrero de 2000.



*los poderes públicos no han atribuido al contratista la responsabilidad en la vía administrativa sería contrario a un elemental sentido de justicia material intentar desviar tal responsabilidad en sede jurisdiccional en perjuicio del administrado, criterio éste avalado por la Sentencia de 23 de diciembre de 1987 (RJ 1987, 9705)”.*

Si se produce una pasividad de la Administración y el ciudadano decide acudir a la vía judicial impugnando lo que sería una desestimación presunta por silencio administrativo de su reclamación, la Administración no puede invocar la regla general de responsabilidad del contratista/concesionario.

Y, por tanto, si se demuestra la concurrencia de los requisitos de la responsabilidad patrimonial (daño, antijuridicidad del daño, funcionamiento del servicio público o nexo causal), la Administración tendrá que responder frente al perjudicado, sin perjuicio de la acción de repetición frente al contratista/concesionario.

Este criterio se mantuvo vigente en posteriores pronunciamientos del TS, de los que son ejemplo los siguientes: STS de 30 de noviembre de 2011 –recurso: 5978/2009– (ROJ: STS 8708/2011). En esta sentencia el TS ofrece una solución a los casos en que se llegue a apreciar una concurrencia de culpas:

*“El Abogado del Estado mantiene que la responsabilidad por los hechos que originaron el incendio sería imputable al contratista encargado de la ejecución de las obras, debiendo declararse la inadmisibilidad del presente recurso.*

*Pues bien, los recurrentes presentaron reclamación previa a la vía judicial narrando los hechos e indicando los daños sufridos, no obteniendo respuesta por parte de la Administración recurrida, quien se abstuvo de dictar resolución alguna indicando la existencia de responsabilidad de la empresa contratista, limitándose a dejar transcurrir los plazos que posibilitaron que operase el silencio negativo. Como se deduce del artículo 98 de la Ley 13/95, de contratos de las administraciones públicas, y del artículo 134 del Reglamento general de contratación, aprobado por Real decreto 3410/1975, la reclamación del perjudicado ha de dirigirse a la Administración Contratante que debe pronunciarse sobre la procedencia de la indemnización, su cuantía y a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños.*

*La Administración, ante la petición formulada por los demandantes, como ya hemos indicado, guardó silencio no cumpliendo lo preceptuado en los artículos anteriormente citados y, aunque el responsable de los daños fuese el contratista, al no haberlo así declarado, la responsabilidad, en su caso, debe asumirla la Administración demandada, sin perjuicio de su desplazamiento sobre el que realmente sea responsable, que es quien tiene la obligación de soportarla, según doctrina jurisprudencial reiterada (STS de 9 de mayo de 1989, de 9 de mayo de 1995, de 8 de julio de 2000 y de 7 de abril de 2001) y mantenida en la STS de 8 de mayo de 2001, dictada en un recurso para unificación de doctrina que casa la sentencia del Tribunal a quo que hacía recaer sobre la perjudicada las consecuencias del silencio de la Administración contratante, manteniendo la doctrina de precedentes sentencias. No procediendo, por tanto, la inadmisión del recurso porque no se haya dirigido la acción contra el contratista.*

Regap



ESTUDIOS

*En otro orden de cosas, si se hubiese producido la concurrencia de culpas de los ayuntamientos afectados por el incendio en la producción o en los efectos del mismo, como esgrime la Abogacía del Estado, ello determinaría una minoración en la cuantía de la indemnización que se fijase, pero, en ningún caso, su consecuencia sería la inadmisibilidad del recurso presentado frente a la Administración para que se determine si existe y en qué grado responsabilidad de la misma”.*

STS de 11 de febrero de 2013 –recurso: 5518/2010– (ROJ: STS 647/2013):

*“En primer término, ha de llamarse la atención sobre el tiempo empleado por la Administración en efectuar el pronunciamiento sobre la responsabilidad del contratista, pues la reclamación de la indemnización por los daños se presentó frente a la Administración que el interesado consideró responsable del mantenimiento y conservación de la Autovía, la Consejería de Obras Públicas y Transportes, el 26 de enero de 1999, y esta demoró la resolución del expediente hasta el 27 de noviembre de 2007, esto es, 8 años y 10 meses después de la reclamación, lo que no se corresponde con la finalidad del pronunciamiento previsto en el artículo 98.3 LCAP, de indicar al tercero interesado la intervención del contratista y su responsabilidad. Pero, además, en este caso, la Resolución de la Consejería de Obras Públicas y Transportes de 27 de noviembre de 2007, en contra de lo que sostiene la Administración recurrente, no declaró la responsabilidad del contratista. En su parte dispositiva se limitó a señalar que la responsabilidad de los daños puede corresponder o no al contratista (“corresponde, de existir, a la empresa adjudicataria”), declaración que no tiene encaje en el artículo 98.3 LCAP, que prevé un pronunciamiento sobre “a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños”. Pero, a pesar de tan imprecisa declaración, la Resolución de 27 de noviembre de 2007 dejó claro, a lo largo de su fundamentación, la inexistencia de la responsabilidad del contratista, pues en el FD 16a, tras analizar lo actuado en el expediente sobre la presencia del trozo de madera en la calzada, y a la vista de la falta de acreditación del período de tiempo durante el que dicha madera permaneció en la carretera, llegó a la conclusión de que “...el servicio de conservación actuó correctamente...” y de que “...asimismo, la falta de señalización del peligro que el servicio de conservación desconocía, tampoco es reprochable...” a la empresa adjudicataria del servicio de conservación de la autovía.*

*No se entiende muy bien, entonces, que, si la Administración recurrente ha considerado en la resolución impugnada que la empresa contratista actuó correctamente, denuncie sin embargo en este recurso de casación que la sentencia de instancia infringió el artículo 98.3 LCAP, al no declarar la responsabilidad de la empresa contratista.*

*Si la Administración recurrente ha considerado inexistente la responsabilidad del contratista y si, además, considera que tampoco concurren los requisitos exigidos por el artículo 139 de la Ley 30/1992 relativos a su propia responsabilidad, en esta tesitura, como dice la sentencia de esta Sala de 30 de marzo de 2009 (recurso 10680/2004), citada por la sentencia impugnada, el debate jurisdiccional debe centrarse en este último aspecto, “...sin que sea admisible que ante los tribunales*

*la Administración cambie de estrategia y defienda que el daño, cuya existencia nadie discute, debe imputarse a la empresa adjudicataria del contrato de obras en cuya ejecución se causó, pues iría contra su anterior voluntad...”, manifestada de forma expresa en la resolución que puso fin al expediente de responsabilidad patrimonial”.*

Ni siquiera la Administración puede eludir esta responsabilidad alegando que la dilación o demora en la tramitación del procedimiento obedece a la intervención de muchos subcontratistas: STS de 14 de octubre de 2013 –recurso: 704/2011– (ROJ: STS 4996/2013):

*“El segundo motivo gira sobre la interpretación que debe darse al art. 97 del Texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas, aprobado por el Real decreto legislativo 2/2000, precepto que el recurrente considera infringido por la Sentencia.*

*Dice este precepto que será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato y que, cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será esta responsable dentro de los límites señalados en las leyes. También señala esta norma que será la Administración responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por ella misma en el contrato de obras o en el de suministro de fabricación.*

*En el apartado tercero se habilita a los terceros a requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que éste, oído el contratista, se pronuncie sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción.*

*La Comunidad de Madrid argumenta que en este asunto se limitó a actuar de mediador para conseguir que la contratista adjudicataria de la obra respondiera de las consecuencias derivadas de su actuación, sin que se le pueda imputar falta de diligencia, como hace la sentencia, pues el tiempo transcurrido desde la presentación de la solicitud por RENFE –10 de diciembre de 2007–, hasta el momento en que se dictó la Orden de 15 de septiembre de 2009, del Consejero de Transportes e Infraestructuras, estaba justificado por la existencia de diferentes subcontratistas a los que el contratista culpabilizaba del accidente. Además, sostiene que los daños producidos en la vía del AVE no se debieron a una orden directa e inmediata de la Administración autonómica, ni existían vicios en el proyecto que hubieran justificado su responsabilidad, siendo esta exclusiva del contratista, dado que los hechos derivaron de la ejecución material de la obra con independencia de que fuera realizada por él o por subcontratas.*

*Debemos comenzar el examen de la cuestión recordando que la regla general en estos casos es la de la responsabilidad del contratista por los daños y perjuicios causados a terceros como consecuencia de la ejecución del contrato de obras, debido a que su intervención rompe el nexo causal, exonerando a la Administración. Ahora*

Regap



ESTUDIOS

bien, por excepción, teniendo en cuenta la titularidad administrativa de la operación y el fin público que se trata de satisfacer, la propia norma examinada precisa que responde la Administración contratante cuando los daños deriven de manera inmediata y directa de sus órdenes o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma. Por esto mismo, la norma referida a la responsabilidad del contratista impone una disciplina procedimental, a la que nos referimos en nuestra Sentencia de 30 de marzo de 2009 (rec. 10680/2004), que es citada por la Sentencia de instancia, en la que destacamos que cabe que los perjudicados, conforme los autoriza el apartado 3 del artículo 97 del Texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas, se dirijan al órgano de contratación para que, previa audiencia del contratista, se pronuncie sobre a quién (este último o la Administración misma) le toca responder de los daños, decisión susceptible de las impugnaciones administrativas y jurisdiccionales que procedan (artículo 107 de la Ley 30/1992, 106, apartado 1, de la Constitución, 1 y 25 de la Ley 29/1998). Si resuelve que la responsabilidad es del primero, el órgano de contratación dejará expedita la vía para que los perjudicados se dirijan contra él; en otro caso, seguirá el cauce establecido en el Reglamento de los procedimientos de las administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por Real decreto 429/1993, de 26 de marzo (BOE de 4 de mayo), porque así lo dispone su artículo 1, apartado 3.

Dado que el apartado 3 del artículo 97 configura como una facultad la posibilidad de los terceros perjudicados de dirigirse al órgano de contratación para que se pronuncie sobre el sujeto responsable, cabe también que reclamen directamente a la Administración contratante al amparo de los artículos 106, apartado 2, de la Constitución y 139 de la Ley 30/1992. En esta tesitura, según dijimos en nuestra Sentencia de 30 de marzo de 2009, dicha Administración puede optar entre dos alternativas: considerar que concurren los requisitos para declarar la existencia de responsabilidad o estimar que están ausentes y que, por lo tanto, no procede esa declaración; en la primera hipótesis pueden ofrecerse, a su vez, dos salidas posibles; a saber: entender que la responsabilidad corresponde al contratista o que, por darse los supuestos que contempla el apartado 2 del repetido artículo 97, sea ella misma quien tiene que hacer frente a la reparación. En este último caso así lo acordará y en el otro deberá reconducir a los interesados hacia el cauce adecuado, abriéndoles el camino para que hagan efectivo su derecho ante el adjudicatario responsable.

Lo que no puede hacer es limitarse a declarar su irresponsabilidad, cerrando a los perjudicados las puertas para actuar contra la empresa obligada a resarcirles. Así se lo impiden no sólo el espíritu del artículo 97 del Texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas, que quiere un previo pronunciamiento administrativo sobre la imputación del daño, cualquiera que sea el modo en que se suscite la cuestión, sino principios básicos de nuestro sistema administrativo en general, como los de buena fe y confianza legítima (artículo 3, apartado 1, de la Ley 30/1992), y de su procedimiento en particular, que obligan a impulsarlo de oficio y a poner en conocimiento de los interesados los defectos de que adolecieren

*sus actos a fin de que los subsanen en tiempo oportuno (artículos 71, 74, apartado 1, y 76, apartado 2, de la misma ley)”.*

### 3 Competencia jurisdiccional

En sede de responsabilidad patrimonial las AAPP pueden concurrir con sujetos privados en la producción del daño.

En estos casos al perjudicado se le ofrecen las siguientes posibilidades:

1) Acudir a la jurisdicción civil frente al sujeto privado, al margen de que exista o no un vínculo jurídico entre la Administración y el sujeto privado.

2) Acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa frente a la Administración pública.

3) Acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa frente a la Administración pública y frente a los sujetos privados.

En estos dos últimos casos el recurrente se verá obligado a acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa por imperativo legal<sup>29</sup>. Así lo dispone el artículo 2 e) de la LJCA, según el cual:

*“El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con:*

*e) La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquellas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad”.*

Y así lo dispone igualmente la Ley orgánica del poder judicial en su artículo 9.4:

*“... Conocerán, asimismo, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional. Igualmente, conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva.*

*También será competente este orden jurisdiccional si las demandas de responsabilidad patrimonial se dirigen, además, contra las personas o entidades públicas o privadas indirectamente responsables de aquéllas...”.*

<sup>29</sup> Un estudio sobre la cuestión de qué orden jurisdiccional debe conocer de las reclamaciones de responsabilidad extracontractual frente a contratistas o concesionarios se recoge en la obra de HORGUÉ BAENA, C., “La responsabilidad del contratista por daños causados a terceros en la ejecución de los contratos administrativos”, cit. desde la perspectiva de lo dispuesto en el artículo 123 LEF, el artículo 134 del RCGE, y el artículo 98 LCAP.

El texto del artículo 9.4 LOPJ que acabamos de transcribir fue el resultado de la modificación que tuvo lugar por la Ley orgánica 19/2003, pues antes, y con motivo de la reforma operada por la Ley orgánica 6/1998, de 13 de julio, el contenido del citado precepto era el siguiente:

*“... Conocerán, asimismo, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional...”*

Por su parte el artículo 2 e) de la LJCA, en su redacción originaria, establecía que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con *“La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de las actividades o el tipo de relación que derive, no pudiendo ser demandadas aquellas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social”*.

La Ley jurisdiccional de 1956 ya recogía una cláusula general de competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa<sup>30</sup>, tratando de reafirmar la unidad jurisdiccional cuando se suscitasen cuestiones sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración pública, evitando de esta manera el peregrinaje de jurisdicciones. Pero esta regla quebró cuando, unos meses más tarde, la Ley de régimen jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957, en su artículo 41, dispuso que cuando el Estado actuase en relaciones de derecho privado la responsabilidad habría de exigirse ante los tribunales ordinarios.

Esta situación, que dio lugar a que la responsabilidad patrimonial de las AAPP se exigiese en la mayor parte de las ocasiones ante la jurisdicción civil<sup>31</sup>, se mantuvo hasta la promulgación de la Ley 30/92, cuyo artículo 144 pretendió ayudar en el restablecimiento de la unidad jurisdiccional al disponer que:

*“Cuando las Administraciones públicas actúen en relaciones de derecho privado, responderán directamente de los daños y perjuicios causados por el personal que se encuentre a su servicio, considerándose la actuación del mismo, actos propios de la Administración bajo cuyo servicio se encuentre. La responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 139 y siguientes de esta Ley”*.

Con estas previsiones se pretendía reinstaurar la unidad jurisdiccional en esta materia, que después se vio reforzada en la LJCA.

<sup>30</sup> Artículo 3: *“La jurisdicción contencioso-administrativa conocerá de: Las cuestiones que se susciten sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración pública”*.

<sup>31</sup> La jurisdicción civil aplicaba el criterio de la *vis atractiva* para admitir su competencia en todos los casos y no solo cuando se dirigía la reclamación frente a la Administración y frente a un sujeto privado.



Sin embargo, el Tribunal Supremo (Sala Especial de Conflictos Jurisdiccionales) dio un paso atrás en el año 2001 (ATS de 27 de diciembre de 2001)<sup>32</sup> al resolver el conflicto negativo de competencia planteado entre el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo n. 4 de Barcelona, y el Juzgado de Primera Instancia n. 20 de Barcelona, y declaró competente para conocer de una reclamación formulada contra la Red Nacional de Ferrocarriles Españoles (Renfe) y contra Mapfre Seguros Generales, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A., al Juzgado de Primera Instancia n. 20 de Barcelona.

La Sala de Conflictos del TS afirmó la competencia de la jurisdicción civil para el conocimiento de la reclamación presentada, basándose en que la reclamación se dirigió no solo frente a la Administración, sino también frente a su compañía aseguradora, entendiéndose entonces que se estaban cuestionando temas de derecho privado.

En este contexto, y cuando se pensaba que con el último inciso del artículo 2 e) de la LJCA se había eliminado toda posibilidad de acudir a la jurisdicción ordinaria para reclamar una responsabilidad patrimonial de la Administración pública, no fue así, al menos hasta que el legislador reformó la LJCA en el año 2003, a través de la LO 19/2003, de 23 de diciembre (disposición adicional 14), y añadió al artículo 2 e) el siguiente apartado: **“aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad”**.

<sup>32</sup> A continuación se reproduce, por su interés, el Auto del TS de 27 de diciembre de 2001: (...) admitida la legitimación de RENFE en calidad de parte demandada, lo que justificaría la declaración de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, por las razones expuestas, debe contemplarse, al mismo tiempo, la presencia, también como codemandada de Mapfre Seguros Generales, Compañía de Seguros y Reaseguros, la cual no comparece en el proceso por haber concurrido a la producción del daño, circunstancia que en nada cambiaría la conclusión ya adelantada, sino como contratante de una póliza de seguro, contra la cual y en virtud de lo dispuesto en el artículo 76 de la Ley del contrato de seguro, Ley 50/1980, de 8 de octubre (RCL 1980\2295), «El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero». Como puede apreciarse, la llamada al proceso de la compañía de seguros no resulta caprichosa ni tiene el carácter de subsidiaria, pues la ley le otorga al perjudicado el ejercicio de una «acción directa o contra la aseguradora. Ello implica, según ha declarado la jurisprudencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo (sentencias de 30 de diciembre de 1995 [R] 1995\9663], 3 de abril [R] 1996\2880] y 3 de octubre de 1996 [R] 1996\7009]), el derecho del perjudicado a mantener indemne su patrimonio, siempre que la acción se ejercite dentro de los límites de la cobertura pactada. También ha declarado la jurisprudencia que la acción directa contra la compañía aseguradora tiene su origen en el contrato de seguro, siendo la obligación al pago de la compañía aseguradora la misma (salvo las excepciones que proclama el artículo 76 de la Ley del contrato de seguro [RCL 1980\2295]) que correspondería a quien contrató la póliza, por los daños y perjuicios causados. (...) la posibilidad de demandar conjuntamente al agente causante del daño, en este caso una Administración pública y la compañía aseguradora del riesgo, contemplada por el ordenamiento jurídico como una garantía de los ciudadanos ante el incremento y gravedad de los riesgos que origina la convivencia, no puede ser desconocida por las normas procesales, obstaculizando, «de facto», un derecho que le concede la norma. Sin desconocer la polémica doctrinal que este singular y especialísimo supuesto ha originado, al no estar contemplada, de forma expresa, la presencia de las compañías aseguradoras en el proceso contencioso-administrativo, dada su especial naturaleza, cuando se exige la responsabilidad patrimonial de una Administración pública, lo razonable, mientras la ley no recoja, como ha hecho con los sujetos concurrentes a la producción del daño, una llamada expresa al proceso contencioso, mantener, en este supuesto, la tradicional y ya clásica «vis atractiva» de la jurisdicción civil, reconocida en el artículo 9.2 de la Ley orgánica del poder judicial (RCL 1985\1578, 2635), cuando establece: «Los Juzgados y Tribunales del orden civil conocerán, además de las materias que le sean propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional». De lo contrario, se obligaría al perjudicado a entablar dos procesos distintos, ante dos jurisdicciones diferentes, la civil para la compañía aseguradora, y la contencioso-administrativa para la Administración. Tal alternativa, al margen de los problemas de economía procesal, riesgo de resoluciones no del todo acordes en ambos órdenes jurisdiccionales, provocaría una merma de las garantías del ciudadano y, en último término, un debilitamiento de su derecho constitucional a la tutela judicial efectiva. Por todo ello, procede declarar que la competencia para conocer de la reclamación presentada por la procuradora doña Carmen Ramí Villar, en nombre y representación de don Rodolfo, contra la Red Nacional de Ferrocarriles Españoles (RENFE) y Contra Mapfre Seguros Generales, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A., corresponde a la jurisdicción civil.



Pero es que además el artículo 21 de la LJCA, objeto de reforma por la misma ley, consideró parte demandada en el proceso contencioso-administrativo, a: *b) Las aseguradoras de las administraciones públicas, que siempre sean parte demandada junto con la Administración a quien aseguren.*

Asimismo, la reforma de la LOPJ, llevada a cabo por la LO 19/2003, reconoció expresamente la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo cuando el interesado acciona directamente contra el asegurador de la Administración, junto a la Administración respectiva.

Pero los conflictos de competencia no han cesado, pues en posteriores autos de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2009, 22 de junio de 2011, 24 de abril de 2015 (ROJ: ATS 2964/2015) y de 19 de diciembre de 2016 (ROJ: ATS 12363/2016), o en el más reciente Auto de 30 de mayo de 2018 (ROJ: ATS 6028/2018) –Conflicto de Competencia: 21/2017–, se atribuyó a la jurisdicción civil la competencia para el conocimiento de reclamaciones dirigidas contra Renfe<sup>33</sup> (entidad pública empresarial y por tanto organismo público: Administración pública) por daños personales por caídas o golpes en el interior de un tren, o en la bajada de este. Esta decisión se adoptó basándose en la naturaleza jurídica de Renfe<sup>34</sup> y el tipo de actuación causante de la reclamación: *“el hecho del que dimana la reclamación no guarda relación con la formación de voluntad de los órganos de Renfe, y no es consecuencia del ejercicio de potestades administrativas, sino que se enmarca en la actividad de prestación del servicio ferroviario de la entidad pública empresarial Renfe-Operadora”*<sup>35</sup>.

Sin embargo la Sala de Conflictos del TS en Auto de 8 de junio de 2018 (ROJ: ATS 6306/2018) –número del procedimiento: 5/2018– entendió que la jurisdicción contencioso-administrativa era la competente para conocer de las reclamaciones dirigidas frente a Adif, pues entre las «competencias y funciones del Administrador de Infraestructuras Ferroviarias», el artículo 21.1.n) de la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del sector ferroviario (y ahora el artículo 23.1.m) de la Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del sector ferroviario), incluye la «resolución de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial que se formulen respecto de la actuación del mismo».

<sup>33</sup> La disposición adicional tercera de la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del sector ferroviario, creó la entidad pública empresarial Renfe-Operadora, como organismo público de los previstos en el entonces vigente artículo 43.1, b) de la Ley 6/1997, de 14 de abril (LOFAGE), con personalidad jurídica propia, plena capacidad de obrar y patrimonio propio, quedando adscrita, como Administración de tutela, al Ministerio de Fomento. Renfe-Operadora, como empresa prestadora del servicio de transporte ferroviario, asumió los medios y activos que RENFE había tenido afectos a la prestación de servicios ferroviarios.

<sup>34</sup> Naturaleza híbrida: por un lado, son organismos públicos, con personalidad jurídica de derecho público, consideración de Administración, y, consiguientemente, los actos que realicen en tal concepto tienen la naturaleza de actos de la Administración sujetos a derecho administrativo, revisables por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Pero, por otro lado, son sociedades mercantiles sometidas al ordenamiento jurídico privado (FD 2.º). Por lo que se refiere a su régimen jurídico, establece el artículo 134 de la Ley 40/2015 que las entidades públicas empresariales se rigen por el derecho privado, excepto en la formación de la voluntad de sus órganos, en el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados para las mismas en esta ley, en su ley de creación, sus estatutos, la Ley de procedimiento administrativo común, el Real decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, y el resto de normas de derecho administrativo general y especial que le sean de aplicación (con anterioridad, artículo 53.2 de la LOFAGE).

<sup>35</sup> Algunos tribunales extendieron esta doctrina a otros casos en los que se exige responsabilidad frente a otras entidades públicas empresariales, como el caso de SEPES, entidad pública empresarial del suelo: STSJ Andalucía de 223 de octubre de 2017 (ROJ: AND15555/2017), n. de recurso: 168/2016.

En el mismo sentido se prevé en el artículo 3.1.s) del Estatuto de la entidad pública empresarial Administrador de Infraestructuras Ferroviarias. Y esta competencia o función de Adif para la resolución de reclamaciones de responsabilidad patrimonial que se formulen respecto de la actuación de este, que habrá que entender referida a la actividad incluida en el contexto de la prestación del servicio que Adif tiene asignada y que dé lugar a la reclamación de un usuario de dicho servicio, se inserta de manera nítida en el ámbito del derecho administrativo.

En el procedimiento en el que se planteó ese conflicto de competencia, la demanda se dirigió conjuntamente frente a Adif y Renfe. Y se entendió aplicable lo dispuesto en el último inciso del artículo 9.4 LOPJ, y el artículo 2.e) LJCA, los cuales se interpretaron en el sentido de que corresponde a los tribunales contencioso-administrativos la competencia para el conocimiento de reclamación dirigida al propio tiempo ante Adif y la operadora Renfe.

Por razones semejantes a las que se recogen en los autos de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2015, de 19 de diciembre de 2016 y de 30 de mayo de 2018, esta sala especial atribuyó a la jurisdicción civil la competencia para conocer una reclamación dirigida frente a Metro Madrid, S.A. (entidad pública empresarial), por los daños y perjuicios sufridos por una viajera de Metro Madrid, como consecuencia del mal funcionamiento de las puertas de cierre de uno de los vagones<sup>36</sup>. O para conocer de una reclamación dirigida frente SEPES<sup>37</sup>.

Lo cierto es que los artículos 9.4 de la LOPJ y 2 e) de la LJCA, en la redacción dada por la LO 19/2003, pusieron fin a la competencia del orden civil para el conocimiento de las demandas dirigidas conjuntamente contra la Administración y contra su aseguradora.

Pero no cuando la demanda se dirige únicamente frente a la aseguradora, pues el artículo 9.4 LOPJ, después de la reforma del año 2003, fue interpretado, como luego veremos, por los AATS (Sala de Conflictos) de 18 de octubre de 2004 y de 28 de junio de 2004 en el sentido de que:

*“La reforma introducida por la LO 19/2003, de 23 de diciembre, en el art. 9.4 LOPJ, en el sentido de atribuir al orden jurisdiccional contencioso-administrativo las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra el asegurador de la Administración, se refiere al supuesto de que se reclame contra aquella “junto a la Administración respectiva”, lo que excluye el supuesto de haberse demandado únicamente a la Compañía de Seguros”.*

Como dice el Auto de la Sala de Conflictos del TS, de 12 de marzo de 2013:

*“el legislador quiere que no quede alguno en materia de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas que permita el conocimiento del asunto a otro orden jurisdiccional, razón por la que atribuye al contencioso-administrativo*

<sup>36</sup> En la medida en que los daños denunciados habrían sido causados con ocasión de la prestación de los servicios de transporte, en el marco de una relación contractual, la acción ejercitada sería de responsabilidad civil contractual. Ni la reclamación se basa en un contrato administrativo, pues la relación que vincula a Metro Madrid con la viajera demandante no se rige por la Ley de contratos del sector público; ni se dirige contra un organismo público para revisar una actividad administrativa susceptible de impugnación. ATS de 26 de febrero de 2019 (RO): ATS 2293/2019).

<sup>37</sup> ATS de 17 de diciembre de 2018 (RO): ATS 13913/2018).

*tanto el conocimiento de las acciones directas (dirigidas contra la Administración y su aseguradora), como las entabladas contra cualquier otra entidad, pública o privada, aunque las mismas, solo de una forma indirecta, sean responsables, junto a la Administración, de los daños y perjuicios causados, para reconocer una única excepción a este sistema en aquellos supuestos en que los perjudicados, al amparo del artículo 76 de la Ley del contrato de seguro, se dirijan directa y exclusivamente contra la compañía aseguradora de una Administración pública, de forma que en estos casos el conocimiento de la acción corresponde a los tribunales del orden civil y ello por cuanto “en esta tesitura la competencia ha de corresponder necesariamente a la jurisdicción civil, pues no cabe acudir a los tribunales de lo contencioso-administrativo sin actuación u omisión administrativa previa que revisar ni Administración demandada que condenar”.*

Y añade:

*“Los inconvenientes de orden práctico que puedan derivarse de la pervivencia de la duplicidad jurisdiccional en este concreto punto no pueden sobreponerse a un derecho sustantivo otorgado a los perjudicados por una norma del ordenamiento jurídico vigente, que, además, constituye un pilar de nuestro sistema en relación con el contrato de seguro, emparentado con la tutela judicial efectiva y con la voluntad del legislador de proteger a los perjudicados como ha manifestado la Sentencia de la Sala del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2007. Y es que el hecho de que para determinar la responsabilidad del asegurador haya que analizar, con los parámetros propios del derecho administrativo, la conducta de la Administración asegurada no resulta en modo alguno extravagante. El artículo 42 de la Ley 1/2000 de enjuiciamiento civil prevé tal escenario con toda naturalidad, admitiendo un examen prejudicial que sólo producirá efectos en el proceso de que se trate”.*

Este criterio es el que sigue manteniendo la Sala de Conflictos del TS. Prueba de ello es el ATS de 24 de abril de 2015 –recurso 4/2015– (ROJ: ATS 2965/2015)<sup>38</sup>.

De esta manera el panorama que se nos presenta en el momento actual sobre el reparto de jurisdicciones cuando se reclama una indemnización por daños y perjuicios

<sup>38</sup> *“Esta Sala de Conflictos viene manteniendo, de forma reiterada, que corresponde al orden jurisdiccional contencioso-administrativo el conocimiento de las reclamaciones que, por responsabilidad patrimonial, se dirijan contra las administraciones públicas, bien individualmente, bien conjuntamente contra la aseguradora y los particulares que hayan causado o contribuido a la producción del daño. Sin embargo, cuando la acción de responsabilidad se ejercita única y exclusivamente contra personas jurídicas privadas (concesionaria y/o aseguradora), opción que compete a la reclamante, su conocimiento viene atribuido al orden jurisdiccional civil. Al efecto cabe citar los Autos de esta Sala Especial de Conflictos de Competencia de 19 de noviembre de 2007 (conflicto competencia 17/07), 19 de febrero de 2008 (CC 39/07), 22 de septiembre de 2008 (CC 14/08), 18 de diciembre de 2009 (CC 14/09), 28 de junio de 2010 (CC 4/10), 19 de diciembre de 2013 (CC 25 y 36/13), 12 de junio de 2014 (CC 41/13) y 4 de diciembre de 2014 (CC 25/14) (...). En el caso aquí examinado, la perjudicada optó por el ejercicio de la acción de responsabilidad civil extracontractual contra la UTE PAVIMENTOS MADRID ZONA 3 (integrada por las mercantiles TRABIT, S.A., IMESAPI, S.A. y API, S.A.) y la aseguradora GROUPAMA, CIA. DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A., presentando, correctamente, demanda de juicio ordinario ante los Juzgados de Primera Instancia, siendo indebidamente rehusada la competencia por el Juzgado de Primera Instancia n. 5, al que se repartió, y, como quiera que son esas dos mercantiles las únicas frente a las que se pretende la indemnización –dado que el recurso deducido ante el Juzgado de lo Contencioso contra la Resolución del Ayuntamiento de 13 de diciembre de 2010, se ha inadmitido, por extemporáneo, en auto, actualmente firme– procede declarar la competencia del expresado Juzgado de Primera Instancia n. 5 de esta capital”.*

actuando la Administración a través de sujetos privados (contratistas/concesionarios) es el siguiente:

A) Demandas dirigidas frente al contratista/concesionario de la Administración pública: jurisdicción civil

STS (Sala de lo Civil) 22 de octubre de 2012 –recurso: 500/2010– (ROJ: STS 7374/2012)<sup>39</sup>; AAP A Coruña (Sede Santiago de Compostela) de 19 de noviembre de 2008 –recurso: 438/2008– (ROJ: AAP C 636/2008)<sup>40</sup>; SAP Lleida 26 de mayo de 2017 (ROJ: AAP L 353/2017)<sup>41</sup>; SAP Madrid de 13 de marzo de 2018 (ROJ AAP M 938/2018)<sup>42</sup>.

<sup>39</sup> "La parte recurrente funda su posición favorable a entender competente para conocer del presente asunto a la jurisdicción contencioso-administrativa en que el artículo 9.4 LOPJ (modificado por LO 6/1998) dispone que las reclamaciones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de la que derive, deberán sustanciarse ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa. Este precepto no impide que la acción de responsabilidad civil pueda ser dirigida contra el contratista de una obra pública cuando se considere que compete a él la responsabilidad por los daños causados en virtud de la negligencia en que haya podido incurrir sin intervención de la Administración. (...) En este sentido, aun cuando dialécticamente se aceptase la tesis de la parte recurrente en el sentido de que el demandado actuaba como contratista de una obra pública, este hecho no determinaría la incompetencia de la jurisdicción civil, puesto que la demanda se dirige contra el supuesto contratista por entender que ha incurrido en negligencia con independencia del actuar de la Administración y con ello ha causado el daño. De la prueba practicada no se infiere que el daño sea debido a la actuación de la Administración, al cumplimiento de una orden emanada por ella ni a los vicios del proyecto por ella elaborado (...)"

<sup>40</sup> "La dificultad en determinar la jurisdicción competente se presenta cuando es demandado de responsabilidad únicamente el concesionario. Desde un punto de vista estricto la sociedad privada concesionaria no es Administración pública, y es dudable que esté comprendida en la expresión "personal a su servicio" del artículo 9-4º de la citada LOPJ. En todo caso, como se argumenta en la sentencias de la AP de Pontevedra (Sección 3.ª) de 16 de enero de 2002 y de la AP de La Coruña (Sección 1ª) de 26 de marzo de 2003 "la acción ejercitada no es genuinamente la de responsabilidad de las administraciones públicas, ya que no se dirige contra ninguna Administración pública, sino exclusivamente contra una entidad concesionaria de un servicio público, y el apartado d) del artículo 2 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa sólo permite impugnar directamente los actos de los concesionarios ante esa jurisdicción cuando la legislación sectorial lo autorice".

<sup>41</sup> "Ante el hecho de que no exista imputación de daño a alguna Administración pública y que las pretensiones estén dirigidas contra sujetos privados –en este caso una Unión Temporal de Empresas, aun cuando sea concesionaria de un servicio público– ha de entenderse competentes a los tribunales y juzgados del orden jurisdiccional civil, que, según lo dispuesto en el art. 9.2, de la Ley 6/1985, de 1 de julio EDL 1985/8738, son los que "conocerán además de las materias que le son propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional". Per afegir tot seguit que: "El conocimiento de la responsabilidad extracontractual de la Administración sólo queda atribuido a la jurisdicción contencioso-administrativa cuando dicha reclamación se dirija frente a una Administración pública, mas no cuando –como en el presente caso– la acción se ejercita exclusivamente frente a la empresa contratista que gestiona un servicio público y que tiene forma societaria privada y mercantil con personalidad jurídica propia. Distinta sería la solución a adoptar si el demandante hubiera dirigido la acción conjuntamente contra la Administración concedente titular del servicio y contra la entidad mercantil que lo gestiona sobre la base de argumentar que se trata de un daño causado por el anormal funcionamiento de un servicio público; de haberse hecho así, sería aplicable lo dispuesto en el art. 2.e) de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa y 9.4 de la Ley orgánica del poder judicial, correspondiendo el conocimiento del asunto a la jurisdicción contencioso-administrativa, pero como de modo único y exclusivo se ha demandado a la concesionaria del servicio, olvidando a la Administración como tal, la jurisdicción competente es la civil".

<sup>42</sup> "Considera esta Sala que existe un sistema dual, alternativo y opcional, por el que el perjudicado puede optar entre la vía administrativa o la vía civil de reclamación y, derivadamente, entre la jurisdicción contencioso-administrativa y la jurisdicción civil. No existe argumento alguno para una restricción de ninguno de los títulos de responsabilidad que como ente concertado y como sociedad prestadora de servicios les corresponde a las sociedades sanitarias concertadas. Estas sociedades asumen un doble título de imputación de la responsabilidad, de una parte, como entes privados que se ven sometidos al tipo de responsabilidad, incluso, prevista en la ordenación de consumidores y usuarios (art. 148, párrafo 2 del TRLGCU) y de otra parte en cuanto que son gestoras de un servicio público. Así ha sido apreciado en Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Contencioso, de La Coruña (A) Sección: 1, de 10 de febrero de 2016, del siguiente tenor: «2 Con carácter previo precisaremos que resulta in cuestionable la competencia del orden contencioso-administrativo para enjuiciar y dirimir la responsabilidad sanitaria de la Administración matriz o de los centros concertados según deriva de la disposición adicional 12a de la Ley 4/1999 (en armonía con el criterio consolidado del Tribunal Supremo). Ello no afecta al principio general de ejecución de contratos a riesgo y ventura del contratista, que se proyecta sobre la asistencia sanitaria prestada en la modalidad de concierto (o mediante convenio de funcionalidad equivalente), pero sí a la vertiente procesal del cauce idóneo para reclamarla, pues por imperativo de la unidad jurisdiccional derivada de la citada disposición adicional, corresponderá a los tribunales contencioso-administrativos determinar si existe o no responsabilidad por los daños y perjuicios reclamados y si la indemnización debe ser satisfecha por la Administración, por la entidad jurídica privada concertada o incluso por ambas, si existiese concurrencia de responsabilidades. Ello no impide, tal como señaló la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo (AATS de 9 de abril de 2003, y de 19 de Junio de 2009) incluso podría corresponder a la jurisdicción ordinaria el enjuiciamiento de la acción de responsabilidad que se dirija exclusivamente contra el

La posibilidad de acudir a la jurisdicción civil frente al contratista/concesionario no se puede convertir en una obligación por el hecho de que el TS en la Sentencia de 25 de octubre de 2016 (recurso 2537/2015) llegue a decir que:

*“así como la exigencia de responsabilidad en el supuesto de que sea imputable al concesionario deberá hacerse valer por la vía ordinaria del proceso civil y ante ese orden jurisdiccional –en este sentido Auto de la Sala de Conflictos de Jurisdicción de 24 de abril de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:2965a)–; en el supuesto de que se impute el daño al concesionario, pero por órdenes impuestas por la Administración, siendo esta la responsable, el régimen de responsabilidad sigue los trámites procedimentales y procesales establecidos con carácter general para la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas. Así pues, cuando el daño se impute a un concesionario –o contratista–, de conformidad con lo establecido en los mencionados preceptos, el perjudicado ha de dirigirse contra la Administración titular del servicio y otorgante de la concesión; debiendo ésta, con audiencia de todas las partes afectadas, determinar si la imputación del daño ha de realizarse, conforme a ese sistema de reparto de responsabilidad, bien al concesionario o a la Administración; dejando abierta la vía civil para aquel primer caso y la vía administrativa para la segunda”.*

Ni por el hecho de que el artículo 40.1 de la Ley gallega 1/2015 diga que las reclamaciones de responsabilidad patrimonial que puedan formular las personas usuarias de los servicios públicos podrán dirigirse directamente a la Administración autonómica titular del servicio público, de acuerdo con lo establecido en la legislación básica estatal *“sin perjuicio del derecho de las personas usuarias a reclamar contra el prestador del servicio en la vía jurisdiccional que corresponda en los casos en que no se pretenda la exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración”*.

Esto último no puede ser entendido como una obligación del perjudicado de acudir a la jurisdicción civil para reclamar frente al contratista o prestador del servicio. Una interpretación de las normas que conduzca a este criterio significaría vaciar de contenido todas las previsiones legales que hemos citado hasta ahora, en virtud de las cuales se obliga a la Administración a pronunciarse sobre la determinación o, en su caso, el reparto de la responsabilidad; cuando además el papel de la Administración en estos casos debe ir más allá de un papel cuasiarbitral, y debe convertirse en un papel de verdadero garante del ciudadano, que es, como hemos visto, por el que opta el legislador gallego en la Ley 1/2015.

El Consello Consultivo en el Dictamen 364/2018, de 7 de noviembre de 2018, sostiene que:

---

*contratista, posibilidad que está en manos del particular según su estrategia procesal y para el caso de que considere que todo título y responsabilidad de la imputación recae exclusiva y directamente sobre la entidad privada concertada, por considerar que ha incurrido en negligencia al margen de todo título o intervención de la Administración (línea apuntada con carácter general por la STS de 2 de octubre de 2009). Lo que debe quedar claro es que en el ámbito contencioso-administrativo no se podría ejercer la demanda directa y únicamente frente a la entidad privada concertada ya que es condición sine qua non que la misma combata una actuación administrativa y sea demandada también la Administración».*

*“consideradas las circunstancias descritas, y después de un minucioso análisis de la citada doctrina jurisprudencial, este órgano consultivo estima que el pronunciamiento de la Administración en estos supuestos debe limitarse exclusivamente a la declaración de la responsabilidad del contratista, de darse los presupuestos legales al efecto, quedando, en ese momento, expedita la vía jurisdiccional civil para el reclamante”*,

y añade que:

*“este órgano consultivo informa favorablemente a la propuesta de resolución remitida, únicamente en lo que se refiere a la declaración de responsabilidad de la contratista, porque la determinación del quantum indemnizatorio corresponderá, en su caso, a la jurisdicción civil”*.

Pero tales consideraciones no tienen amparo en la doctrina jurisprudencial expuesta a lo largo de este trabajo, ni en la propia normativa autonómica (Ley gallega 1/2015), cuyo artículo 41.3 establece que:

*“Si en el procedimiento se determina la existencia de responsabilidad patrimonial del contratista, la Administración, como garante de la posición de las personas usuarias, en virtud de la ley y en el uso de sus potestades contractuales, ordenará a aquél el abono de la indemnización a la persona usuaria y le indicará un plazo para ello”*.

Y como dice el TSJG en la Sentencia de 19 de diciembre de 2018 (recurso n. 554/2018):

*“El contenido de este precepto refuerza la obligación de la Administración de pronunciarse, como aquí ha hecho, sobre la determinación del quantum indemnizatorio que corresponda, sin que pueda reservarlo a un ulterior procedimiento, y menos aún a la jurisdicción civil, salvo que el perjudicado escoja voluntariamente esta jurisdicción para dirigirse exclusivamente frente al concesionario (supuesto al que se refiere el Auto dictado por la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2015 (conflicto negativo de competencia número 4/2015)”*.

B) Demandas en ejercicio de la acción directa contra la aseguradora de la Administración: jurisdicción civil.

Autos de la Sala de Conflictos de Competencia de 22/03/2010 –conflictos de competencia 23/2009, 25/2009 y 27/2009–, 18/10/2010 –CC 21/2010–, 17/10/2011 –CC 27/2011–, 3/10/2011 –CC 28/2011–, 5/12/2011 –CC 46/2011–, 24/09/2012 –CC 22/2012 y CC 4/2013–. SSTs 30 de mayo 2007; 21 de mayo 2008 y 11 de febrero 2011), STS 15 de octubre de 2013 –recurso: 1578/2011– (ROJ: STS 4953/2013)<sup>43</sup>.

C) Demandas en ejercicio de la acción directa contra la aseguradora de la Administración en sede de responsabilidad civil sanitaria: jurisdicción civil.

<sup>43</sup> “Se trata de un problema que ha sido resuelto reiteradamente por esta Sala atribuyendo competencia a la jurisdicción civil cuando la demanda se dirige en el ejercicio de la acción directa del artículo 76 LCS, contra el asegurador de la Administración antes y después de la reforma del artículo 9 de la LOPJ y que ha sido también corroborado por numerosos autos de la Sala de Conflictos del TS”.



ATS (Sala de lo Civil) de 14 de enero de 2014<sup>44</sup>, recurso número 3417/2012. ATS 16 de noviembre de 2016 –recurso: 3142/2014– (ROJ: ATS 10306/2016)<sup>45</sup>.

Bajo este apartado merece una mención especial la Sentencia dictada por el TS, Sala de lo Civil –en Pleno– de 5 de junio de 2019 –recurso: 2992/2016– (ROJ: STS 1840/2019).

<sup>44</sup> Declara la sala que este problema ha sido resuelto reiteradamente atribuyendo competencia a la jurisdicción civil cuando la demanda se dirige en el ejercicio de la acción directa del artículo 76 LCS, contra el asegurador de la Administración (SSTS 30 de mayo 2007, 21 de mayo 2008 y 11 de febrero 2011), antes y después de la reforma del artículo 9 de la LOPJ y que ha sido también corroborado por numerosos autos de la Sala de Conflictos de este Tribunal (autos de fecha 22/03/2010 –conflicto de competencia 23/2009, 25/2009 y 27/2009–, 18/10/2010 –CC 21/2010–, 17/10/2011 –CC 27/2011–, 3/10/2011 –CC 28/2011–, 5/12/2011 –CC 46/2011–, 24/09/2012 –CC 22/2012 y CC 4/2013–).

*La reforma de la LOPJ llevada a cabo por la LO 19/2003 (norma procesal aplicable por razones temporales, dado que la demanda se presentó el 2 de abril de 2009) reconoce expresamente la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo cuando el interesado accione directamente contra el asegurador de la Administración, junto a la Administración respectiva. Con ello se ha puesto fin a la competencia del orden civil para el conocimiento de las demandas dirigidas conjuntamente contra la Administración y el asegurador, pero este precepto ha sido interpretado por los AATS (Sala de Conflictos) de 18 de octubre de 2004 y 28 de junio de 2004 (teniendo en cuenta la inclusión del último inciso, que no figuraba en algunos textos prelegislativos) en el sentido de que, según expresión del primero de los citados autos, "la reforma introducida por la LO 19/2003, de 23 de diciembre, en el artículo 9.4 LOPJ, en el sentido de atribuir al orden jurisdiccional contencioso-administrativo las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra el asegurador de la Administración, se refiere al supuesto de que se reclame contra aquella "junto a la Administración respectiva", lo que excluye el supuesto de haberse demandado únicamente a la Compañía de Seguros". Como dice el auto de la Sala de Conflictos de 12 de marzo de 2013, "el legislador quiere que no quede resquicio alguno en materia de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas que permita el conocimiento del asunto a otro orden jurisdiccional, razón por la que atribuye al contencioso-administrativo tanto el conocimiento de las acciones directas (dirigidas contra la Administración y su aseguradora) como las entabladas contra cualquier otra entidad, pública o privada, aunque las mismas, solo de una forma indirecta, sean responsables, junto a la Administración, de los daños y perjuicios causados, para reconocer una única excepción a este sistema en aquellos supuestos en que los perjudicados, al amparo del artículo 76 de la Ley del contrato de seguro, se dirijan directa y exclusivamente contra la compañía aseguradora de una Administración pública, de forma que en estos casos el conocimiento de la acción corresponde a los tribunales del orden civil y ello por cuanto "en esta tesitura la competencia ha de corresponder necesariamente a la jurisdicción civil, pues no cabe acudir a los tribunales de lo contencioso-administrativo sin actuación u omisión administrativa previa que revisar ni Administración demandada que condenar". Además, la sentencia de 15 de octubre de 2013 no encuentra óbice en la intervención procesal posterior del Instituto a la hora de aplicar dicha doctrina. Según declara, «Las reflexiones que preceden y la conclusión a la que conducen no quedan contradichas por la circunstancia de que el Instituto Catalán de la Salud compareciera ante el Juzgado de Primera Instancia mostrándose parte en el procedimiento instado inicialmente contra Zurich. Esta intervención, que solo le permite adquirir la condición de parte demandada si el demandante decide dirigir la demanda frente al mismo (STS de 20 de noviembre de 2011 ), y que no tiene más interés que el fracaso de la demanda dirigida exclusivamente contra la compañía aseguradora, no altera la naturaleza de la acción ejercitada al amparo del artículo 76 de la Ley del contrato de seguro ni por consiguiente el régimen de competencia (Auto 21/2010). Señala el Auto de la Sala de Conflictos de 12 de marzo de 2013: "Los inconvenientes de orden práctico que puedan derivarse de la pervivencia de la duplicidad jurisdiccional en este concreto punto no pueden sobreponerse a un derecho sustantivo otorgado a los perjudicados por una norma del ordenamiento jurídico vigente, que, además, constituye un pilar de nuestro sistema en relación con el contrato de seguro, emparentado con la tutela judicial efectiva y con la voluntad del legislador de proteger a los perjudicados como ha manifestado la Sentencia de la Sala del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2007. Y es que el hecho de que para determinar la responsabilidad del asegurador haya que analizar, con los parámetros propios del derecho administrativo, la conducta de la Administración asegurada no resulta en modo alguno extravagante. El artículo 42 de la Ley 1/2000 de enjuiciamiento civil prevé tal escenario con toda naturalidad, admitiendo un examen prejudicial que solo producirá efectos en el proceso de que se trate".*

<sup>45</sup> Como dice el auto de la Sala de Conflictos de 12 de marzo de 2013, "el legislador quiere que no quede resquicio alguno en materia de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas que permita el conocimiento del asunto a otro orden jurisdiccional, razón por la que atribuye a la contencioso-administrativa tanto el conocimiento de las acciones directas (dirigidas contra la Administración y su aseguradora) como las entabladas contra cualquier otra entidad, pública o privada, aunque las mismas, solo de una forma indirecta, sean responsables, junto a la Administración, de los daños y perjuicios causados, para reconocer una única excepción a este sistema en aquellos supuestos en que los perjudicados, al amparo del artículo 76 de la Ley del contrato de seguro, se dirijan directa y exclusivamente contra la compañía aseguradora de una Administración pública, de forma que en estos casos el conocimiento de la acción corresponde a los tribunales del orden civil y ello por cuanto en esta tesitura la competencia ha de corresponder necesariamente a la jurisdicción civil, pues no cabe acudir a los tribunales de lo contencioso-administrativo sin actuación u omisión administrativa previa que revisar ni Administración demandada que condenar...".

En consecuencia, el motivo no se admite teniendo en cuenta que la acción que se ejercita es la acción directa del artículo 76 LCS frente a la aseguradora en virtud de la póliza de responsabilidad civil sanitaria, que determina a tenor de la doctrina de la sala que el conocimiento de la acción corresponde a los tribunales del orden civil.



La Sala de lo Civil del TS nos muestra en esta sentencia, de forma completa y didáctica, la doctrina del alto tribunal no solo en cuanto a la competencia del orden civil para conocer de la acción directa que se ejercita frente a las aseguradoras de la Administración, sino también la obligación de la jurisdicción civil de estudiar en estos procedimientos la responsabilidad del asegurado conforme a los criterios que a este le son propios.

En el procedimiento en el que recayó la citada sentencia se ejercitaba la acción directa contra la aseguradora del Servicio Madrileño de Salud, en reclamación de perjuicios por negligencia médica. Y la singularidad del caso estriba en que el perjudicado ya había recibido la cantidad fijada en vía administrativa por responsabilidad patrimonial de la Administración pública sanitaria.

En el procedimiento seguido ante la jurisdicción civil se introdujo como *ratio decidendi* la vinculación de esta jurisdicción a lo resuelto por la Administración en el previo expediente de responsabilidad patrimonial.

Sobre el carácter autónomo de la acción directa prevista en el artículo 76 LCS, el TS sostiene lo siguiente:

*“Se ha afirmado que la acción directa es una acción autónoma que nada tiene que ver con la acción subrogatoria, pues el perjudicado no se subroga en los derechos del asegurado, sino que su derecho nace de un modo indirecto y por disposición legal de un contrato de seguro al que en principio es ajeno.*

*El derecho del tercero perjudicado frente al asegurador goza de autonomía profunda respecto al que aquel tiene frente al asegurado causante del daño, pues se trata de derechos diversos, que no deben confundirse.*

*Al día de hoy es doctrina pacífica que la acción directa no es subsidiaria de la acción contra el responsable sino que goza de autonomía procesal y que para ejercitarla no es preciso que se sustancie previamente la reclamación en vía administrativa, pues precisamente una de las ventajas de dicha acción, que a su vez constituye su fundamento, es evitar esa reclamación previa y la sumisión a la autotutela decisoria y las dilaciones que tal actuación previa conlleva.*

*Aunque no se trate de un supuesto de responsabilidad nacida de asistencia sanitaria, resulta apropiado para lo que se acaba de afirmar recoger lo que sostiene la Sentencia 283/2014, de 20 de mayo.*

*Sienta, como doctrina reiterada, que, en virtud del contrato de seguro de responsabilidad civil “la autonomía del derecho del perjudicado tiene marcados sus límites por la ley y por el propio contrato de seguro”. Es decir, la acción directa del art. 76 LCS tiene características y límites particulares, “pues el art. 73 LCS preceptúa que el asegurador responde dentro de los límites del contrato y de la ley, con lo que ya tenemos una frontera ineludible para la acción directa”.*

*En similares términos la STS 485/2018, de 11 de septiembre.*

*El demandante, aunque solo demande a la aseguradora, no podrá limitarse a invocar que la Administración asegurada le ha causado un daño y a probar que dicho daño está cubierto en la póliza, sino que debe acreditar y obtener un pronunciamiento de que la Administración ha incurrido en responsabilidad patrimonial.*

*La contrapartida es que la aseguradora podrá excepcionar a la pretensión dirigida en su contra por el perjudicado, no solo la culpa exclusiva de la víctima, sino cualquier otra circunstancia impeditiva de la responsabilidad patrimonial”.*

La sentencia abunda sobre la doctrina jurisprudencial en la que apoya tales afirmaciones (FD tercero, apartado 3).

En cuanto a la competencia de la jurisdicción civil para pronunciarse prejudicialmente sobre la existencia de responsabilidad de la Administración cuando se ejercite solo la acción directa frente a la aseguradora, el TS dedica el apartado 4 del fundamento de derecho tercero de su sentencia, y con cita de los autos 3/2010, 4/2010 y 5/2010, de 22 de marzo de 2010, de la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo, sostiene que:

*“No parecen existir dudas acerca de que la jurisdicción civil pueda y deba pronunciarse prejudicialmente sobre la existencia de responsabilidad de la Administración cuando se ejercite solo la acción directa frente a la aseguradora, lo que expresamente viene contemplado en el art. 42 LEC.*

*Con dos puntualizaciones: que el pronunciamiento prejudicial sobre si la Administración ha incurrido en responsabilidad patrimonial se verificará conforme a la normativa de la misma, es decir, conforme a los artículos 139 y ss. de la Ley 30/1992, así como que será a los solos efectos del proceso, sin que ello suponga reconocerle competencia a la jurisdicción civil para declarar la responsabilidad de la Administración Pública asegurada (informe del Consejo de Estado 331/1995 de 9 de mayo), para lo que debe seguirse el procedimiento administrativo previsto legalmente”.*

La utilidad didáctica de la sentencia se refleja en el apartado quinto del mismo fundamento de derecho (tercero), en el que expone las diferentes posibilidades que se abren al perjudicado cuando ocurre un siniestro por el que pudiese exigirse responsabilidad patrimonial a una Administración sanitaria, a saber:

*“(i) Que el perjudicado ejercite contra la aseguradora de la Administración la acción directa que prevé el art. 76 LCS, obviando seguir el procedimiento administrativo previsto legalmente para reclamar responsabilidad y consiguiente indemnización de esta.*

*En este supuesto, en el que el perjudicado se dirige, al amparo del art. 76 LCS, directa y exclusivamente contra la compañía aseguradora, la competencia para conocer de la acción corresponde necesariamente a la jurisdicción civil, pues no cabe acudir a los tribunales de lo contencioso-administrativo sin actuación u omisión administrativa previa que revisar ni Administración demandada que condenar (STS de 15 de octubre de 2013, rec. 1578/2011).*

*Pero ello será a los solos efectos prejudiciales por lo que se refiere a la responsabilidad de la Administración (art. 42.1 LEC), esto es, que solo produce efectos en el proceso civil y no en el contencioso-administrativo, si llegase a existir, pues para que así fuese, esto es, si se pretendiese demandar responsabilidad de la*

*Administración y condena de ésta, será preciso seguir la vía administrativa y contencioso-administrativa.*

*Y como se ha expuesto, la prejudicialidad de la responsabilidad de la Administración, a los solos efectos del proceso civil, debe verificarse conforme a parámetros administrativos.*

*(ii) Que el perjudicado acuda a la vía administrativa y contencioso-administrativa y que, una vez declarada la responsabilidad de la Administración y su condena, ejercite contra la aseguradora de esta la acción directa prevista en el art. 76 LCS. En este caso la acción directa se circunscribirá al contrato de seguro, pues el presupuesto técnico de la responsabilidad del asegurado, que es la Administración, consta como vinculante, por ser aquella la única jurisdicción que la puede condenar, esto es, la contencioso-administrativa.*

*Así se infiere de la Sentencia 625/2014, de 25 de febrero.*

*(iii) Que el perjudicado opte por seguir el expediente administrativo de responsabilidad patrimonial y, recaída resolución por la Administración, sea consentida por aquel al no impugnarla en la vía contencioso-administrativa.*

*Naturalmente la cuestión jurídica que pudiese suscitarse es si con posterioridad a la resolución administrativa o con anterioridad pero en el curso de la tramitación del expediente incoado, el perjudicado ejercita la acción directa del art. 76 LCS contra la aseguradora de la Administración.*

*La resolución administrativa recaída puede ser desestimando la existencia de la responsabilidad o asumiendo su existencia y fijando la cuantificación de la indemnización a satisfacer.*

*Este último supuesto es el de autos y, por ende, el que va a merecer nuestra atención y enjuiciamiento.”*

Y, por último, en cuanto al valor que debe darse a la resolución dictada por la Administración dentro del procedimiento incoado contra la aseguradora ante la jurisdicción civil, al amparo del artículo 76 LCS, y en cuanto a lo que podían impugnar los reclamantes ante la jurisdicción contencioso-administrativa, los apartados 6 y 7 son del siguiente tenor:

*“Es incuestionable que la parte demandante, en su legítimo derecho de opción al que se hizo mención, optó voluntaria y libremente por acudir a la vía administrativa previa para exigir de la Administración una indemnización del daño padecido por ser responsable de la causa que lo originó.*

*La reclamación patrimonial se interpuso en fecha 7 de agosto de 2012 y recayó resolución que puso término al expediente el 3 de septiembre de 2014.*

*Cuando el expediente administrativo se encontraba en trámite, ya avanzado y con informe emitido por el inspector médico, se ejercitó por la parte actora la acción directa contra la aseguradora en demanda fechada el 9 de enero de 2014 y presentada el 15 de ese mes y año.*

*La resolución administrativa resolvió “estimar la reclamación de daños y perjuicios formulada..., reconociéndoles el derecho a percibir una indemnización total actualizada por importe de 334.684,66 euros por los daños y perjuicios ocasionados”.*

*Esta resolución ha devenido firme por cuanto quienes presentaron la reclamación patrimonial, que coinciden con los actores de este pleito, no la impugnaron ante la jurisdicción contencioso-administrativa.*

*7.- De ello se colige que lo único que podían impugnar los reclamantes ante la jurisdicción contencioso-administrativa, era el quantum indemnizatorio en el caso de que discrepasen de él, por cuanto la Administración asumió su responsabilidad. Si a ello se une, según expusimos, que la aseguradora no puede quedar obligada más allá de la obligación del asegurado así como que la jurisdicción contencioso-administrativa es la única competente para condenar a la Administración, mientras que la jurisdicción civil solo conoce de su responsabilidad y consecuencias a efectos prejudiciales en el proceso civil, se ha de convenir en que sería contrario a la legalidad que se utilizase la acción directa para impugnar el acto administrativo, que se había consentido, a los solos efectos indemnizatorios.*

*Se conseguiría así el reconocimiento en vía civil de una responsabilidad de la entidad aseguradora distinta cualitativa y cuantitativamente a la que con carácter firme ha sido reconocida y declarada por el órgano competente para ello al culminar el procedimiento administrativo legalmente previsto, que ha sido consentido por los perjudicados al no acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa, única que podría revisarla.*

*Con la consecuencia de que sería condenada la aseguradora en el proceso civil, en aplicación del art. 76 LCS, a una cantidad superior a la obligación de la Administración asegurada, que de haberse satisfecho se podría tener por extinguida.*

*Por tanto, cuando como es el caso, existe una estimación, total o parcial, de la reclamación, se pone en marcha una serie de mecanismos que justifican la solución que propugnamos.*

*Así: (i) fijada la indemnización, la aseguradora o la propia asegurada pueden pagarla y extinguir el crédito; (ii) una vez declarada la responsabilidad y establecida la indemnización, si el perjudicado no acude a la vía contenciosa, esos pronunciamientos quedan firmes para la Administración; (iii) pueden producirse, potencialmente, todos los efectos propios de las obligaciones solidarias, además del pago, ya mencionado; y (iv) la indemnización que queda firme en vía administrativa es el límite del derecho de repetición que el art. 76 LCS reconoce a la aseguradora”.*

Esta doctrina ha sido reproducida, en parte, en la posterior Sentencia de 8 de julio de 2019 –recurso: 761/2017– (ROJ: STS 2508/2019).

D) Incumplimiento por la aseguradora de la obligación que surge del contrato de seguro concertado entre esta y la Administración local: jurisdicción civil.

STS (Sala de lo Civil) de 27 de junio de 2017 –recurso: 758/2015– (ROJ: STS 2717/2017). Aplicación de la doctrina de los actos separables<sup>46</sup>.

<sup>46</sup> Demanda de un Ayuntamiento en reclamación de cantidad contra una entidad aseguradora con base en el contrato de seguro de responsabilidad civil/patrimonial en la actividad de la Administración local. El objeto sobre el que versaba la demanda se centraba en el incumplimiento por parte de la aseguradora del contrato suscrito entre las partes ante la ne-

E) Demandas contra la Administración en exigencia de responsabilidad patrimonial que deriva directamente de una relación contractual de carácter civil: jurisdicción civil. ATS Sala de Conflictos de 21 de marzo de 2017 (A42/29/16)<sup>47</sup>.

F) Acción de repetición ejercitada por la Administración frente al contratista/concesionaria): jurisdicción contencioso-administrativa.

Este tipo de acciones han sido conocidas por la jurisdicción contencioso-administrativa como sucede con la resuelta en la STS 20 de noviembre de 2018 –recurso: 1685/2017– (ROJ: STS 4019/2018), aunque de ella vamos a destacar el pronunciamiento sobre la necesidad o no de que la Administración tramite un procedimiento en el que se ejercite esta acción.

El caso analizado en la STS de 20 de noviembre de 2018 era de responsabilidad patrimonial por asistencia sanitaria. En él, la Dirección del Servicio Canario de Salud desestimó el recurso de reposición interpuesto por Hospiten (centro sanitario concertado) contra la resolución que reconocía el derecho de un particular a percibir una indemnización por una defectuosa asistencia sanitaria “*sin perjuicio de la posterior acción de repetición que pudiera ejercitarse frente al centro concertado, el Hospital Bellevue*”.

Días después la directora del Servicio Canario de Salud dictó una nueva resolución por la que se ejercitaba la acción de repetición contra el hospital Hospiten Bellevue, disponiendo lo siguiente:

*Primero.– Ejercer contra Hospiten la repetición del importe abonado por el Servicio Canario de la Salud, en concepto de indemnización por los daños causados en la asistencia sanitaria prestada a Don (...). Segundo.– Requerir a Hospiten para que proceda al pago voluntario de (...), en el lugar, forma y plazo que se detalla a continuación (...). Contra el presente acto, que pone fin a la vía administrativa, cabe interponer (...).*

Contra esta última resolución Hospiten interpuso recurso contencioso-administrativo argumentando en esencia que la Administración no siguió procedimiento alguno para ejercitar la acción de repetición:

---

gativa de la misma a proceder al abono de las indemnizaciones a los perjudicados derivados de los daños y perjuicios a las viviendas colindantes producidos durante la ejecución de las obras destinadas a la construcción de un edificio promovido por el Ayuntamiento demandante, siendo el orden jurisdiccional competente el civil. El TS estimó el recurso al distinguir entre la fase de preparación y adjudicación del contrato –cuya impugnación se habría de decidir ante la jurisdicción contencioso-administrativa– de aquellos conflictos que surjan entre la Administración y la aseguradora en cuanto a los efectos y extinción del contrato –que sería competencia de la jurisdicción civil–.

<sup>47</sup> La responsabilidad solicitada derivaba directamente de una relación contractual, por la cual el reclamante había cedido el uso de un terreno de su propiedad para que en él el Ayuntamiento ubicara el vertedero municipal. Las pretensiones ejercitadas se fundaban en que el Ayuntamiento ni dio un correcto uso a la parcela, al no cumplir con las prescripciones medioambientales aplicables a un vertedero, ni tampoco restituyó la parcela en las condiciones en que debía hacerlo. El TS entiende que no se trata propiamente de un contrato administrativo, sino de un contrato civil, atípico, de cesión de uso de un terreno. Y que la pretensión ejercitada no se encuentra entre las materias que la LOPJ y la LJCA atribuyen a los tribunales del orden contencioso-administrativo. El contrato de cesión de uso concertado entre las partes está excluido de la aplicación del Real decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprobó el Texto refundido de la Ley de contratos del sector público (en adelante, LCSP), que expresamente deja fuera de su ámbito de aplicación a «los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamientos y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles (...)» (artículo 4.1 p). Conforme al artículo 21.2 LCSP, el orden jurisdiccional civil es el competente para resolver las controversias que surjan entre las partes en relación con los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos privados, de manera que nos encontramos ante un contrato suscrito por una Administración pública, pero no ante un contrato administrativo. “*En este sentido nos hemos pronunciado en otras ocasiones, entre ellas, en el auto de 5 de diciembre de 2014 (recurso n. 26/2014), con ocasión de un contrato de arrendamiento. En consecuencia, debemos concluir que, en la medida en que el contrato concertado entre las partes no es un contrato administrativo y no está sujeto a la legislación de contratos del sector público, la competencia para conocer de la acción de responsabilidad civil contractual no corresponde a los tribunales de lo contencioso-administrativo, sino a los civiles*”.

*“a pesar de la exigencia legal, habiendo producido indefensión las actuaciones administrativas al omitirse la imprescindible contradicción, no existir motivación (en el texto de la resolución recurrida, ni la misma estar precedida de informes o dictámenes previos), y concluir las actuaciones administrativas con un resultado gravoso”.*

Añadía que en el expediente para el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial no se había acreditado la concurrencia de dolo, culpa o negligencia graves, criterios que serían los legalmente exigidos de modo ineludible para posibilitar el inicio de la denominada vía de regreso o repetición.

El TS rechazó la postura del centro concertado argumentando lo siguiente:

*“cuando ante una reclamación de indemnización de daños y perjuicios por deficiente asistencia sanitaria formulada por un perjudicado a la Administración, habiéndose prestado la asistencia por una entidad privada en régimen de concierto con la Administración; si la propia Administración tramita el procedimiento y en el seno del mismo se da plena intervención a la entidad concertada, se declara en la resolución que pone fin al mismo que procede la responsabilidad y se fija las indemnizaciones procedentes, pero imputando dicha responsabilidad al centro privado concertado, imponiendo la obligación de que proceda al pago de las indemnizaciones con derecho de reintegro del centro concertado, esa misma resolución, una vez adquiere firmeza, es título suficiente para reclamar la Administración las cantidades abonadas a la entidad concertada, sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento a esos concretos fines”.*

G) Acción de repetición ejercitada por la aseguradora del contratista frente a la Administración: jurisdicción contencioso-administrativa.

Una acción de esta naturaleza ha sido objeto de análisis por la jurisdicción contencioso-administrativa en la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 13 de Barcelona de 9 de diciembre de 2008 (dictada en el proceso abreviado n. 393/2007), respecto de la cual el TS en Sentencia de 1 de febrero de 2012 –recurso: 24/2009– (ROJ: STS 1498/2012) desestimó un recurso de casación en interés de ley interpuesto por el Ayuntamiento.

En este procedimiento la controversia versó sobre la reclamación que a un Ayuntamiento le dirigió la aseguradora que había pagado el total de la indemnización impuesta solidariamente a dicho Ayuntamiento y a la empresa asegurada por una anterior sentencia del orden contencioso-administrativo.

Por su parte, el TSJ Galicia en Sentencia de 30 de abril de 2003 (recurso 4213/1999) en un supuesto semejante resolvió lo siguiente:

*“la reclamación que a medio del presente recurso contencioso-administrativo ejercita la entidad aseguradora “Plus Ultra” frente a la Administración demandada, con el objeto de que se le abone la mitad de los gastos a los que han sido condenadas solidariamente aquella Administración y la empresa contratista “Ginés Navarro, S.A.” –asegurada de la recurrente– en la Sentencia firme dictada por la Audiencia Provincial de Pontevedra, de 12 de marzo de 1997, si bien se apoya*



*en el ejercicio de la acción de repetición regulada en el artículo 1158 del Código civil, no por ello convierte a la jurisdicción civil en la jurisdicción competente para conocer este tipo de reclamaciones. Aunque la reclamación de la recurrente no se apoye en la existencia de una relación jurídica directa, bien de carácter administrativo, bien de carácter privado, entre ella y la Administración, de la que pudiera derivarse con claridad la naturaleza de la deuda reclamada, y a su vez la naturaleza civil o administrativa de la cuestión, no se puede desconocer que la actora, al abonar la totalidad del montante indemnizatorio fijado en la sentencia civil, en virtud de las relaciones de seguro que la vinculan con una de las condenadas en dicho procedimiento, se ha subrogado en la posición jurídica de ésta, tratándose de la entidad “Ginés Navarro, S.A.”, con la que la Consellería de Ordenación do Territorio e Obras Públicas de la Xunta de Galicia, sí mantenía una relación jurídico-administrativa derivada de un contrato de ejecución de obras públicas adjudicado por la Administración a aquella empresa; relación que es la que ha provocado, precisamente, que ambas fuesen llamadas al procedimiento civil como demandadas en él, y que hayan sido condenadas ambas como responsables solidarias.*

*Estamos, en definitiva, ante el ejercicio de una reclamación que deriva de la estimación, efectuada en este caso por una resolución judicial, de una pretensión indemnizatoria que ha sido ejercitada por un particular con apoyo en la doctrina de la responsabilidad patrimonial de la Administración, por lo que el tema que se somete a debate en este procedimiento, en el que se trata de distribuir la cuota de responsabilidad entre los condenados solidariamente, puede englobarse dentro de una concepción amplia de la llamada responsabilidad patrimonial que, como sostiene el letrado de la Administración demandada, incluye toda petición reparatoria frente de la Administración, y que hace competente a esta jurisdicción contencioso-administrativa para su conocimiento, tratando con ello de lograr la eficacia del principio de unidad jurisdiccional para el conocimiento de las pretensiones de responsabilidad patrimonial de la Administración pública, que tanto se ha defendido por el Tribunal Supremo”.*

H) Reclamación de daños por los trabajadores de la empresa contratista: jurisdicción social.

STS 14 de octubre de 2010 –recurso de casación 3560/2006–, y STS 29 de octubre de 2010 –recurso: 4459/2006– (ROJ: STS 5979/2010).

En cuanto a la responsabilidad de la Administración por daños ocasionados a terceros cuando actúa a través de contratistas y concesionarios, en los términos previstos en la legislación de contratos del sector público, el TS sostiene que estas normas se refieren a terceros ajenos al orden contractual establecido entre la Administración y los contratistas, excluyendo por tanto a los trabajadores vinculados con el contratista por relaciones laborales, de manera que el examen de la responsabilidad de la Administración o del contratista cuando se trate de daños sufridos por los trabajadores de esta durante la ejecución del contrato queda excluido de lo establecido en el artículo 196 LCSP, y corresponde única y exclusivamente al orden social, pues la

Regap



ESTUDIOS



responsabilidad nace de las relaciones laborales entre el contratista, o subcontratista, y sus empleados.

El TS en la Sentencia de 14 de octubre de 2010 abordó como cuestión litigiosa la procedencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración, concretamente de la Autoridad Portuaria de Cartagena, a raíz del accidente sufrido por un buzo que, al servicio de una empresa contratista, realizaba determinados trabajos para la construcción de un muelle deportivo o dársena para embarcaciones de recreo. Estas obras habían sido adjudicadas por la Junta del Puerto de Cartagena. La sentencia resolvió que no era procedente declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración portuaria por cuanto la Administración no había incumplido lo dispuesto en el entonces vigente artículo 97 de la Ley de contratos, al tener en consideración que:

*“el precepto citado viene referido a la responsabilidad por daños ocasionados a terceros debiendo entender, dentro del ámbito de la norma en que se incardina el precepto que con ello se refiere a terceros ajenos al orden contractual establecido entre la Administración y los contratistas que resulten afectados por la realización de las obras, excluyendo, por tanto, a los vinculados con el contratista por relaciones laborales, el examen de cuya responsabilidad, por tanto, queda excluido de lo establecido en dicho precepto y corresponde única y exclusivamente al orden social pues nace de las relaciones laborales entre el contratista y su empleado”.*

Y añade:

*“Lo anterior no se ve afectado por el hecho de que la Administración nombrara, como es obligado, un director y ayudante de dirección de la obra que, en contra de lo que la sentencia afirma, no tiene por función controlar la aplicación de las medidas de seguridad y las actuaciones del personal laboral dependiente del contratista o subcontratista, sino, por el contrario, velar y comprobar la correcta realización de la obra contratada en los términos previstos en el contrato”.*

En parecidos términos se pronunció la STS de 29 de octubre de 2010, en la que también se juzgaba la posible responsabilidad patrimonial de la Administración, en este caso por razón del accidente sufrido por un trabajador que fue arrollado por un tren mientras realizaba, como empleado de una empresa contratista de la Administración, determinadas obras de mantenimiento de la vía férrea. También en este caso se rechazó la responsabilidad de la Administración por tratarse de una cuestión que pertenecía al ámbito de la relación contractual entre el trabajador y su empresa.

## 4 Procedimiento judicial

1) En relación con el incumplimiento de la obligación que pesa sobre la Administración de pronunciarse sobre el reparto de responsabilidad *ex* artículo 196.3 de la Ley LCSP, en la vía judicial nos podemos encontrar ante distintas situaciones:

A) Cuando en la vía judicial la demanda se dirige únicamente frente a la Administración y no se persona la empresa contratista/concesionaria como codemandada. En estos

casos es aplicable la doctrina expuesta bajo el apartado C.3 “*Efectos del incumplimiento de la obligación de la Administración de pronunciarse sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños*”.

B) Cuando en la vía judicial la demanda se dirige únicamente frente a la Administración, pero se persona en el procedimiento la empresa contratista/concesionaria como codemandada. En estos casos es frecuente que, mientras que la Administración trata de atribuir a la contratista/concesionaria la responsabilidad en la producción de los daños, esta trate de demostrar que los daños y perjuicios causados a terceros durante la ejecución de contratos son consecuencia de una orden inmediata y directa de la Administración o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma.

Pero si en la demanda solo se contiene una petición de condena de la Administración, y lo que se impugna es un silencio administrativo, también regirá la doctrina expuesta bajo el apartado C.3, sin perjuicio del derecho de repetición que corresponda a la Administración frente al contratista/concesionario.

C) Cuando en la vía judicial se impugna un silencio administrativo pero la demanda se dirige no solo frente a la Administración, sino también frente a la empresa contratista/concesionaria. En estos casos entiendo que la sentencia deberá examinar el grado de responsabilidad en que una y otra hubieran incurrido en la producción de los daños, con el correspondiente pronunciamiento de condena de una u otra, o de ambas con carácter solidario, según el resultado de la prueba practicada.

D) Si el perjudicado decide esperar por una resolución expresa, no podrá invocar el criterio expuesto bajo el apartado C.3 si la Administración, aunque sea extemporáneamente, resuelve conforme a lo previsto en el artículo 196.3 LCSP, y se pronuncia sobre quién es el responsable de los daños.

E) Si el perjudicado decide impugnar una desestimación presunta por silencio administrativo, y extemporáneamente, estando en marcha el procedimiento judicial, la Administración resuelve de forma expresa, si lo hace conforme a lo previsto en la norma, esto es, decidiendo quién es el responsable de los daños, el recurrente podrá solicitar la ampliación del recurso a esa resolución extemporánea al amparo de lo dispuesto en el artículo 36 LJCA, de entender que no es conforme con sus intereses. Por ejemplo, cuando se atribuye responsabilidad al contratista o concesionario y lo que quiere el reclamante es que se atribuya en exclusiva a la Administración, o solidariamente a ambas, o cuando la estimación sea parcial porque se aprecie una compensación de culpas, o porque no se estima la pretensión indemnizatoria en su totalidad, etc.

F) Cuando en el acto administrativo no se pronuncia sobre el reparto de responsabilidad y desestima la reclamación por otros motivos, como, por ejemplo, por prescripción, falta de legitimación, etc.

2) En relación con el cumplimiento de la obligación que pesa sobre la Administración de pronunciarse sobre el reparto de responsabilidad *ex* artículo 196.3 de la Ley LCSP, en la vía judicial nos podemos encontrar ante estas situaciones:

A) Que se admita la responsabilidad en exclusiva de la Administración y se estime la reclamación del reclamante.

Regap



ESTUDIOS

B) Que se admita una responsabilidad solidaria de la Administración y del contratista, estimándose la reclamación del reclamante. Este acto administrativo difícilmente será impugnado por el reclamante, pero sí puede serlo por el contratista.

C) Que se atribuya la responsabilidad en exclusiva al contratista, estimándose la reclamación del reclamante, acto que podrá ser impugnado tanto por el reclamante (por entender que también debe atribuirse responsabilidad solidaria, o en exclusiva, a la Administración) como por el contratista.

D) Que se atribuya la responsabilidad en exclusiva al contratista, estimándose parcialmente la reclamación del reclamante, bien por apreciar una concurrencia de culpas, o por no entenderse justificados determinados daños, en cuyo caso el acto podrá ser impugnado tanto por el reclamante como por el contratista.

E) Que se haga un pronunciamiento sobre quién sería el responsable de los daños, pero se desestima la reclamación por apreciar la prescripción de la acción, una falta de legitimación, etc. Aunque estos casos quizás sean más inusuales, pues de apreciar la Administración la prescripción de la acción, una falta de legitimación, o cualquier otra circunstancia que le exima de la obligación de entrar a analizar la concurrencia de los requisitos de la responsabilidad patrimonial – como lo sería también en el caso de tener por desistido al reclamante una vez requerido para subsanar algún defecto de su solicitud y no lo subsanase –, la Administración apreciará la prescripción, o la falta de legitimación, etc., sin entrar en aquel análisis, ni en el del sujeto responsable.

3) Papel del contratista, concesionario y aseguradoras en el procedimiento judicial

En cuanto a la aseguradora de la Administración, el artículo 21.1 LJCA es claro al otorgarle la consideración de parte demandada.

*“Se considera parte demandada: c) Las aseguradoras de las administraciones públicas, que siempre serán parte codemandada junto con la Administración a quien aseguren”.*

Esto es lo que obliga a emplazar en el procedimiento judicial a la aseguradora de la Administración, aun cuando no se pida la condena en la demanda.

Incluso en estos casos, podrá interponer recurso de apelación contra la sentencia que recaiga en el procedimiento, en la que se condene a la aseguradora (la Administración).

Así se ha pronunciado el TSJG en la Sentencia recaída en fecha 13 de febrero 2019 –recurso de apelación n. 395/2018–:

*“No se puede negar legitimación pasiva en este procedimiento a la aseguradora apelante desde el momento en que la propia ley así se la reconoce, al disponer en el artículo 21.1 c) LJCA que se consideran parte demandada a las aseguradoras de las Administraciones públicas, que siempre serán parte codemandada junto con la Administración a quien aseguren.*

*Aunque en el escrito de demanda no se haya solicitado, ni en la sentencia se haya extendido, el pronunciamiento de condena a la aseguradora de la Administración, este dato no elimina la legitimación pasiva de la que goza, y con ella la legitimación para recurrir la sentencia recaída en este procedimiento, pues el interés legítimo que justifica el reconocimiento ex lege de legitimación en estos procedimientos, debe reconocerse entonces para recurrir en apelación la sentencia en la que se condena a la Administración con la que ha suscrito una póliza de seguro.*

*Es por ello por lo que el recurso presentado por la aseguradora “Segurcaixa Adeslas S.A.” ha sido correctamente admitido”.*

Quien está obligada a efectuar el emplazamiento de la aseguradora es la propia Administración (artículo 49.1 LJCA) aunque, y como quiera que la compañía aseguradora va a responder únicamente dentro de los límites cuantitativos del contrato de seguro, si en la póliza se ha estipulado una franquicia u otras limitaciones de responsabilidad, no será necesario que la aseguradora sea llamada al procedimiento si el siniestro no entra dentro de la cobertura de la póliza.

Ahora bien, los contratos de seguros que puedan suscribir las administraciones públicas con las compañías aseguradoras son contratos privados, lo que significa que las cuestiones que se susciten sobre la cobertura del seguro y demás cuestiones relacionadas con la interpretación y ejecución del contrato de seguro, deberán dilucidarse ante la jurisdicción civil, y no ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

En este tipo de procedimientos también es obligado el emplazamiento de la contratista y de la concesionaria, como ha tenido ocasión de señalar el TS en la Sentencia de 24 de mayo de 2007 –recurso: 5950/2003– (ROJ: STS 3524/2007), a la que les siguieron otras como la STS 15 de junio de 2010, que declaró la nulidad de las actuaciones judiciales por no citar al contratista o concesionario y causarle indefensión.

En la STS de 24 de mayo de 2007 se impugnaban las desestimaciones presuntas por silencio administrativo, por parte de la Jefatura de Carreteras del Estado en Pontevedra, de unas reclamaciones de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios sufridos por la recurrente a causa de la parada de la explotación de su factoría de su propiedad por corte en el suministro de agua. En esta sentencia el TS sostuvo que:

*“La irregularidad de la situación procesal determinante de indefensión resulta también en el supuesto examinado de la circunstancia no alegada por el Abogado del Estado, pero observada por esta sala, de la falta de emplazamiento individual de la empresa contratada cuyo interés en la resolución del proceso, dado que la Administración demandada sostiene y trata de demostrar que la responsabilidad a ella solamente incumbe, es evidente”.*

Sin embargo, en cuanto a la aseguradora del empleado público que haya causado el daño, la Sentencia del TSJG de 21 de noviembre de 2018 (ROJ: STSJ GAL 4864/2018), recurso: 265/2018, le negó legitimación e interés legítimo en el procedimiento al no ser la aseguradora de la Administración sanitaria, y por tanto le negó legitimación para recurrir la sentencia dictada en el procedimiento en la que ya se descartaba la posibilidad de entrar a examinar la responsabilidad civil que pudiera corresponder a la enfermera (causante del daño), y por tanto la que pudiera corresponder a su aseguradora.

#### 4) Inexistencia de litisconsorcio pasivo necesario:

Si alguna de las entidades emplazadas (sea la aseguradora, sea la contratista/concesionaria) decide no comparecer en el procedimiento, no por ello se podrá apreciar la existencia de un litisconsorcio pasivo necesario, figura que no es aplicable en

Regap



ESTUDIOS

la jurisdicción contencioso-administrativa conforme se ha señalado en diferentes pronunciamientos judiciales, como la Sentencia del TSJ de Cataluña de 7 de abril de 2014, o la del TSJ de Castilla y León de 19 de noviembre de 2014, y ya antes, en la STS de 25 de mayo de 2010.

Como ya ha tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal Supremo en su Sentencia, entre otras, de 10 de octubre de 1988, esta excepción carece de operatividad en el proceso contencioso-administrativo –no de lesividad–, ya que el recurso no se interpone contra personas determinadas, sino contra un acto, y devienen demandados automáticamente la Administración autora del mismo y todos aquellos a quienes hubiese originado derechos, correspondiendo la legitimación pasiva en el procedimiento, conforme al artículo 29.1.a) –artículo 21.1.a) de la vigente LJCA–, a la Administración de que proviniera el acto recurrido.

Si a ello le añadimos la naturaleza de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, fundamentadas en el funcionamiento anormal de los servicios públicos, resulta que el recurso dirigido contra la Administración a quien se le encomiendan estos servicios públicos hace innecesaria la concurrencia de otros particulares en el procedimiento.

Como ya se señala en la Sentencia del TSJ de Galicia de fecha 15 de octubre de 1998, de existir una pluralidad de responsables de un hecho dañoso, ello da lugar a una situación de solidaridad, en la cual no cabe hablar de litisconsorcio pasivo necesario ya que el perjudicado es libre de reclamar contra cualquiera de los responsables; y si la Administración no es responsable la consecuencia será simplemente la desestimación del recurso.

Y aunque el artículo 21.1 b) de la LJCA dice que en el proceso contencioso-administrativo se considerará parte demandada a las personas o entidades cuyos derechos o intereses legítimos pudieran quedar afectados por la estimación de las pretensiones del demandante, ello no significa que en los supuestos de reclamación de responsabilidad patrimonial se pueda hablar de una situación litisconsorcial pasiva necesaria, que, constituyendo una excepción propia del ordenamiento procesal civil, no debe trasladarse a la jurisdicción contencioso-administrativa de una forma genérica, desde el momento en que en esta jurisdicción se arbitra un mecanismo del llamamiento a autos de los interesados que es muy diferente del sistema establecido por la Ley de enjuiciamiento civil. Y así, en el proceso civil es el demandante el único que puede señalar quiénes han de ser llamados al proceso, y en cambio en el proceso contencioso-administrativo el demandado es la Administración autora del acto administrativo. La presencia e intervención de otros interesados en calidad de demandados no depende tanto del recurrente, sino inicialmente de la propia Administración autora del acto, quien tiene obligación de emplazar a cuantos aparezcan interesados en el expediente, conforme a lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley 29/98, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, de manera que, de entender que alguien más que ella debe ser llamada al procedimiento, es su obligación poner en conocimiento de esa otra persona u organismo público su existencia.

La Sentencia de la Audiencia Nacional 206/2016, de 9 mayo –recurso 55/14– (JUR 2016\120945), es claramente expresiva de esta doctrina.

La AN razona lo siguiente:

*“Sin embargo, se da la circunstancia de que la ley de esta jurisdicción regula de modo completo la válida constitución de la relación jurídico–procesal en sus aspectos subjetivo, objetivo y causal, haciendo innecesario el complemento de la legislación procesal civil y, además, en nuestro procedimiento no existen situaciones de litisconsorcio, activo o pasivo, de carácter necesario, sino, en cualquier caso, de naturaleza voluntaria y dispositiva, de modo que resulta inviable impedir el normal desarrollo del proceso por la razón de que la parte recurrente no haya dirigido la acción frente a terceros distintos de la Administración autora del acto, disposición, inactividad o vía de hecho que en cada caso se enjuicia.*

*En cuanto a la intervención de los terceros en el proceso, la previsión normativa puede resumirse, en lo sustancial, en lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley jurisdiccional, que en relación con los particulares consagra la regla general de que “están legitimados ante el orden jurisdiccional contencioso–administrativo: a) Las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo”, así como en el artículo 49, que garantiza la presencia de estos interesados en el proceso, pues su apartado primero ordena a la Administración traer al proceso a “cuantos aparezcan como interesados en él, emplazándoles para que puedan personarse como demandados en el plazo de nueve días...”, en tanto que el apartado tercero somete al control judicial el examen acerca de la regularidad de tales emplazamientos, afirmando que “(el juez o tribunal) comprobará que se han efectuado las debidas notificaciones para emplazamiento y, si advirtiere que son incompletas, ordenará a la Administración que se practiquen las necesarias para asegurar la defensa de los interesados que sean identificables”.*

*Este régimen de intervención en el proceso puede verse alterado en determinadas circunstancias particulares, derivadas de las relaciones jurídicas entabladas en el seno del procedimiento administrativo previo. A diferencia de lo que sucedía en el pasado, con la nueva ley es posible la llamada de terceros como eventuales responsables, que pueden por tanto ser condenados junto a la Administración o en lugar de esta. Para el caso de la responsabilidad patrimonial, tal conclusión es deducible tanto del artículo 9.4 de la Ley orgánica del poder Judicial (RCL 1985, 1578 y 2635) como del artículo 2 e) de la Ley de esta Jurisdicción, de la que cabe inferir, implícitamente, esta posibilidad, pues al residenciar exclusivamente ante nuestra jurisdicción las cuestiones que se susciten en orden a la responsabilidad patrimonial de la Administración, da cabida a la presencia de sujetos privados para determinar su participación en la producción del hecho dañoso y la correlativa capacidad para responder de ellos, de forma conjunta o alternativa con la imputable a la Administración, lo que permite concluir la posibilidad de que estos terceros puedan ser formalmente demandados y, por ello, eventualmente condenados en el proceso contencioso–administrativo. Cabe citar, también, a este respecto, el artículo 98 de la Ley de contratos de las administraciones públicas,*

regap



ESTUDIOS



*sobre daños causados por el contratista como consecuencia de las operaciones necesarias para la ejecución del contrato.*

*Ahora bien, una cosa es que el demandante pueda dirigir su acción contra personas ajenas a la Administración, ampliando con ello el ámbito subjetivo de los posibles responsables y garantizando así, en mayor medida, el éxito de su pretensión y la plena satisfacción de su derecho, y otra bien distinta que aquél se vea obligado, bajo pena de inadmisibilidad, a demandar a estos terceros a los que se pueda imputar la concurrencia en la producción del daño.*

*Por lo demás, el artículo 9.4 de la Ley orgánica del poder judicial (RCL 1985, 1578, 2635), que es una regla de determinación de la competencia jurisdiccional en materia de responsabilidad patrimonial y que, además, constituye una expresión de la unidad jurisdiccional, habilita al recurrente pero no le ordena dirigir su acción frente a los sujetos privados, pues la interpretación más acorde con la índole y finalidad del precepto es la de considerar que, puesto que la Administración sólo puede ser demandada ante nuestra jurisdicción cuando se le reclame responsabilidad patrimonial por causa del funcionamiento de sus servicios públicos “cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive” (artículo 9.4 LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635)), la eventual responsabilidad concurrente de los sujetos privados habrá de dilucidarse precisamente en este proceso, para así asegurar la unidad jurisdiccional, impidiendo dividir la continencia de la causa, fuente de posibles decisiones jurisdiccionales contradictorias, pero la expresión legal “si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional” no puede interpretarse, pese a sus taxativos términos gramaticales, como un mandato que aboque al recurrente a la necesidad imperiosa, bajo sanción procesal, de demandar a estos terceros, sino, a lo sumo, como la prohibición de separar una y otra pretensión, remitiéndolas a jurisdicciones diferentes por razón de la distinta identidad o naturaleza del imputado como responsable. Razón que impide apreciar, sin perjuicio de las acciones legales que pudieran ejercitarse al margen del presente proceso, la causa de inadmisibilidad en debate”.*

### 3) Prescripción de la acción:

El artículo 1973 del Código civil establece que la prescripción de las acciones se interrumpe por su ejercicio ante los tribunales, por reclamación extrajudicial del acreedor y por cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el deudor.

En la vía administrativa, la reclamación que presente el perjudicado interrumpe la prescripción frente a la aseguradora, frente al contratista y frente al concesionario.

Y el artículo 196.3 de la vigente Ley 9/2017 LCSP establece que:

*“Los terceros podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que éste, oído el contratista, informe sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción”.*



Y en la vía judicial, teniendo en cuenta lo expuesto sobre la competencia jurisdiccional, ya podemos adivinar que si el perjudicado acude a la jurisdicción civil frente a la Administración en ejercicio de una acción de responsabilidad patrimonial no va a interrumpir el plazo para acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa, porque la presentación de la demanda civil representa una manifiesta falta de diligencia del recurrente, al ser clara y evidente la competencia del orden contencioso-administrativo para el conocimiento de las reclamaciones de esta naturaleza.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo afirma que la prescripción de cualquier acción se interrumpe por la interposición de reclamaciones en ámbitos jurisdiccionales distintos cuando las reglas sobre competencia no sean claras –por todas, sentencias de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1998 o la de 18 de enero de 2006–, referidas respectivamente a la interrupción de la prescripción por ejercicio de una acción civil y de una acción penal.

Pero, como dice también el TC en su Sentencia 194/2009, de 28 de septiembre:

*“La interpretación realizada por el órgano judicial sobre que el plazo de prescripción no cabe interrumpirse en los supuestos en que sea manifiesta la falta de diligencia de la parte por ser evidente la incompetencia del orden jurisdiccional al que se dirija la primera reclamación no puede calificarse de arbitraria ni de irrazonable”.*

4) ¿Se puede condenar a los sujetos privados?:

La posibilidad de condena del sujeto privado en la sentencia que se dicte en el proceso contencioso-administrativo es admitida por el TS desde su Sentencia de 26 de septiembre de 2007, objeto de cita en las posteriores, como las de 21 de noviembre de 2007 y de 14 de octubre de 2010: *“hemos admitido la posibilidad de que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo se pronuncie sobre la condena de particulares con exclusión del reconocimiento de responsabilidad de la Administración”.*

La propia Sala Tercera del Tribunal Supremo (STS 21.11.2007 Sección Sexta) admite que se puede condenar por la jurisdicción contencioso-administrativa solo al contratista y, evidentemente, también a su compañía de seguros.

5) Ejecución de las sentencias que condenan a un sujeto privado:

El proceso de ejecución de sentencias que regulan los artículos 103 y siguientes de la LJCA está diseñado para ejecutar sentencias de condena de dar o de hacer dirigidas a la Administración pública.

Pero ello no significa que en este ámbito de la responsabilidad patrimonial no existan mecanismos al alcance del juez para ejecutar las sentencias que dicte en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo condenando a sujetos privados, pues las mismas garantías que el legislador ofrece a favor de quien se ha visto favorecido por una sentencia condenatoria de la Administración deben extenderse a quien se ha visto favorecido por una sentencia en la que el sujeto condenado sea un sujeto de derecho privado, solo que en estos casos para ejecutar esta sentencia el juez tendrá que acudir a las normas de ejecución de sentencias previstas en la LEC (y en particular las que se recogen en el título IV (Ejecución dineraria), artículos 571 y ss.) de aplicación supletoria en el proceso contencioso-administrativo, de conformidad con lo dispuesto en la disposición final primera de la Ley jurisdiccional.



## 5 Conclusión

Son múltiples las cuestiones, tanto de carácter sustantivo como de carácter procedimental, que giran en torno al régimen de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas cuando actúan a través de sujetos privados y, en particular, cuando lo hacen a través de contratistas y concesionarios.

La respuesta que ofrecen los tribunales, a través de sus pronunciamientos judiciales, a las preguntas que se hace el perjudicado o víctima de un daño detrás del cual hay un sujeto privado vinculado a la Administración en régimen de contratación o concesión administrativa se acomoda esencialmente a la letra de las normas de aplicación.

Aunque es verdad que, salvo la legislación gallega, que es un poco más completa en el ámbito sustantivo, las leyes estatales básicas y la de contratos de sector público, así como las leyes procesales en el ámbito del procedimiento judicial, no ofrecen una regulación clara y concreta sobre todas las cuestiones planteadas y tratadas en este trabajo, una combinación de lo que dicen juez y legislador permite encontrar soluciones que, sin llegar a consolidar un régimen de responsabilidad objetiva en estos casos, representen una garantía para el ciudadano que ha sufrido el daño.

Pero siguen perviviendo discrepancias jurídicas y judiciales sobre muchas de las cuestiones analizadas, como se ha visto a lo largo de este trabajo, sobre todo en cuanto a la jurisdicción competente para conocer de las impugnaciones presentadas según la opción escogida por el perjudicado para hacer valer su pretensión indemnizatoria, y en mayor medida cuando detrás de la producción de daño nos encontramos con entidades públicas con naturaleza jurídica híbrida.

## Bibliografía

- BOCANEGRA SIERRA, R., “La responsabilidad civil de los concesionarios y contratistas de la Administración por daños causados a terceros”, *Documentación Administrativa*, n. 237-238, 1994 (<https://doi.org/10.24965/da.voi237-238.5353>).
- CABO OLVERA, T., *El procedimiento para la exigencia de responsabilidad patrimonial a las Administraciones Públicas. Ley 39/2015 y Ley 40/2015 Normativa, jurisprudencia, doctrina y formularios*, Bosch, Barcelona, 2019.
- GARCÍA RUBIO, F., y FUENTES I GASÓ, R., *La responsabilidad de las Administraciones Públicas tras la nueva Ley de Régimen Jurídico del Sector Público. Cuatro estudios*, Colección: Derecho y Administración, Atelier, Barcelona, 2017.
- GARCÍA SANZ, J., “En torno a la Responsabilidad patrimonial concurrente de las Administraciones Públicas y de sujetos privados”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n. 9, 2004.
- HORGUÉ BAENA, C., “La responsabilidad del contratista por daños causados a terceros de los contratos administrativos”, *Revista de Administración Pública*, n. 147, septiembre-diciembre 1998 (<https://dialnet.unirioja.es>).
- MANTECA VALDELANDE, V., “Reclamación de responsabilidad a las Administraciones Públicas, Responsabilidad patrimonial de los contratistas del sector público”,

*Actualidad Administrativa*, n. 8, Sección Práctica Profesional, quincena del 16 al 30 de abril de 2011, p. 1028, tomo 1, Editorial La Ley, 2011.

MARTÍN REBOLLO, L., “Ayer y hoy de la Responsabilidad patrimonial de la Administración: Un balance y tres reflexiones”, *Revista de Administración Pública*, n. 150, enero-abril 2000.

MARTÍN REBOLLO, L., *La responsabilidad patrimonial de las entidades locales*, Colección: Biblioteca de Derecho Municipal, Iustel, Madrid, 2005.

PIZARRO NEVADO, R., “Disposiciones generales, principios de actuación y funcionamiento del sector público”, Gonsálbez Pequeño, H. (dir.), *El nuevo régimen jurídico del sector público*, El consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2016.

## Relación de sentencias

### Tribunal Constitucional

STC 15/2016, de 1 de febrero de 2016 (BOE n. 57, de 7 de marzo de 2016)

### Tribunal Supremo

#### Sala de lo contencioso-administrativo

- STS de 30 de abril de 2001 -recurso de casación: 9396/1996–
- STS de 30 de octubre de 2003 -recurso de casación: 3315/1999–
- STS de 24 de mayo de 2007 -recurso: 5950/2003– (ROJ: STS 3524/2007)
- STS de 30 de marzo de 2009 -recurso: 10680/2004–
- STS de 14 de octubre de 2010 -recurso de casación: 3560/2006–
- STS de 29 de octubre de 2010 -recurso: 4459/2006– (ROJ: STS 5979/2010)
- STS de 30 de noviembre de 2011 -recurso: 5978/2009– (ROJ: STS 8708/2011)
- STS de 1 febrero de 2012 -recurso: 24/2009– (ROJ: STS 1498/2012)
- STS de 11 de febrero de 2013 -recurso: 5518/2010– (ROJ: STS 647/2013)
- STS de 14 de octubre de 2013 -recurso: 704/2011– (ROJ: STS 4996/2013)
- STS de 25 de octubre de 2016 -recurso: 2537/2015– (ROJ: STS 4625/2016)
- STS de 20 de noviembre de 2018 -recurso: 1685/2017– (ROJ: STS 4019/2018)

#### Sala de lo Civil

- STS de 22 de octubre de 2012 -recurso: 500/2010– (ROJ: STS 7374/2012)
- STS de 15 de octubre de 2013 -recurso: 1578/2011– (ROJ: STS 4953/2013)
- ATS de 14 de enero de 2014 -recurso: 3417/2012–
- ATS de 16 de noviembre de 2016 -recurso: 3142/2014– (ROJ: ATS 10306/2016)
- STS de 27 de junio de 2017 -recurso: 758/2015– (ROJ: STS 2717/2017)

Regap



ESTUDIOS

- STS de 5 de junio de 2019 -recurso: 2992/2016– (ROJ: STS 1840/2019)
- STS de 18 de julio de 2019 -recurso: 761/2017– (ROJ: STS 2508/2019)

### **Sala de conflictos de competencia:**

- AATS de 22/03/2010 –Conflictos de competencia 23/2009, 25/2009 y 27/2009–, 18/10/2010 –CC 21/2010–, 17/10/2011 –CC 27/2011–, 3/10/2011 –CC 28/2011–, 5/12/2011 –CC 46/2011–, 24/09/2012 –CC 22/2012 y CC 4/2013–
- ATS de 24 de abril de 2015 -recurso 4/2015– (ROJ: ATS 2965/2015)
- ATS de 19 de diciembre de 2016 (ROJ: ATS 12363/2016)
- ATS de 21 de marzo de 2017 (A42/29/16)
- ATS de 30 de mayo de 2018 –CC: 21/2017– (ROJ: ATS 6028/2018)
- ATS de 8 de junio de 2018 –CC 5/2018– (ROJ: ATS 6306/2018)
- ATS de 17 de diciembre de 2018 (ROJ: ATS 13913/2018)
- ATS de 26 de febrero de 2019 (ROJ: ATS 2293/2019)

### **Audiencia Nacional**

- SAN de 6 de mayo de 2013 -recurso: 93/2012– (ROJ: SAN 2242/2013)
- SAN de 9 de mayo de 2016 -recurso: 55/14– (JUR 2016/120945)

### **Tribunales superiores de justicia**

- STSJG de 4 de abril de 2003 (recurso contencioso-administrativo n. 4561/1999)
- STSJG de 30 de abril de 2003 (recurso 4213/1999)
- STSJ Andalucía de 23 de octubre de 2017 (ROJ: AND15555/2017)
- STSJG de 21 de noviembre de 2018 -recurso 265/2018– (ROJ: STSJ GAL 4864/2018)
- STSJG de 18 de diciembre de 2018 (recurso 554/2018)
- STSJG de 19 de diciembre de 2018 (ROJ: STSJ GAL 5032/2018)
- STSJG de 13 de febrero de 2019 (recurso de apelación n. 395/2018)

### **Audiencias provinciales**

- AAP A Coruña (sede Santiago de Compostela) de 19 de noviembre de 2008 -recurso: 438/2008– (ROJ: AAP C 636/2008)
- SAP Lleida de 26 de mayo de 2017 (ROJ: AAP L 353/2017)
- SAP Madrid de 13 de marzo de 2018 (ROJ: AAP M 938/2018)

### **Abreviaturas**

- AAPP: Administraciones públicas
- AAP: Auto Audiencia Provincial
- AATS: Autos del Tribunal Supremo

Adif: Administrador de Infraestructuras Ferroviarias  
AN: Audiencia Nacional  
ATS: Auto del Tribunal Supremo  
CC: Conflicto de competencia  
CE: Constitución española  
LCS: Ley de contrato de seguro  
LCSP: Ley de contratos del sector público  
LEC: Ley de enjuiciamiento civil  
LJCA: Ley de jurisdicción contencioso-administrativa  
LO: Ley orgánica  
LOPJ: Ley orgánica del poder judicial  
LOU: Ley orgánica de universidades  
LPAC: Ley procedimiento administrativo común de las administraciones públicas  
LRJSP: Ley de régimen jurídico del sector público  
Renfe: Red Nacional de Ferrocarriles Españoles  
SAP: Sentencia Audiencia Provincial  
STC: Sentencia del Tribunal Constitucional  
STS: Sentencia del Tribunal Supremo  
TC: Tribunal Constitucional  
TS: Tribunal Supremo  
TSJ: Tribunal Superior de Justicia  
TSJG: Tribunal Superior de Justicia de Galicia

regap



ESTUDIOS



Estrutura orgánica da  
Mutualidade Xeral Xudicial

## Estructura orgánica de la Mutualidad General Judicial

Organic structure of the  
General Mutual Insurance  
Scheme for the Judiciary



CARMEN NÚÑEZ FIAÑO

Magistrada suplente del Tribunal Superior de Justicia de Galicia  
Doctora en Derecho  
carmen.nunez.fiano@gmail.com

Recibido: 18/11/2019 | Aceptado: 19/12/2019

DOI: <https://doi.org/10.36402/10.36402/regap.v1i58.58>

Regap



ESTUDIOS

**Resumo:** Este traballo analiza a estrutura orgánica da Mutualidade Xeral Xudicial, recentemente modificada, pondo de relevo as diferenzas que se observan respecto das regulacións precedentes, así como as vicisitudes destas. Igualmente, analízanse as disfuncións e anomalías que fundamentan a reforma operada en 2019 para, desde o seu coñecemento, valorar a idoneidade dos cambios introducidos.

**Palabras clave:** Mutualidade Xeral Xudicial (MUXEXU), estrutura orgánica, Comisión Reitora, Consello Xeral, Presidente, representación, sistema de elección.

**Resumen:** Este trabajo analiza la estructura orgánica de la Mutualidad General Judicial, recientemente modificada, poniendo de relieve las diferencias que se observan respecto de las regulaciones precedentes, así como las vicisitudes de estas. Igualmente, se analizan las disfunciones y anomalías que fundamentan la reforma operada en 2019 para, desde su conocimiento, valorar la idoneidad de los cambios introducidos.

**Palabras clave:** Mutualidad General Judicial (MUGEJU), estructura orgánica, Comisión Rectora, Consejo General, Presidente, representación, sistema de elección.

**Abstract:** The present work analyzes the organic structure of the MUGEJU, recently modified, highlighting the differences observed with respect to the previous regulations, as well as the vicissitudes of these. Likewise, the dysfunctions and anomalies that underlie the reform operated in 2019 are analyzed to assess the suitability of the changes introduced.

**Key words:** General Mutual Insurance Scheme for the Judiciary (*Mutualidad General Judicial*; MUGEJU), organizational structure, Governing Commission, General Council, Chairman, representation, election system.



**SUMARIO:** 1 Introducción. 1.1 Ámbito del presente trabajo. 1.2 Hitos normativos en la composición de la Mutualidad General Judicial. 2 Análisis de los cambios orgánicos relevantes de la Mutualidad General Judicial. 2.1 Estructura inicial. 2.1.1 Asamblea General. 2.1.2 Junta de Gobierno. 2.1.3 Presidente. 2.1.4 Otros órganos. 2.2 Reforma de 2006. 2.2.1 Motivos determinantes de la nueva reglamentación orgánica de la Mutualidad General Judicial. 2.2.2 Especial referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2008. 2.2.3 Órganos de la Mutualidad y su funcionamiento bajo la vigencia del Real decreto 1206/2006. 2.2.3.a Asamblea General. 2.2.3.b Comisión Permanente. 2.2.3.c La Gerencia. 3 Actual estructura orgánica. 3.1 Justificación del Real decreto 96/2019. 3.2 Alcance de la reforma. 3.2.1 Consejo General. 3.2.2 Comisión Rectora. 3.2.3 Gerencia. 3.2.4 Delegados Provinciales. 4 Disposiciones comunes. 5 Conclusiones.

## 1 Introducción

### 1.1 Ámbito del presente trabajo

Aunque tanto en la Ley 109/1963, de 20 de julio, de bases de los funcionarios civiles del Estado<sup>1</sup>, como en el texto articulado de 1964<sup>2</sup> se preveía la aprobación de una ley reguladora de la Seguridad Social de tal colectivo, esta no vería la luz hasta pasados diez años. Con igual contenido que el de la base I.2.a) del primer texto legal y del artículo 2.2.a) del segundo, la Ley 29/1975, de 27 de junio, sobre Seguridad Social de los funcionarios civiles del Estado<sup>3</sup> (LSSFCE), excluyó de su ámbito de aplicación al personal al servicio de la Administración de justicia<sup>4</sup>, cuyo régimen especial de Seguridad Social, conforme a la disposición adicional segunda, sería regulado por una ley especial, aunque adaptada a sus directrices y en régimen de mutualismo, a través de una Mutualidad de Funcionarios de la Administración de Justicia.

Hubo que esperar casi tres años más hasta la efectiva inserción de la Administración de justicia en el sistema de Seguridad Social<sup>5</sup>, a través del RDley 16/1978, de 7 de junio<sup>6</sup>.

La implantación del Régimen Especial de Seguridad Social del Personal al Servicio de la Administración de Justicia (RESSPAJ) pretendía acabar con las deficiencias de la

<sup>1</sup> BOE n. 175, de 23 de julio de 1963.

<sup>2</sup> Se aprobó por Decreto 315/1964, de 7 de febrero, publicado en el BOE n. 40, de 15 de febrero de 1964.

<sup>3</sup> BOE n. 155, de 30 de junio de 1975.

<sup>4</sup> Disponía el artículo tercero. Dos, d) de la Ley 29/1979: "Quedan excluidos de este régimen especial y seguirán rigiéndose por sus normas específicas: ... Los funcionarios al servicio de la Administración de Justicia".

<sup>5</sup> Integración que algún autor considera meramente formal, conformando a su juicio un mecanismo de previsión yuxtapuesto. De tal opinión es RODRÍGUEZ CARDO, I. A., "La progresiva homogeneización de los regímenes de Seguridad Social de los funcionarios públicos: novedades en el primer semestre de 2009", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n. 84, 2009, p. 185. GARCÍA NINET, J. I., y DOLZ LAGO, M. J., "Regímenes Especiales de Funcionarios Públicos", De la Villa Gil, L. E. (dir.), *Derecho de la Seguridad Social*, 5.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 895-896, afirman que los funcionarios públicos, a pesar del mantenimiento de singulares mecanismos de protección propios de la previsión social administrativa, están incluidos en el Sistema de Seguridad Social a través de los regímenes especiales. Califican a los regímenes especiales de funcionarios como periféricos BLASCO LAHOZ, J. F., LÓPEZ GANDÍA, J., y MOMPARLER CARRASCO, M. A., *Regímenes Especiales de la Seguridad Social*, 12.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 37. *Vid.* también, CANALES GIL, Á., *El sistema español de clases pasivas del Estado*, Cedecs, Barcelona, 1996, p. 340. También de fronterizos, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., "La necesaria integración de la protección social de los funcionarios públicos en el Régimen General de la Seguridad Social. Una tarea pendiente", *Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF)*, n. 183, 1998, pp. 85 y ss.

<sup>6</sup> BOE n. 137, de 9 de junio de 1978.

situación anterior dentro de unas directrices concretas: la tendencia a la unidad, la participación de los interesados en el gobierno de la nueva mutualidad y la prestación de la necesaria cobertura económica por el Estado. La diversidad de mecanismos de cobertura<sup>7</sup> articulados a través de las clases pasivas, ayuda familiar y prestaciones que derivaban de los montepíos del siglo XIX<sup>8</sup>, asumidas por algunas mutualidades, generaron diferencias objetivas en la protección social del personal de la Administración de justicia y, a consecuencia de ello, no pocas desigualdades<sup>9</sup>. El establecimiento de este régimen especial pretendía, esencialmente, la eliminación de estas diferencias y anomalías; muestra de ello es que el legislador en la exposición de motivos consignaba su preocupación por tales deficiencias y manifestaba su voluntad de corregirlas: “*si- quiera sea para que la asistencia sanitaria, urgente e inaplazable, sea prestada de modo eficaz y unitario a tan importante colectivo de funcionarios*”.

El RDley 16/1978 creó la Mutualidad General Judicial (MUGEJU), encargada de gestionar el régimen especial que instauraba<sup>10</sup>. No obstante, dejó subsistentes a las mutualidades que integraban la Agrupación Mutuo-Benéfica de Funcionarios de la Administración de Justicia, con sus regímenes y fuentes de financiación, a fin de que quedasen garantizados los derechos adquiridos por los mutualistas, si bien se contemplaba su integración en el Fondo Especial de la MUGEJU, como de hecho se produjo<sup>11</sup>. En cualquier caso, se declaró la compatibilidad de los mecanismos de cobertura regulados en esta norma legal con los de las citadas mutualidades, que eran las que hasta ese momento prestaban con carácter obligatorio asistencia social a sus asociados. La salvedad estaba en las contingencias y prestaciones relacionadas en los artículos 9 y 10 del RDley 16/1978, que dejarían de ser cubiertas por la Agrupación Mutuo-Benéfica desde la entrada en vigor del régimen especial, asumiéndolas la propia MUGEJU.

Este ente gestor<sup>12</sup> del RESSPAJ adscrito al Ministerio de Justicia se configura por su norma creadora como una persona jurídica de derecho público<sup>13</sup>, con capacidad jurídica y patrimonio propio para el cumplimiento de sus fines<sup>14</sup>, dotándole de una

<sup>7</sup> De la misma opinión, ALARCÓN CARACUEL, M. R., y GONZÁLEZ ORTEGA, S., *Compendio de Seguridad Social*, 4.ª ed., Editorial Tecnos, Madrid, 1991, p. 357; o ESTEVE SEGARRA, A., *Derecho de la Seguridad Social*, 7.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 622, que plasma la diversidad de mecanismos de cobertura de este colectivo.

<sup>8</sup> Sobre antecedentes del mutualismo, ALONSO OLEA, M., “Régimen Jurídico de la Seguridad Social”, *Revista de Administración Pública*, n. 19, 1956, p. 162; también MORENO RUIZ, R., “La génesis del mutualismo moderno en Europa”, *REVESCO. Revista de Estudios Cooperativos*, n. 72, 2000, pp. 202 y ss., o ÁVALOS MUÑOZ, L. M., “Antecedentes Históricos del Mutualismo”, *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, n. 12, 1991, pp. 42 y ss. También *vid.* RUMEU DE ARMAS, A., *Historia de la previsión social en España. Cofradías-Gremios-Hermandades-Montepíos*, Ediciones El Albir, Barcelona, 1981.

<sup>9</sup> En este sentido, GONZALO GONZÁLEZ, B., y NUÑO RUBIO, J. L., “*Tipología estructura y caracteres de la protección social de los funcionarios públicos en España*”, 1.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 35.

<sup>10</sup> Sobre la gestión del RESSPAJ, BLASCO LAHOZ, J. F., LÓPEZ GANDÍA, J., y MOMPALAR CARRASCO, M.ª Á., *Regímenes Especiales de la Seguridad Social*, cit., pp. 540.

<sup>11</sup> En relación con la integración de las mutualidades preexistentes en el Fondo Especial de la MUGEJU, MARTÍNEZ MOYA, J., y SÁEZ RODRÍGUEZ, C. (coords.), *La protección social de la Carrera Judicial*, 1.ª ed., AEOE, Madrid, 2018, pp. 187-188.

<sup>12</sup> Sobre la naturaleza jurídica del ente gestor del RESSPAJ, *vid.* BLASCO LAHOZ, J. F., *Seguridad Social, Régimen General, Regímenes Especiales y prestaciones no contributivas*, 5.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 1477.

<sup>13</sup> Sobre el concepto, *vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E., “El concepto de personalidad jurídica en el Derecho Público”, *Revista de Administración Pública*, n. 129, 1992, pp. 195-210.

<sup>14</sup> El artículo tercero. Dos del Real decreto ley 16/1978 excluía la MUGEJU del ámbito de aplicación de la LRJEEA, reconociéndole en la misma extensión que al Estado el beneficio procesal de pobreza, franquicia postal y especial tasa telegráfica y

determinada estructura y composición informada por la necesidad de garantizar la participación de los interesados en el gobierno de la nueva Mutualidad.

A la estructura orgánica actual de la MUGEJU se dedica este estudio, desde un examen comparativo de las precedentes que se estima ineludible para determinar el alcance de la reciente reforma operada por el RD 96/2019, de 1 de marzo, de reordenación y actualización de la estructura orgánica de la MUGEJU<sup>15</sup> y, en su caso, constatar la adaptación de los cambios introducidos a los fines que los justifican.

## 1.2 Hitos normativos en la composición de la Mutualidad General Judicial

En la regulación del aspecto orgánico de la Mutualidad destacan tres hitos normativos, a saber:

– El RD 3283/1978, de 3 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de la MUGEJU<sup>16</sup>.

– El RD 1206/2016, de 20 de octubre, por el que se regulan la composición y funciones de los órganos de gobierno, administración y representación de la MUGEJU<sup>17</sup>.

– El RD 96/2019, de 1 de marzo, de reordenación y actualización de la estructura orgánica de la MUGEJU.

Inicialmente, la estructura organizativa de la MUGEJU se configura en el RDley 16/1978, de 7 de junio, y en el Reglamento de la Mutualidad, aprobado por RD 3283/1978, de 3 de noviembre. En su origen se la dotó de órganos de ámbito nacional, Asamblea General, Junta de Gobierno, Presidente y Gerente; y de ámbito provincial, como lo eran el Delegado y la Junta Consultiva. Esta estructura acabó completándose con las unidades orgánicas, con nivel de servicio, que reguló el RD 2703/1981, de 19 de octubre<sup>18</sup>; concretamente: la Secretaría General, el Servicio de Prestaciones y el Servicio de Administración Financiera y Contabilidad. Conforme a la normativa de 1978, la Asamblea General era el órgano supremo; sin embargo, el ejercicio efectivo de las funciones de dirección y gestión recaía en la Junta de Gobierno y el Presidente, que, además, ostentaba la representación de la Mutualidad.

La estructura inicial y características se mantienen en los artículos 6 y 8 del RDleg. 3/2000, de 23 de junio, por el que se aprueba el Texto refundido de las disposiciones legales vigentes sobre el régimen especial de Seguridad Social del personal al servicio de la Administración de justicia (TRRESSPA)<sup>19</sup>, que incorporó la normativa con rango de ley anterior, derogándola expresamente<sup>20</sup>. No obstante, el Reglamento de la

---

exención tributaria.

<sup>15</sup> BOE n. 61, de 12 de marzo de 2019.

<sup>16</sup> BOE n. 26, de 30 de enero de 1979.

<sup>17</sup> BOE n. 264, de 4 de noviembre de 2006.

<sup>18</sup> BOE n. 278, de 20 de noviembre de 1981.

<sup>19</sup> El RDleg. 3/2000, de 23 de junio, que aprobó el texto refundido de las disposiciones legales vigentes sobre el RESSPA, se publicó en el BOE n. 154, de 28 de junio de 2000.

<sup>20</sup> La disposición derogatoria única, expresamente deroga el Real decreto ley 16/1978.

MUGEJU de 1978 cubrió un periodo de transitoriedad, provocado por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social<sup>21</sup>, que derogó aquellos preceptos del texto refundido sin sustituirlos. Dicho periodo concluyó con la aprobación del RD 1206/2006, de 20 de octubre, que introdujo un cambio sustancial en los órganos de la mutualidad y su funcionamiento. Esta norma, aunque mantiene a los delegados provinciales, abandona la clasificación de la anterior, diferenciando entre órganos de participación en el control y vigilancia (la Asamblea General y la Comisión Permanente, presididas por un mismo Presidente), y el órgano de efectiva dirección y gestión, la Gerencia.

El tercer y último hito se publicó en el BOE del pasado 12 de marzo de 2019. Tanto el título del RD 96/2019 como su exposición de motivos delimitan la reforma abordada en términos de reordenación y actualización de la estructura anterior. Desde el Gobierno se llama la atención sobre los límites de la modificación, que se califica como continuista de la regulación anterior<sup>22</sup>. Como se verá en los apartados siguientes, no solo se crean nuevos órganos en sustitución de los precedentes, sino que también se modifica el método de elección y funciones, por lo que, pese a la voluntad declarada, lo cierto es que la reforma de 2019, según se plasma en el preámbulo de la norma, define *ex novo* su marco jurídico de organización y funcionamiento.

Regap



ESTUDIOS

## 2 Análisis de los cambios orgánicos relevantes de la Mutualidad General Judicial

### 2.1 Estructura inicial

Como ya se expuso en el apartado anterior, la norma que creó a la MUGEJU como ente gestor del RESSPAJ, dotándola de personalidad jurídica y patrimonio propio para el cumplimiento de sus fines, determinó también los órganos de gobierno y administración: la Asamblea General, la Junta de Gobierno, el Presidente y el Gerente<sup>23</sup>.

Los artículos cuarto y siguientes del RDley 16/1978 perfilaban de modo muy escueto estos órganos.

#### 2.1.1 Asamblea General

Lo primero a destacar de la regulación de 1978 es la configuración de la Asamblea General como órgano supremo. A la vista de las atribuciones competenciales, esa primacía dentro de la estructura se la otorgaba, fundamentalmente, su labor de control,

<sup>21</sup> BOE n. 313, de 31 de diciembre de 2002.

<sup>22</sup> El secretario de Estado de Justicia y presidente de la nueva Comisión Rectora del ente, don Manuel Jesús Dolz Lago, puntualizó que la "nueva normativa no hace borrón y cuenta nueva sobre la estructura anterior, sino su actualización por medio de la reordenación... Se reordena, a partir de lo existente, para actualizarse", en *Mutua judicial, Revista sobre la Mutualidad General Judicial*, n. 43, 2019, p. 3.

<sup>23</sup> Sobre la estructura inicial de la MUGEJU, *vid.* LÓPEZ LORENZO, Á., *La protección social de los Funcionarios Públicos*, Editorial de la Universidad de Granada, Granada, 2007, pp. 280 a 282.

fiscalización y aprobación, en su caso, de la memoria y el balance de cada ejercicio, del proyecto del presupuesto anual o de los planes de inversión propuestos por la Junta de Gobierno, así como el establecimiento del régimen de las prestaciones propias del mutualismo judicial<sup>24</sup>.

La segunda peculiaridad radicaba en su composición y, en particular, en la forma de elección de sus miembros. Se integraba en origen por 34 compromisarios elegidos por los mutualistas pertenecientes a las distintas carreras o cuerpos al servicio de la Administración de justicia. A cada una de las demarcaciones que constituían circunscripciones de audiencias territoriales le corresponderían dos compromisarios, salvo a las de Madrid y Barcelona, que serían cuatro para cada una. La mitad debía pertenecer a carrera, cuerpo o escala para cuyo ingreso se exigía título de enseñanza superior universitaria, y la otra mitad a cuerpo o escala a los que pueda accederse sin tal titulación. La designación se rige por el sistema de mayoría y, en caso de empate, primará la mayor antigüedad. El nombramiento dura cuatro años y los miembros se renovarían por mitad cada dos.

Con la entrada en vigor de la Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del poder judicial<sup>25</sup> (LOPJ), que crea los tribunales superiores de justicia suprimiendo las audiencias territoriales; y la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de demarcación y planta judicial<sup>26</sup>, que establece en su artículo 2 que la jurisdicción de los tribunales superiores de justicia se extiende al ámbito territorial de su respectiva Comunidad Autónoma, se hace necesario adaptar la estructura de la Asamblea General de la Mutualidad a la nueva organización judicial. Tal modificación se lleva a cabo mediante el RD 1610/1990, de 14 de diciembre<sup>27</sup>, que da nueva redacción al artículo 4, sustituyendo las referencias a las audiencias territoriales por los tribunales superiores de justicia, alterando el número de compromisarios, pues se asignan dos por cada una de las demarcaciones que constituyan circunscripciones de tribunales superiores de justicia (con excepción de los de las comunidades autónomas de Madrid, de Cataluña, de Andalucía y de Castilla y León, en las que serán cuatro en cada una de ellas). A los solos efectos de la elección de los compromisarios, se introducía una peculiaridad en las siguientes circunscripciones que se dividirían en dos distritos electorales:

– La de Andalucía estaba integrada por el constituido por las provincias de Almería, Málaga, Jaén y Granada; y el que conformaban las de Cádiz, Córdoba, Huelva y Sevilla. La elección de los dos compromisarios, uno por cada grupo, correspondientes a cada distrito electoral, se llevará a cabo en las capitales de Granada y Sevilla, respectivamente.

---

<sup>24</sup> No obstante, el artículo sexto le asigna además otras atribuciones como: ostentar la superior dirección del ente de derecho público y establecer las orientaciones generales a que deberá ajustarse la actuación de los otros órganos; conocer y resolver, en su caso, cuantos asuntos le sean sometidos por la Junta de Gobierno; elaborar y proponer la terna para la designación de presidente de la Mutualidad y realizar los nombramientos de los miembros de la Junta de Gobierno que correspondan a esta.

<sup>25</sup> BOE n. 157, de 2 de julio de 1985.

<sup>26</sup> BOE n. 313, de 30 de diciembre de 1988.

<sup>27</sup> BOE n. 302, de 18 de diciembre de 1990.

– La circunscripción de Castilla y León se dividirá en el distrito electoral integrado por las provincias de León, Palencia, Salamanca, Zamora y Valladolid; y el compuesto por las de Soria, Segovia, Ávila y Burgos. La elección de los dos compromisarios, uno por cada grupo, correspondientes a cada distrito electoral, se llevará a cabo en las capitales de Valladolid y Burgos, respectivamente.

La forma de elección de los compromisarios que establecía el primer Reglamento de la Mutualidad era el sufragio directo, personal y secreto, o por correo.

El Presidente de la Mutualidad lo será también de la Asamblea General, actuando como secretario el de la Junta de Gobierno.

En cuanto a su funcionamiento, la Asamblea General celebrará dentro del primer trimestre una sesión ordinaria, convocada por el Presidente con veinte días, al menos, de antelación. También podrán celebrarse cuantas extraordinarias convoque el Presidente con cinco días como mínimo de antelación, salvo casos de urgencia.

La Asamblea General adoptará sus acuerdos por mayoría de asistentes, teniendo el Presidente el voto de calidad, si bien precisa para su válida constitución en primera convocatoria de un quórum de asistencia de la mitad más uno de sus miembros, sin que se contemple tal exigencia en segunda convocatoria, que se efectuará transcurrida al menos una hora desde la primera.

### 2.1.2 Junta de Gobierno

La Junta de Gobierno se configuró en 1978 como el órgano de dirección y gestión permanente de la Mutualidad. Expresamente, el reglamento le atribuía la dirección de la Mutualidad, así como la competencia para invertir o enajenar elementos que integran su patrimonio propio, o para concertar operaciones de crédito dentro de ciertos límites<sup>28</sup>. Además de velar por el cumplimiento de las normas y fines de la MUGEJU, de los acuerdos y directrices que recibiera de la Asamblea General, se le asignaron las funciones de informar las normas relativas al RESSPAJ, proponer modificaciones tanto de estas como de las que afectarían al régimen interno de la Mutualidad, y elaborar, informar y elevar a la Asamblea General la memoria anual, el balance y el proyecto de presupuesto. Su marco competencial se cierra con una cláusula residual, pues se le atribuía la competencia de cualquier materia que expresamente no esté asignada a otro órgano.

La integraban, además del presidente, que lo era también de la MUGEJU, el tesorero, el interventor, el secretario y seis consejeros. El Ministerio de Justicia nombraba al interventor de entre mutualistas que ostentaran la condición de funcionarios en activo con residencia oficial en Madrid. La Asamblea General removía y designaba libremente al tesorero y al secretario; también designaba a los consejeros por mayoría por un periodo de cuatro años, renovándose por mitad cada dos, manteniendo siempre la proporcionalidad entre los pertenecientes a grupos con titulación superior y no titulados. Se elegían mediante voto personal, directo y secreto, entre los incluidos en

<sup>28</sup> El artículo 14.h) del RD 3283/1978, limita el ejercicio de dicha competencia cuantitativamente a que el importe de las operaciones no supere el 2% del capítulo de gastos correspondiente.

las listas que concurren a la elección para cada una de las seis consejerías, una por cada uno de los siguientes grupos<sup>29</sup>:

Primero. Carrera Judicial y Jueces de Distrito.

Segundo. Carrera Fiscal, Letrados del Ministerio de Justicia y Fiscales de Distrito.

Tercero. Secretarios de la Administración de Justicia y Forenses.

Cuarto. Oficiales de la Administración de Justicia.

Quinto. Auxiliares de la Administración de Justicia.

Sexto. Agentes de la Administración de Justicia.

### 2.1.3 Presidente

En la distribución competencial inicial, este órgano gozaba de gran peso tanto en el ámbito de dirección y gestión como de representación del ente. Al Presidente le asignaban la convocatoria y la presidencia de los otros órganos colegiados de la Mutualidad y las funciones de disponer y ejecutar sus acuerdos, así como la administración y gestión de la MUGEJU dentro del marco delimitado por la Junta de Gobierno, y representación en toda clase de actos, negocios jurídicos, ejercicios de acciones, previo acuerdo, en su caso, de la Junta de Gobierno. Pese a esta previsión de intervención previa de la Junta de Gobierno, bajo el criterio de urgencia el Presidente estaba facultado para adoptar cualquier decisión inaplazable sin quebranto para la Mutualidad o los beneficiarios, dando cuenta en la primera reunión a la Junta de Gobierno.

Era designado por el presidente del Tribunal Supremo a propuesta en terna de la Asamblea General.

### 2.1.4 Otros órganos

La Junta de Gobierno podía designar y remover libremente, a propuesta del Presidente, al gerente, que asume la jefatura de todos los servicios administrativos, técnicos y económicos bajo la dependencia del Presidente<sup>30</sup>.

El Reglamento de la MUGEJU contemplaba la posibilidad de designar a cuatro directores de servicios de entre funcionarios públicos en activo, a propuesta de la Junta de Gobierno e iniciativa del Presidente, que ejercerían sus funciones bajo la dependencia de este o del gerente.

<sup>29</sup> El RD 3283/1978 en su artículo 10 incluye en el primer grupo, expresamente, aunque de modo redundante, pues ya los encuadraría la Carrera Judicial, a los magistrados del TS y los magistrados de Trabajo; en el segundo, al Cuerpo Facultativo de la Dirección General de los Registros y del Notariado; en el tercero, funcionarios con titulación superior del Instituto Nacional de Toxicología, Cuerpo de Secretarios de Magistraturas de Trabajo, Cuerpo de Secretarios de los Juzgados de Distrito, Oficiales de Sala del Tribunal Supremo y Audiencias y del Cuerpo de Oficiales de los Tribunales de los Contencioso-Administrativo, a extinguir, que sean Letrados y Escala Técnica, a extinguir, del Cuerpo Administrativo de los Tribunales, Letrados; en el cuarto, Cuerpo de Secretarios de los Juzgados de Paz y funcionarios de la Escala Técnica a extinguir, del Cuerpo Administrativo de los Tribunales, no Letrados.

<sup>30</sup> Conforme al artículo 16 del RD 3283/1979, correspondía al gerente: a) cumplir los acuerdos de la Junta de Gobierno, que se le transmitirán por conducto del presidente; b) cumplir las decisiones e instrucciones que le dé el presidente; c) ejercer la jefatura de los servicios administrativos, económicos y técnicos de la Mutualidad; d) elaborar el anteproyecto de presupuesto anual, memoria y balance, y cuantos documentos o informes deban ser sometidos a la Asamblea General y a la Junta de Gobierno; e) reconocer el derecho a prestaciones, autorizar gastos y ordenar pagos, todo ello dentro de las atribuciones que establezca la Junta de Gobierno; f) cuantas otras funciones le sean atribuidas por la Junta de Gobierno o por el presidente.



Por último, se regularon como órganos provinciales los delegados, uno por cada provincia, que actuarían como misiones ejecutivas desconcentradas<sup>31</sup> y enlace con los servicios centrales; y la Junta Consultiva, con funciones meramente informativas, orientadoras y de apoyo a los delegados.

En suma, conforme a la normativa del año 1978, la Asamblea General, integrada por compromisarios elegidos por los mutualistas por sufragio directo, personal y secreto, constituía el órgano supremo de la Mutualidad. La Junta de Gobierno y el Presidente eran los órganos directivos pues ostentaban claramente funciones de dirección y gestión de las competencias de la Mutualidad, concurriendo, además, en el Presidente la función de representación ordinaria del ente. La Gerencia era un órgano ejecutivo de gestión, subordinado a la Junta y al Presidente. Por su parte, los delegados provinciales actuaban de enlace con los servicios centrales, ejercían las funciones ejecutivas atribuidas por desconcentración de los estatales, ostentando la Junta Consultiva funciones de asesoramiento.

Así se mantuvieron las cosas durante más de veintiocho años, aunque por la incidencia que en el funcionamiento de los órganos de la Mutualidad tuvieron determinadas leyes promulgadas en el curso de dicho periodo, como la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJAPAC)<sup>32</sup>, o la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración general del Estado (LOFAGE)<sup>33</sup>, el reglamento fue adaptado a las previsiones de estas en orden a la composición y adopción de acuerdos de los órganos colegiados por diversas normas<sup>34</sup>. Especial mención merecen, por su directa proyección sobre la estructura orgánica de la MUGEJU, tres normas cuya relevancia en la aprobación de la siguiente norma reguladora de la estructura orgánica y funcionamiento del ente serán analizadas en el siguiente apartado:

La primera, el TRRESPAJ del año 2000, pues derogó el Real decreto ley 16/1978, de 7 de junio, regulando los órganos de la MUGEJU en los artículos 6 y 8.

La segunda, la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social<sup>35</sup>, que deroga dichos artículos del TRRESPAJ y autoriza al Gobierno para reestructurar orgánicamente la Mutualidad en el marco de la LOFAGE,

<sup>31</sup> Sobre el concepto de desconcentración administrativa, GALLEGU ANABITARTE, A., "Transferencia y descentralización; delegación y desconcentración; mandato y gestión o encomienda", *Revista de Administración Pública*, n. 122, 1990, pp. 32 a 50. Concorre desconcentración, según PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Administrativo I. Introducción, organización y empleo público*, 26.ª ed., Ediciones Académicas, UNED, Madrid, 2017, p. 117, cuando "se traspasa la titularidad de las competencias de un órgano superior a otro inferior dentro de un mismo organismo público". Tiene por finalidad descongestionar el trabajo de los órganos superiores.

<sup>32</sup> BOE n. 285, de 27 de noviembre de 1992.

<sup>33</sup> BOE n. 90, de 15 de abril de 1997.

<sup>34</sup> Entre otras, RD 1810/1994, de 5 de agosto, por el que se adecuan los procedimientos de Mutualismo Judicial y Fondo Especial de la Mutualidad General Judicial a la LRJAPAC, que deroga el artículo 90 del Reglamento de 1978, Real decreto 1610/1990, de 14 de diciembre, por el que se modifica entre otros el artículo 4 en consonancia con la organización judicial implantada por la LOPJ en consonancia con los mandatos constitucionales.

<sup>35</sup> BOE n. 313, de 31 de diciembre de 2002.

declarando transitoriamente subsistentes, hasta que se produzca dicha reglamentación, los órganos con los que se venía gobernando desde sus inicios<sup>36</sup>.

La tercera, la Ley orgánica 19/2003, de 23 de diciembre<sup>37</sup>, de modificación de la LOPJ.

## 2.2 Reforma de 2006

### 2.2.1 Motivos determinantes de la nueva reglamentación orgánica de la Mutualidad General Judicial

El RD 1206/2006, de 20 de octubre, por el que se regulan la composición y funciones de los órganos de gobierno, administración y representación de la MUGEJU, vio la luz por motivos de técnica normativa y de oportunidad como justificaba su preámbulo.

En efecto, concurrían diversas razones para la aprobación de un nuevo reglamento de organización de la MUGEJU que podían subsumirse bajo dos tipos de motivación:

– El primero de ellos persigue poner fin a la situación de transitoriedad normativa que generó la entrada en vigor del TRRESSPAJ y la derogación posterior de sus artículos 6 y 8 por la Ley 53/2002. Y es que con la aprobación del nuevo TRRESSPAJ del año 2000 quedó derogado expresamente el RDley 16/1978 y cualquier otra norma en cuanto se opusiera al mismo. El capítulo II de la norma se dedicó a la MUGEJU y, en particular, a su gobierno y administración (en el artículo 6) y al funcionamiento de sus órganos (en el artículo 8). En ambos preceptos<sup>38</sup>, al igual que sucedía con el RD 3283/1978, de 3 de noviembre<sup>39</sup>, se dotaba a la MUGEJU –para el ejercicio de sus funciones en el ámbito nacional– de una Asamblea General, una Junta de Gobierno, un Presidente y un Gerente, remitiéndose a la regulación reglamentaria en lo que al funcionamiento, régimen y atribuciones de los órganos centrales y provinciales se refiere. Pero tales preceptos se derogaron por la Ley 53/2002, cuya disposición transitoria quinta cubriría la ausencia reglamentaria, hasta la entrada en vigor del RD 1206/2006<sup>40</sup>, manteniendo los antiguos órganos, con su composición y funciones.

<sup>36</sup> En efecto, esta ley en su disposición derogatoria única en su apartado e) deroga los artículos 6 y 8 TRRESSPAJ, y prevé en la disposición final quinta: “Se autoriza al Gobierno para que, de conformidad con la naturaleza pública de la Mutualidad General Judicial y en el marco de lo establecido en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado, proceda mediante real decreto a la constitución o reestructuración de sus órganos de gobierno, administración y representación, determinando su composición, funcionamiento y atribuciones”. Pero, entre tanto no se aprueba ese RD, declara subsistentes los anteriores órganos con la misma composición y atribuciones (disposición transitoria quinta).

<sup>37</sup> BOE n. 309, de 26 de diciembre de 2003.

<sup>38</sup> En una regulación adaptada a los cambios normativos posteriores al RD 3283/1978, que se mantendría en vigor por juego de las disposiciones transitorias y derogatorias en todo lo compatible con el nuevo régimen especial, y en tanto no se hiciera uso de la habilitación reglamentaria contemplada en la disposición final segunda, conforme a la cual “se faculta al Ministro de Justicia, previo informe, en su caso, del Ministro de Hacienda y del de Trabajo y Asuntos Sociales en el ámbito de sus respectivas competencias, para dictar o proponer al Gobierno, según proceda, las normas de aplicación y desarrollo del presente texto refundido”.

<sup>39</sup> BOE n. 278, de 20 de noviembre de 1981.

<sup>40</sup> La disposición derogatoria única del RD 1206/2006 establece en su apartado 1: “Quedan derogadas las siguientes disposiciones:

- a) El capítulo I del Reglamento de la MUGEJU aprobado por el RD 3283/1978, de 3 de noviembre.
- b) El RD 2703/1981, de 19 de octubre, por el que se estructura orgánicamente la MUGEJU.

– El segundo lo integran razones de oportunidad: la necesidad de adaptación de la organización de la MUGEJU a los cambios impuestos por la modernización de la Administración de justicia<sup>41</sup>; la necesidad de aproximar el mutualismo judicial a las reformas operadas en otros regímenes especiales de la Seguridad Social –eso sí, sin obviar las singularidades del mutualismo judicial–; para ajustar la organización de la mutualidad a la de los órganos colegiados de las hoy derogadas<sup>42</sup> LRJAPAC y LOFAGE; y, por último, reflejando la tendencia de las últimas reformas dirigidas a hacer más eficaz y próxima la Administración al ciudadano, la norma pretendía igualmente agilizar la gestión del servicio que la MUGEJU presta a los mutualistas.

## 2.2.2 Especial referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2008

Transcurrido poco más de un año de vigencia del RD 1206/2006, por Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2008<sup>43</sup> se anula el párrafo primero del apartado 3 del artículo 3, por ser contrario al principio constitucional de igualdad, lo que provocó una situación de interinidad en lo que a la Presidencia de la Asamblea se refiere, de mayor duración incluso que aquella que finalizó con su aprobación. Dicho precepto establecía como requisito para ser elegido presidente la pertenencia del candidato a la carrera judicial con categoría de magistrado o fiscal en activo. La Federación Sindical de Administraciones Públicas de Comisiones Obreras (FSAP-CCOO) interpuso recurso contencioso-administrativo contra el RD 1206/2006 para interesar la anulación del artículo 3.3 y la del proceso de elección de miembro de la Comisión Permanente por contradicción de los artículos 10.1 y 3.2.

Esta última pretensión fue inadmitida por razón de la falta de impugnación de los preceptos que se dicen contradictorios, pues en la demanda solo se instaba la anulación del artículo 3.3. Siendo ello así, el Alto Tribunal argumenta que cualquier acto dictado en el seno del proceso electivo debe ser recurrido en vía administrativa, pudiendo reaccionar los interesados contra el acuerdo desestimatorio de aquella petición de nulidad, una vez que sea firme en dicha vía, mediante la interposición del recurso contencioso. En la demanda judicial se puede fundar la nulidad del acto recurrido en la ilegalidad de los preceptos que se reputan contradictorios, impugnándolos así indirectamente.

c) El artículo 2 del RD 1810/1994, de 5 de agosto, por el que se adecuan los procedimientos de Mutualismo Judicial y Fondo Especial General Judicial a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común”.

<sup>41</sup> Preámbulo de RD 1206/2006, párrafo quinto: “... se han dictado un conjunto de medidas legislativas y reglamentarias que persiguen, en última instancia, modernizar y hacer más eficaz la Administración de Justicia, acercándola al ciudadano, lo que hace imprescindible que la organización de la mutualidad deba acomodarse a esa nueva realidad. Así, debe citarse como de singular relevancia la modificación de la Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del poder judicial, operada a través de la Ley orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, que introduce importantes cambios en la organización de la Oficina Judicial y, en general, en los cuerpos al servicio de la Administración de justicia”.

<sup>42</sup> La disposición derogatoria única de la LPAC deroga la LRJAPAC. Y la LRJSP deroga la LOFAGE.

<sup>43</sup> Recurso n. 31/2006.

En cuanto al artículo 3.3, la pretensión anulatoria se sustenta en que el requisito de ostentar la condición de miembro de la carrera judicial o fiscal para poder acceder al cargo de presidente de la Mutualidad quebranta el principio de igualdad, proclamado en el artículo 14 de la CE; la exclusión de cualquier otro mutualista para el cargo de presidente no se funda en motivos objetivos y razonables, como tampoco que la designación se realice entre los propuestos en terna por el CGPJ, órgano este que ni representa a los mutualistas ni a la Asamblea.

La Sección 6.ª de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en la mentada sentencia, tras exponer el marco funcional con el que la normativa anterior dotaba a la Presidencia, resalta que el RD 1206/2006 vacía el cargo de presidente de funciones directivas y representativas que asumen la Asamblea General o la Comisión Permanente en cada caso. Si el presidente no resulta ser titular del órgano, no procede la aplicación del artículo 46 LOFAGE –actualmente artículo 100.2 Ley del régimen jurídico del sector público– que remitía a la normativa aplicable a la Administración general del Estado para el nombramiento de los titulares de los organismos autónomos. Entonces, cualquier mutualista, con el nivel de titulación exigido, con independencia del cuerpo al que pertenezca de los integrados en la MUGEJU, podría ser elegido presidente.

En el fundamento de derecho cuarto se rebaten cada uno de los argumentos que sustentaban aquella redacción. En cuanto a que la pertenencia a la carrera judicial o fiscal en activo conformaba un requisito tradicional que contemplaban los precedentes normativos, el Alto Tribunal destaca la evidente ruptura que supone el RD 1206/2006 en la organización y estructura de la MUGEJU respecto de la regulación precedente. Un claro ejemplo de ello lo constituye la desposesión de toda función directiva o de representación a la Presidencia, salvo las que le delegue la Gerencia, que ahora asume aquellas. No existe, pues, un continuismo con la regulación anterior.

Otra de las razones alegadas fue que la formación y experiencia profesional difieren en los distintos cuerpos y carreras. En contra de esto se dice en la sentencia que, si bien el desempeño de una presidencia de órganos colegiados puede requerir determinado nivel académico y de experiencia –lo cual debería en todo caso motivarse suficientemente y de modo razonable–, esta exigencia la puede cubrir cualquier mutualista con independencia del cuerpo integrado en la mutualidad al que pertenezca, por lo que no se comparte ni entiende por qué ha de limitarse a magistrados o fiscales en activo, máxime cuando la representación de la Mutualidad recae en el gerente y este puede pertenecer a cualquier cuerpo o escala para la que se exija el título de doctor, licenciado, ingeniero arquitecto o equivalente. En suma, carece de sustento razonable alguno mantener que quien ostenta por delegación la representación del organismo deba ser un magistrado o fiscal porque así lo exige la alta representación de la Mutualidad cuando el representante legal, es decir, el gerente, puede ser cualquier funcionario con idoneidad profesional para ser subdirector general.

Por último, el Alto Tribunal califica de inadecuada la justificación para la norma controvertida referente a la vinculación de la MUGEJU al poder judicial, toda vez que el vigente real decreto atribuye al gerente la representación, dirección y gobierno de la Mutualidad, que no tiene por qué pertenecer a la carrera judicial, de modo que la

labor del presidente de la Asamblea y de la Comisión Permanente se limita, en lo que ahora interesa, a la presidencia de tales órganos de los que forman parte miembros de la carrera judicial, pero también otros pertenecientes a diversos cuerpos. Es decir, como el presidente de la Asamblea y de la Comisión Permanente no fija por sí solo, sino con todos los demás miembros que forman los órganos que preside, la línea de actuación que les compete, no es necesario que se elija entre magistrados para preservar la independencia judicial.

Por todo ello, la sentencia concluye que el artículo 3.3 del RD 1206/2006 vulnera el principio constitucional de igualdad, pues no se justifica razonablemente la limitación que establece, y lo anula, sin perjuicio de la facultad de la Administración para establecer con una base racional y razonada requisitos para el desempeño del cargo de presidente. Dicho de otro modo, la anulación de ese precepto no supone el reconocimiento al mutualista de un derecho absoluto a poder ser presidente de la Asamblea y de la Comisión Permanente.

### 2.2.3 Órganos de la Mutualidad y funcionamiento bajo la vigencia del Real decreto 1206/2006

Esta norma no solo modifica los órganos de la Mutualidad, sino que también varía las competencias de los que subsisten. Así, se suprime la Junta de Gobierno, creándose la Comisión Permanente pero como órgano de control y fiscalización de la gestión; desaparecen las juntas informativas; y se modifican las funciones de la Asamblea General y, especialmente, del Presidente, que asume la Gerencia. Veamos la composición y funciones de estos órganos que se agrupan en dos claras categorías: de dirección y gestión, que compete a la Gerencia; y de control y fiscalización de la gestión, que asumen la Asamblea General y la Comisión Permanente<sup>44</sup>.

#### 2.2.3.a Asamblea general

La Asamblea General<sup>45</sup> ejerce una actividad de control y fiscalización de la actividad de otros órganos de la Mutualidad, aunque también le corresponde el nombramiento de los consejeros electivos de la Comisión Permanente. En el marco de la primera actuación, aunque es la Gerencia la que prepara y ejecuta el plan de actuación anual, redacta la memoria que presenta dentro de los seis primeros meses de cada año la Comisión Permanente, o elabora el anteproyecto de presupuesto anual, balance u cuentas anuales, a la Asamblea le compete su aprobación, en sentido propio, o, en último caso, a través de una actividad informadora vinculante. También puede postular cambios en el ámbito de las prestaciones o los que fueren necesarios para el desarrollo de los mecanismos de protección ya existentes. Igualmente, debe ser informada de los planes de inversión y puede elevar al Ministerio de Justicia las consideraciones que estime convenientes sobre la situación actual y perspectiva futura del marco

<sup>44</sup> Cfr. su artículo 2. A este respecto, *vid.* BLASCO LAHOZ, J. F., *La gestión de la Seguridad Social*, 1.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 287-304.

<sup>45</sup> Se regulaba en los artículos 3 a 8 del RD 1206/2006.

prestacional de la Mutualidad. Además, se le atribuye el conocimiento de todo asunto que se le someta a consideración por cualquier otro órgano de la Mutualidad y las demás funciones que se le asignen legal o reglamentariamente.

La Asamblea General, que está integrada por el presidente, vicepresidente, secretario y compromisarios, ve limitadas sus funciones directivas: aprueba el plan de actuación y la memoria, pero únicamente informará el anteproyecto de presupuesto anual, balance, cuentas anuales, perdiendo la competencia en el establecimiento del régimen de prestaciones.

El Presidente seguirá convocando y presidiendo tanto la Asamblea General como la Comisión Permanente, dirigiendo sus deliberaciones, debiendo remitir los acuerdos o peticiones en ellas alcanzados a las autoridades y organismos correspondientes. Por delegación del Gerente, asumirá la representación en actos y contratos de la Mutualidad. Además, le corresponden todas las funciones que le confieran las normas legales o reglamentarias, según prevé el artículo 13.2.d) del RD 1206/2006. Como se advierte, a partir de 2006, el Presidente carece de toda competencia directiva y de representación de la Mutualidad, salvo las ejercidas por delegación del Gerente.

En caso de vacante, ausencia o enfermedad, le sustituirá el gerente de la Mutualidad que ostenta la Vicepresidencia<sup>46</sup>.

Los compromisarios continúan eligiéndose por sufragio directo, personal y secreto, o por correo, por y entre mutualistas que han de pertenecer a uno de los siguientes grupos: 1) De las Carreras Judicial y Fiscal, de los Cuerpos de Secretarios Judiciales, de Médicos Forenses, de Facultativos del INTCF y de Gestión Procesal y Administrativa. 2) De los Cuerpos de Tramitación Procesal y Administrativa, de Técnicos Especialistas del INTCF, de Auxilio Judicial y de Ayudantes de Laboratorio del INTCF. Cada uno de los dos grupos aportará el 50% de los compromisarios, designándose a los que hayan obtenido mayor número de votos en sistema de listas abiertas con única papeleta. En caso de igualdad, el desempate se resuelve por sorteo, que se celebrará en la mesa electoral territorial. Su mandato tendrá una duración de cuatro años y se renovarán por mitad cada dos años. Cada demarcación que constituya una circunscripción de un Tribunal Superior de Justicia tendrá dos compromisarios, salvo por Madrid, que serán cinco, y por la de las comunidades autónomas de Cataluña, Andalucía y Castilla y León, que serán cuatro.

La Asamblea General se celebra en sesiones ordinarias o extraordinarias que convoca el presidente con al menos 15 o 7 días de antelación, respectivamente, a excepción de casos de urgencia. Junto con la convocatoria ha de remitirse el orden del día, que también elabora el presidente, incluyendo los asuntos propuestos por los compromisarios con 30 días de antelación si se encuentran en el ámbito competencial de la Asamblea, así como los demás documentos precisos para su estudio. Las sesiones ordinarias se celebran una vez al año, sin que exista límite respecto de las extraordinarias, que se realizarán cuantas convoque el presidente previa audiencia de la Comisión Permanente o cuando lo solicite la cuarta parte, al menos, de los miembros de la Asamblea General. El secretario levantará acta de cada sesión, la cual se enviará a todos los miembros

---

<sup>46</sup> Según los arts. 3 y 13 del RD 1206/2006.

de la Asamblea General, que en la siguiente sesión ordinaria someterá a aprobación. Para que quede válidamente constituido el órgano en la primera convocatoria, deben estar presentes o representados la mitad más uno de sus miembros; para la segunda, en cambio, no se exige quórum alguno, si bien ha de mediar entre ambas al menos una hora. Además, se precisa la asistencia del presidente y del secretario o de quienes les sustituyan. Los acuerdos se adoptan por mayoría simple, teniendo el presidente voto de calidad.

### 2.2.3.b La Comisión Permanente

En la norma de 2006 se crea la Comisión Permanente<sup>47</sup> como órgano delegado de la Asamblea General. Asume parte de las competencias que el reglamento derogado atribuía a aquella (acatar y velar por el cumplimiento de las normas, de los acuerdos y pautas de aquella), pero además ejerce una labor de apoyo a la actuación de la Asamblea (examinar la memoria anual, el anteproyecto de presupuesto anual y el balance y las cuentas anuales del ejercicio anterior; informar de los asuntos que le somete la Gerencia y de los que deba conocer la Asamblea General, así como los proyectos de disposiciones de carácter general que establezcan o modifiquen prestaciones). A su vez, debe recibir información del otorgamiento de prestaciones no regladas o no sometidas a baremo u otras ayudas discrecionales y del fondo de asistencia social. Ha de reunirse siempre con anterioridad a las sesiones de la Asamblea y, al menos, una vez cada trimestre, y los acuerdos se adoptan por mayoría de los presentes.

La Comisión Permanente estará formada por seis miembros electivos, que son los consejeros; por el presidente, que también lo es de la Asamblea General; el gerente de la Mutualidad; el director general de Relaciones con la Administración de Justicia; el secretario general técnico del Ministerio de Justicia; y el secretario general de la Administración de justicia. El secretario general de la Mutualidad actúa como secretario de la Comisión Permanente, con voz pero sin voto.

La Asamblea General elige entre los compromisarios pertenecientes a cada uno de los seis grupos que contempla el artículo 10 del RD 1206/2006 a los seis miembros de la Comisión Permanente, uno por cada grupo, en análogos términos que el sistema de elección de los consejeros de la extinta Junta de Gobierno<sup>48</sup>. De entre los compromisarios de cada uno de los grupos siguientes saldrán los seis consejeros, uno por cada grupo. Es decir, uno de entre los pertenecientes a la Carrera Judicial, que conforman el grupo primero; otro entre los de la Carrera Fiscal (grupo segundo), y así respecto de cada uno de los restantes grupos; el tercero, integrado por el Cuerpo de Secretarios

<sup>47</sup> El RD 1206/2006 le dedica sus artículos 9 a 12.

<sup>48</sup> Conforme al artículo 10 del RD 1206/2006, de entre los compromisarios de cada uno de los grupos siguientes saldrán los seis consejeros: uno de entre los pertenecientes a la Carrera Judicial, que conforman el grupo primero; otro entre los de la Carrera Fiscal (grupo segundo), y así respecto de cada uno de los restantes grupos; el tercero, integrado por el Cuerpo de Secretarios Judiciales, el de Médicos Forenses, de Facultativos del INTCF; el cuarto, por el Cuerpo de Gestión Procesal y Administrativa; el quinto por el Cuerpo de Tramitación Procesal y Administrativa, el de Técnicos Especialistas del INTCF y de Ayudantes de Laboratorio del INTCF; y, por último, el sexto, al que pertenece el Cuerpo de Auxilio Judicial. Estos grupos engloban a todos los funcionarios, por ello, el apartado 2 del artículo 10 del RD 1206/2006, establece un criterio residual para aquellos que no estén incluidos en ninguno de ellos, cual es el de la equiparación con el del nivel de titulación exigido para el ingreso en el cuerpo o escala correspondiente.



Judiciales, el de Médicos Forenses, de Facultativos del INTCF; el cuarto, por el Cuerpo de Gestión Procesal y Administrativa; el quinto por el Cuerpo de Tramitación Procesal y Administrativa, el de Técnicos Especialistas del INTCF y de Ayudantes de Laboratorio del INTCF; y por último, el sexto, al que pertenece el Cuerpo de Auxilio Judicial. Estos grupos engloban a todos los funcionarios; por ello, el apartado 2 del artículo 10 del RD 1206/2006 establece un criterio residual para aquellos que no estén incluidos en ninguno de ellos, cual es el de la equiparación con el del nivel de titulación exigido para el ingreso en el cuerpo o escala correspondiente.

Los consejeros serán elegidos por la Asamblea General por mayoría de votos. Los consejeros de los grupos primero, segundo y tercero serán designados por los compromisarios que pertenezcan a los cuerpos relacionados en dichos grupos. Los consejeros de los grupos cuarto, quinto y sexto serán designados por los compromisarios que pertenezcan a los cuerpos relacionados en dichos grupos. Cada miembro de la Asamblea General dará su voto personal, directo y secreto a uno solo de los candidatos por cada grupo. La duración del mandato será de cuatro años, renovándose por mitad cada dos años, de modo que se mantenga la proporcionalidad entre los grupos primero, segundo y tercero por una parte y los grupos cuarto, quinto y sexto por la otra.

Podrán presentar listas de candidatos: 1) Las asociaciones de jueces, fiscales, secretarios judiciales y demás personal al servicio de la Administración de justicia y sindicatos con representación de ámbito nacional en la Administración de justicia. 2) Los mutualistas de cada grupo, en número no inferior a veinte. 3) Los compromisarios de la Asamblea General en número no inferior a cinco.

### **2.2.3.c La Gerencia**

Si algo caracteriza a la reforma de 2006 es que opera una clara y evidente ruptura del modelo de precedente de organización funcional de la MUGEJU. En el nuevo reparto competencial la Gerencia resulta ser, sin duda alguna, el órgano más reforzado, fundamentalmente a costa de restarle competencias a la Presidencia, que prácticamente queda vacía de funciones ejecutivas y de representación de la Mutualidad, pero también asumiendo muchas de la extinta Junta de Gobierno e incluso alguna que originariamente se atribuía a la Asamblea General.

La Gerencia<sup>49</sup> se configura como el órgano directivo de gestión y dirección de la MUGEJU, que ostenta la representación del organismo y todas las funciones de dirección, gestión e inspección de las actividades del mismo que ejercerá en el marco de la legislación vigente. Como representante de la Mutualidad, actúa en su nombre en todos los actos y contratos, así como ante las autoridades, juzgados, tribunales, organismos, entidades y personas naturales y jurídicas; suscribe además contratos, convenios de colaboración con entidades públicas y privadas cuya actividad sea precisa para el mejor cumplimiento de los fines de la Mutualidad y enajena elementos del patrimonio que hayan dejado de servir al cumplimiento de los fines (en este caso, previa audiencia de la Comisión Permanente, que emitirá informe sobre ambos extremos vinculante).

---

<sup>49</sup> El artículo 14 del RD 1206/2006 regula la Gerencia.

Entre las funciones de dirección se puede citar la de los servicios técnicos, siendo de su incumbencia la aprobación de las normas sobre funcionamiento y régimen interior de la MUGEJU. También le corresponde elaborar las normas internas del régimen especial de la Seguridad Social en lo relativo al régimen de prestaciones que le incumbe, así como la implantación efectiva de estas, además de cualquier competencia de dirección o gestión que se le atribuyan normativamente o no esté expresamente asignada a otros órganos. Le corresponde el nombramiento de los delegados provinciales; la instrucción de expedientes sancionadores a mutualistas o beneficiarios, cuya condición y derecho al percibo de prestaciones o ayudas les reconoce; elaborar el anteproyecto de presupuesto anual de ingresos y gastos, memoria anual, balance de cuentas y resultados; disponer de gastos y ordenar los pagos de la mutualidad, cuyos recursos financieros, bienes y derechos patrimoniales gestiona.

El gerente de la MUGEJU tendrá rango de subdirector general y será nombrado y separado de su cargo respetando los principios de igualdad, mérito y capacidad, y cesados por el ministro, secretario de Estado o subsecretario del que dependan<sup>50</sup>. El secretario general y los titulares de los departamentos que se establezcan en la correspondiente relación de puestos de trabajo, sucesivamente, asumirán la suplencia del gerente en caso de vacante, ausencia y enfermedad. La Gerencia de la MUGEJU contará con una Secretaría General y con el resto de las unidades que se estimen necesarias, con el nivel orgánico que se determine en la correspondiente relación de puestos de trabajo.

Con la finalidad de gestionar la Mutualidad de un modo más ágil y fluido, la Gerencia dictó resolución con fecha 10 de febrero de 2009<sup>51</sup>, posteriormente sustituida por otra de 1 de marzo de 2011<sup>52</sup>, sobre delegación de competencias. La derogación de la Ley 30/1992<sup>53</sup> y de la Ley 6/1997 imponía una modificación en la materia para adaptarla a las leyes vigentes. Con tal propósito, y con el fin de contribuir a agilizar y obtener la máxima eficacia en el funcionamiento de las unidades internas de la MUGEJU y en la relación del organismo con los proveedores externos, según afirma su preámbulo, se dicta la Resolución de 18 de abril de 2018<sup>54</sup>, sobre delegación de competencias, que serían las siguientes:

1) En la Secretaría General se delegan el reconocimiento de las obligaciones y la ordenación de los pagos (a excepción de las nóminas), los pagos referidos a los conciertos o contratos suscritos con entidades públicas o privadas para la prestación de la asistencia sanitaria y la prestación farmacéutica y los de asistencias protocolarias y de representación, sin perjuicio del ejercicio de las facultades de contratación que el ordenamiento jurídico atribuye al Gerente como órgano de contratación respecto de los contratos menores a los que se refiere el artículo 131.3 en relación con el artículo 118, de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, salvo los

<sup>50</sup> Le resulta de aplicación el artículo 67 de la LRJSP.

<sup>51</sup> BOE n. 41, de 17 de febrero de 2009.

<sup>52</sup> BOE n. 62, de 14 de marzo de 2011.

<sup>53</sup> Sobre la nueva LRJPAC, MARTÍN REBOLLO, L., "La Nueva Ley de Procedimiento Administrativo Común", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 174, 2015, pp. 15-22.

<sup>54</sup> BOE n. 108, de 4 de mayo de 2018.

acuerdos de inicio y adjudicación de los correspondientes expedientes y las autorizaciones del gasto y la ordenación del pago, la aprobación de las cuentas justificativas de las obligaciones satisfechas con cargo a los anticipos de caja fija y libramientos ordinarios a justificar, excepto las que se refieran a asistencias protocolarias y de representación, la concesión de permisos y licencias salvo los de los titulares de departamento, consejeros técnicos y asesores médicos.

2) En el jefe de área al cargo de la Administración Financiera y Contabilidad, la gestión y resolución de los procedimientos de reintegro por percepción de prestaciones indebidas y actuaciones vinculadas a la gestión económica que no estén expresamente delegadas en otros órganos de la MUGEJU.

3) En el consejero técnico al cargo de la afiliación, cotización y recaudación, reconocimiento de la condición de mutualistas y beneficiarios, altas, bajas y variaciones de su condición y de los derechos derivados de la misma, incluido el de la asistencia sanitaria, la resolución de los expedientes de recaudación, impago y reclamación de cuotas y la devolución de cuotas.

4) En el jefe de área al cargo de las prestaciones económicas, la resolución de los expedientes y la autorización y disposición del gasto de las prestaciones económicas y sociales, así como la resolución de los expedientes y la autorización y disposición del gasto de las prestaciones y otros procedimientos de las mutualidades integradas en el Fondo Especial.

5) En el jefe de área al cargo de las prestaciones de farmacia y asistencia sanitaria, reintegro de gastos de farmacia a mutualistas, pagos de medicamentos a hospitales, la autorización y disposición del gasto referido a los conciertos o contratos suscritos con entidades públicas o privadas para la prestación de la asistencia sanitaria y la prestación farmacéutica y la resolución de los procedimientos relativos a asistencia sanitaria y de aquellos expedientes en que haya intervenido la Comisión Mixta Nacional, prevista en los conciertos con las entidades de seguro.

## 3 Actual estructura orgánica

### 3.1 Justificación de la reforma de 2019

Al igual que sucedió con la norma precedente, el RD 96/2019 responde a la necesidad de modernizar y adaptar a diversos cambios legislativos la estructura y funcionamiento de los órganos de la MUGEJU, así como de cubrir y solventar lagunas y deficiencias del sistema de representación. En este orden de cosas, importa destacar qué problemática afrontó la norma vigente:

En primer lugar, la entrada en vigor de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas (LPAC) y de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público (LRJSP), que derogan, respectivamente, la LRJAPAC y LOFAGE, imponía la adaptación de la organización y funcionamiento de la Mutualidad en la consecución de una mayor transparencia

en la actuación de sus órganos, funcionamiento ágil y simplificación de la estructura. Había que dotar a la MUGEJU de un nuevo modelo de estructura orgánica más moderna, operativa y racional, informada por criterios de eficacia y eficiencia y, por primera vez, para la participación de sus órganos colegiados, por la Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres<sup>55</sup>.

En segundo lugar, la anulación del artículo 3.3, párrafo 1, del RD 1206/2006 transformó en indefinida la previsión temporal de su disposición transitoria segunda; como el presidente a la entrada en vigor del RD cesaría en su cargo una vez designado el otro mediante el procedimiento previsto en el párrafo anulado, a falta de este procedimiento aquel permaneció *sine die*. Resultaba ineludible instaurar el procedimiento para la designación del presidente de acuerdo con los parámetros legales y judiciales.

En tercer lugar, existían importantes disfunciones, mucho más evidentes en los últimos años, en relación con los órganos de vigilancia y control de la MUGEJU, derivadas del sistema elegido para la formación de la Asamblea General, que se proyectaba en la Comisión Permanente, generadoras de una distribución desequilibrada, en términos de representación, de los miembros que componen ambos órganos. Estas anomalías derivaban de la escasa participación de los mutualistas, de la presentación de una sola candidatura (normalmente pactada entre los sindicatos) que revelaba como innecesarias las elecciones, y de la forma de distribución de los grupos de compromisarios que limitaba, casi anulaba, la representación de los del Grupo A<sup>56</sup>. Mediante la creación de nuevos órganos (Comisión Rectora y Consejo General) con otro proceso de configuración se pretende garantizar la presencia homogénea y equilibrada de los diferentes cuerpos al servicio de la Administración de justicia.

Esta reforma ha provocado críticas de los sindicatos, que consideran que a través de ella el Gobierno se asegura “el control de la mutualidad de los funcionarios de justicia, para eliminar el control sobre las cuentas y la asistencia sanitaria por parte de los funcionarios que se benefician de este sistema”<sup>57</sup>, habiendo recurrido la norma la Federación de Servicios a la Ciudadanía de CCOO<sup>58</sup>.

<sup>55</sup> BOE n. 71, de 23 de marzo de 2003.

<sup>56</sup> La redacción del artículo 3.2 preveía el reparto del total de compromisarios de la Asamblea General entre dos grupos al 50%: el primero, integrado por aquellos cuerpos cuyo ingreso exige titulación universitaria superior más el Cuerpo de Gestión Procesal; y el segundo, por el resto de cuerpos al servicio de la Administración de justicia. Al representar el Cuerpo de Gestión Procesal aproximadamente el 50% del total del primer grupo, y el Cuerpo de Tramitación Procesal un 70% del segundo grupo, la consecuencia es que el resto de los cuerpos apenas tenía presencia en los órganos colegiados de control, o no la tenía en absoluto.

<sup>57</sup> Noticia publicada en *Expansión* el 20/03/2019, en la que también se consigna, según declaraciones a la Agencia EFE de los representantes sindicales de CCOO y CSIF, que: “Con la nueva regulación del real decreto aprobado por el Consejo de Ministros, la Asamblea es sustituida por el llamado Consejo General, que supone que más de la mitad de “representantes” serán de colectivos que no tienen ni un cuarto de mutualistas, mientras que la inmensa mayoría del colectivo estará mínimamente representado. Y se fulmina el sistema democrático de elección por sufragio universal. Así, tras la modificación, se designarán dos miembros de la Carrera Judicial, designados por el Consejo General del Poder Judicial (11,1% de cotizaciones del cuerpo sobre el total); dos miembros de la Carrera Fiscal, designados por el Fiscal General del Estado (4,3%); dos miembros del Cuerpo de Letrados de la Administración de Justicia (6,9%); dos miembros de los Cuerpos de Médicos Forenses y de Facultativos del Instituto Nacional de Toxicología (INT) (1,5%); dos miembros de los Cuerpos de Gestión Procesal y Administrativa y de Técnicos Especialistas del INT (25,4%); dos miembros del Cuerpo de Tramitación Procesal y Administrativa (36,2%) y dos miembros del Cuerpo de Auxilio Procesal y de Auxiliares de Laboratorio del INT (15,1%). En los dos últimos casos, todos los miembros serán designados por la ministra de Justicia”.

<sup>58</sup> Recurso contencioso-administrativo 1/181/2019.

## 3.2 Alcance de la reforma

El RD 96/2019, en su artículo 1.1, en consonancia con las normas que le preceden, reconoce al organismo autónomo de la MUGEJU personalidad jurídica pública, patrimonio y tesorería propias, delimitando su autonomía de gestión de la forma en que prevé para los organismos autónomos la LRJSP, dependiente del Ministerio de Justicia a través de la Secretaría de Estado de Justicia<sup>59</sup>.

Para el cumplimiento de sus fines la MUGEJU dispone de órganos de dirección y gestión (la Gerencia y los Delegados Provinciales), y de control y vigilancia de tal gestión (la Comisión Rectora y el Consejo General). Procede, pues, examinar las competencias, composición y funcionamiento de cada uno de estos órganos, analizando previamente disposiciones de aplicación general.

### 3.2.1 El Consejo General

Al Consejo General<sup>60</sup> dedica el RD 96/2019 los artículos 7 a 11, definiéndolo el primero de ellos como el órgano de supervisión general de la actividad de la Mutualidad. Se observa, respecto de la anterior regulación de la extinta Asamblea General, un detrimento de funciones en favor de la Comisión Rectora, como se expondrá detalladamente en el apartado siguiente.

Las atribuciones que ostenta este órgano son, básicamente, de conocimiento de la memoria anual del organismo elaborada por la Gerencia; el anteproyecto anual de presupuesto; balance y cuentas anuales; planes de inversión y de actuación; y de cuantos asuntos le sean sometidos por los otros órganos; además de aquellas funciones que las normas legales o reglamentarias le encomienden y la proposición de cuantas medidas, planes y programas sean convenientes para el desarrollo de los mecanismos de protección del RESSAJ.

A mi juicio, la reforma más relevante y controvertida<sup>61</sup> radica en el método de elección de sus miembros. El Consejo General está formado por dieciséis miembros: dos de la Carrera Judicial, designados por el CGPJ; dos de la Carrera Fiscal, designados por el fiscal general del Estado; dos del Cuerpo de Letrados de la Administración de Justicia; dos del Cuerpo de Médicos Forenses y de Facultativos del INTCF; dos de los Cuerpos de Gestión Procesal y Administrativa y de Técnicos Especialistas del INTCF; dos del Cuerpo de Tramitación Procesal y Administrativa; y dos del Cuerpo de Auxilio Procesal y de Auxiliares de Laboratorio del INTCF. A excepción de los que pertenecen a la Carrera Judicial o Fiscal, los restantes son designados por el ministro de Justicia, oídas las asociaciones profesionales y organizaciones sindicales más representativas

<sup>59</sup> El apartado 3 del mentado precepto recoge lo que resultaba de la aplicación del artículo 2.2 del RD 1044/2018, de 24 de agosto, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Justicia y se modifica el RD 595/2018, de 22 de junio, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales. BOE n. 206, de 25 de agosto de 2018.

<sup>60</sup> Sustituye a la Asamblea General el RD 1206/2006, que la regulaba en sus artículos 9 a 12.

<sup>61</sup> El CSIF había anunciado que recurriría el RD 96/2019 en <https://www.redaccionmedica.com/bisturi/crisis-en-mugeju-por-la-nueva-estructura-de-gobierno-7319> (Consultado 20/03/2019). Actualmente, se está tramitando el recurso contencioso-administrativo 1/181/2019 interpuesto por la Federación de Servicios a la Ciudadanía de CCOO.

a nivel estatal, sustituyendo el anterior sistema de elección por sufragio directo, personal y secreto o por correo de los mutualistas<sup>62</sup>, como ya se dijo.

Por mayoría se elegirán entre sus miembros al presidente y vicepresidente, que ejercerán su cargo hasta la expiración de su mandato de cuatro años, si bien no cesarán hasta que en el plazo máximo de un año se celebre la sesión del Consejo General que nombre a los que les sustituyan.

El RD 96/2019 se remite al artículo 19 de la LRJSP<sup>63</sup> para delimitar el marco competencial del presidente del Consejo General, que asumirá el vicepresidente en caso de vacante, ausencia, enfermedad u otra causa legal del primero. Actuará como secretario del Consejo General, con voz pero sin voto, el secretario general de la Mutualidad.

El órgano que en cada caso nombre a cada uno de los miembros del Consejo General designará también su suplente en caso de vacante, enfermedad u otra causa legal, perdiendo los miembros del Consejo General su condición por acuerdo de aquel, siendo incompatible la condición de consejero con la de delegado provincial, así como con la prestación de servicios en la MUGEJU como funcionario o empleado estatutario o laboral.

Al igual que en la Comisión Rectora, el RD 96/2019 prevé que en la composición del Consejo General se procure en la designación la presencia equilibrada de mujeres y hombres.

El Consejo General celebrará sesión ordinaria una vez al año y cuantas extraordinarias convoque el presidente, oído el Consejo Rector, o lo solicite una cuarta parte, al menos, de sus miembros, que podrán efectuarse mediante el empleo de medios telemáticos, a iniciativa de la Gerencia de la Mutualidad, oído el presidente. Este convocará las sesiones con una antelación mínima de quince días hábiles en el caso de las sesiones ordinarias y de siete días hábiles en el supuesto de las sesiones extraordinarias, salvo en los casos de urgencia, de conformidad con la ley, adjuntando el orden del día en el que se incluirán los puntos que la cuarta parte de los consejeros soliciten con una antelación de treinta

<sup>62</sup> La Asamblea General elige, entre los compromisarios pertenecientes a cada uno de los seis grupos que contempla el artículo 10 del RD 1206/2006, a los consejeros. De entre los compromisarios de cada uno de los grupos siguientes saldrán los seis consejeros, uno por cada grupo. Es decir, uno de entre los pertenecientes a la Carrera Judicial, que conforman el grupo primero; otro entre los de la Carrera Fiscal (grupo segundo), y así respecto de cada uno de los restantes grupos; el tercero, integrado por el Cuerpo de Secretarios Judiciales, el de Médicos Forenses, de Facultativos del INTCF; el cuarto, por el Cuerpo de Gestión Procesal y Administrativa; el quinto por el Cuerpo de Tramitación Procesal y Administrativa, el de Técnicos Especialistas del INTCF y de Ayudantes de Laboratorio del INTCF; y por último, el sexto, al que pertenece el Cuerpo de Auxilio Judicial. Estos grupos engloban a todos los funcionarios, por ello, el apartado 2 del artículo 10 del RD 1206/2006, establece un criterio residual para aquellos que no estén incluidos en ninguno de ellos, cual es el de la equiparación con el del nivel de titulación exigido para el ingreso en el cuerpo o escala correspondiente.

Los consejeros serán elegidos por la Asamblea General por mayoría de votos. Los consejeros de los grupos primero, segundo y tercero serán designados por los compromisarios que pertenezcan a los cuerpos relacionados en dichos grupos. Los consejeros de los grupos cuarto, quinto y sexto serán designados por los compromisarios que pertenezcan a los cuerpos relacionados en dichos grupos. Cada miembro de la Asamblea General dará su voto personal, directo y secreto a uno solo de los candidatos por cada grupo. La duración del mandato será de cuatro años, renovándose por mitad cada dos años, de modo que se mantenga la proporcionalidad entre los grupos primero, segundo y tercero por una parte y los grupos cuarto, quinto y sexto por la otra. Podrán presentar listas de candidatos: 1) Las asociaciones de jueces, fiscales, secretarios judiciales y demás personal al servicio de la Administración de justicia y sindicatos con representación de ámbito nacional en la Administración de justicia. 2) Los mutualistas de cada grupo, en número no inferior a veinte. 3) Los compromisarios de la Asamblea General en número no inferior a cinco. Artículo 11 RD 1206/2006.

<sup>63</sup> Respecto de la incidencia de la nueva ley en el marco competencial de los órganos, *vid.* CAMPOS ACUÑA, M. C., *Comentarios a la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público*, Campos Acuña, M.C. (dir.), 1.ª ed., Wolters Kluwer, Madrid, 2017, p. 217.

días, y la documentación complementaria necesaria. La concurrencia a las sesiones es obligatoria para todos los miembros salvo causa debidamente justificada, y podrá efectuarse de modo presencial o por medios telemáticos o electrónicos.

De cada sesión levantará acta el secretario, que será remitida a todos los miembros del Consejo General y sometida a su aprobación en la siguiente sesión ordinaria. Para la válida constitución del órgano, a efectos de la celebración de las sesiones, se requerirá la presencia del presidente y del secretario o, en su caso, de quienes les sustituyan, y la mitad más uno de sus miembros. En segunda convocatoria no se exigirá quórum especial. A los efectos de determinar el quórum de asistencia, se computarán aquellos miembros que asistan a las sesiones mediante medios telemáticos.

El régimen de los acuerdos se ajustará al principio de mayoría de asistentes, teniendo el presidente voto de calidad en caso de empate.

### 3.2.2 Comisión Rectora

La Comisión Rectora, que se encuentra regulada en los artículos 3 a 5 del RD 96/2019, comparte con el Consejo General el ejercicio de una actividad de control y fiscalización de la actividad de otros órganos de la Mutualidad. Ambos sustituyen a la Comisión Permanente y a la Asamblea General; no obstante, no se produce una asunción competencial idéntica entre ellos, saliendo reforzada en el nuevo reparto, sin duda alguna, la Comisión Rectora. A esta competen actualmente funciones antes atribuidas a la Asamblea General (como la aprobación del plan de actuación y memoria anual de la MUGEJU o la de informar el anteproyecto de presupuesto anual) o de la Gerencia, caso de la designación de los delegados provinciales y suplentes de entre la terna de candidatos propuestos ahora por la Gerencia.

Además de las mentadas funciones, la Comisión Rectora mantiene casi con idéntica redacción las que el reglamento orgánico derogado atribuía a la Comisión Permanente: examinar el anteproyecto de presupuesto anual, el balance y las cuentas anuales del ejercicio anterior; velar por el cumplimiento de las normas, así como proponer cuantas medidas estime necesarias para el mejor cumplimiento de los fines de la Mutualidad; resolver los asuntos que le someta la Gerencia; informar los proyectos de disposiciones de carácter general que establezcan o modifiquen prestaciones; y ser informada sobre el otorgamiento de prestaciones no regladas y ayudas discrecionales. En el marco de esta última materia, la norma vigente amplía la competencia de la Comisión Rectora a la adopción de los criterios necesarios para el otorgamiento de dichas prestaciones o ayudas.

Igualmente, se le atribuye *ex novo* la función de informar los proyectos de disposiciones de carácter general que se refieran a la estructura, organización y funciones de la MUGEJU.

Por último, el elenco de funciones se cierra con una genérica previsión: *las demás que las normas legales o reglamentarias le encomienden*.

Pero quizás la modificación más relevante radique en la composición y funcionamiento de este órgano como proyección de la nueva integración y elección de los miembros del Consejo General. En efecto, ahora la Comisión Rectora está integrada por: el secretario de Estado de Justicia, que ostenta la Presidencia; un vocal del CGPJ



de procedencia judicial y nombrado por este de entre los que lo integran; un miembro de la Carrera Fiscal nombrado por el fiscal general del Estado, oído el Consejo Fiscal; el secretario general de la Administración de justicia; el secretario general técnico del Ministerio de Justicia; el presidente del Consejo General de la Mutualidad elegido por mayoría de entre sus miembros, dos miembros que no sean ni jueces ni fiscales<sup>64</sup>. Además, asistirán a las sesiones, con voz pero sin voto, el gerente y el secretario general de la MUGEJU, ejerciendo el último de secretario de la Comisión Rectora.

Es evidente que en la composición de la Comisión Rectora juega un papel relevante el titular del Ministerio de Justicia como responsable de la designación directa de tres de sus miembros e indirecta de dos. Por otro lado, los sindicatos advierten de la pérdida de representatividad de los cuerpos con mayor número de mutualistas<sup>65</sup>.

El presidente, que a diferencia de la regulación anterior ya no lo es del Consejo General, convoca y preside la Comisión Rectora, dirigiendo sus deliberaciones, y remite los acuerdos o peticiones en ellas alcanzados a las autoridades y organismos correspondientes. El actual reglamento de reordenación y estructura de la Mutualidad suprime las competencias que, conforme a la norma derogada, asumía el presidente por delegación del gerente representando al organismo en actos y contratos en los que interviniera, aunque mantiene la cláusula residual en cuya virtud le corresponden todas las funciones que le confieran las normas legales o reglamentarias<sup>66</sup>. En caso de vacante, ausencia o enfermedad, le sustituirá el secretario general de Justicia (antes la asumía el gerente de la Mutualidad, que ostentaba la Vicepresidencia<sup>67</sup>).

La Comisión Rectora se celebra en sesiones ordinarias, al menos una cada semestre, o extraordinarias, que convoca el presidente. Los miembros de la Comisión pueden incluir puntos en el orden del día con quince días de antelación, al menos, a su celebración. No existe límite respecto de las sesiones extraordinarias, realizándose cuantas convoque el presidente por iniciativa propia, o a petición de la Gerencia a la cuarta parte de sus miembros, si bien se precisa para que quede válidamente constituida la presencia del presidente, el secretario (o quienes les sustituyan) y la mitad al menos de sus miembros, adoptándose válidamente los acuerdos por mayoría de los presentes.

### 3.2.3 La Gerencia

El artículo 12 del RD 96/2019, dedicado a la Gerencia, continúa la tendencia iniciada por el ya derogado artículo 14 del RD 1206/2006, que abordó una clara y evidente reforma

<sup>64</sup> Es decir, de entre los integrantes de los cuerpos de Letrados de la Administración de Justicia, Médicos Forenses y Facultativos del INTCF, de Gestión Procesal y Administrativa y de Técnicos especialistas del INTCF, de Tramitación Procesal y Administrativa, y de Auxilio Procesal y Auxiliares de Laboratorio del INTCF.

<sup>65</sup> La Asamblea de la MUGEJU tenía hasta ahora una representación proporcional de todos los colectivos de mutualistas que la integran: la mitad de compromisarios/as pertenecen los Cuerpos de Jueces, Fiscales, Letrados, Médicos Forenses y Facultativos del INTCF, Gestión o Técnicos de Laboratorio del INTCF; y la otra mitad a Tramitación, Auxilio y Auxiliares de Laboratorio del INTCF, eligiéndose democráticamente entre y por todos y todas las mutualistas cada cuatro años en las distintas comunidades autónomas.

<sup>66</sup> Según prevé el artículo 6.c) del RD 96/2019.

<sup>67</sup> En concreto, los artículos 3.3 y 13.3 RD 1206/2006. Frente a estos, el artículo 3.4 RD 96/2019 se la atribuye al secretario general de Justicia.

en la organización funcional de la MUGEJU, rompiendo con el modelo precedente. En aquel reparto competencial en el que ahora se incide, la Gerencia resultó reforzada, fundamentalmente, a costa de restarle competencias a la Presidencia, que, prácticamente, quedó vacía de funciones ejecutivas y de representación de la Mutualidad.

La Gerencia se define como el órgano directivo de gestión y dirección de la MUGEJU, que ostenta la representación ordinaria del organismo y todas las funciones de dirección, gestión e inspección de las actividades del mismo para el cumplimiento de sus fines, que ejercerá bajo los criterios generales fijados por la Comisión Rectora. Como representante de la Mutualidad actúa en su nombre en todos los actos y contratos, así como ante las autoridades, juzgados, tribunales, organismos, entidades y personas naturales y jurídicas; suscribe además contratos, convenios de colaboración con entidades públicas y privadas cuya actividad sea precisa para el mejor cumplimiento de los fines de la Mutualidad y enajena elementos del patrimonio que hayan dejado de servir al cumplimiento de los fines, en este caso, previa audiencia de la Comisión Rectora, que emitirá informe vinculante sobre ambos extremos.

Entre las funciones de dirección, se puede citar la de los servicios técnicos, siendo de su incumbencia la aprobación de las normas sobre funcionamiento y régimen interior de la MUGEJU.

También le corresponde elaborar las normas internas del régimen especial de la Seguridad Social en lo relativo al régimen de prestaciones que le incumbe, así como la implantación efectiva de estas, además de cualquier competencia de dirección o gestión que se le atribuyan normativamente o no esté expresamente asignada a otros órganos. Le corresponde proponer a la Comisión Rectora la terna para el nombramiento de delegados provinciales; reconocer la condición de mutualista o beneficiario y prestaciones y ayudas; elaborar el anteproyecto de presupuesto anual de ingresos y gastos, memoria anual, balance de cuentas y resultados; disponer de gastos y ordenar los pagos de la mutualidad, cuyos recursos financieros, bienes y derechos patrimoniales gestiona<sup>68</sup>.

El gerente de la MUGEJU tendrá rango de subdirector general y será nombrado y separado de su cargo de conformidad con el artículo 67 de la LRJSP. Por tanto, será nombrado respetando los principios de igualdad, mérito y capacidad, y destituido por el ministro, secretario de Estado o subsecretario del que dependa. El secretario general y los titulares de los departamentos que se establezcan en la correspondiente relación de puestos de trabajo, sucesivamente, asumirán la suplencia del gerente en caso de vacante, ausencia y enfermedad<sup>69</sup>.

La Gerencia de la MUGEJU contará con una Secretaría General y con el resto de las unidades que se estimen necesarias, con el nivel orgánico que se determine en la correspondiente relación de puestos de trabajo.

---

<sup>68</sup> El artículo 12 RD 96/2019 cita algunas de las competencias.

<sup>69</sup> Artículo 13 RD 96/2019.

### 3.2.4 Los Delegados Provinciales

El artículo 14 del RD 96/2019 contempla al Delegado Provincial como un órgano de enlace con los servicios centrales, que actúa por delegación del Gerente dentro de los límites y de la manera prevista en las normas internas de la Mutualidad<sup>70</sup>.

Para cada Delegación Provincial será nombrado por la Comisión Rectora un delegado de entre los tres propuestos por la Gerencia. Los candidatos serán mutualistas en activo con destino en la capital de la provincia correspondiente.

Actualmente existen 51 delegaciones provinciales, que son: Alicante, Castellón, Jaén, Salamanca, Albacete, Ceuta, León, Santa Cruz de Tenerife, Almería, Ciudad Real, Lleida, Segovia, Álava, Córdoba, Lugo, Sevilla, Asturias, A Coruña, Málaga, Soria, Ávila, Cuenca, Melilla, Tarragona, Badajoz, Gipuzkoa, Murcia, Teruel, Barcelona, Girona, Navarra, Toledo, Bizkaia, Granada, Ourense, Valencia, Burgos, Guadalajara, Palencia, Valladolid, Cáceres, Huelva, Las Palmas, Zamora, Cádiz, Huesca, Pontevedra, Zaragoza, Cantabria, Illes Balears y La Rioja.

## 4 Disposiciones comunes

De las previsiones de aplicación general que contempla el RD 96/2019 merecen especial mención el régimen de recursos y el general de los órganos colegiados.

Respecto del primero, su disposición adicional primera concede contra los actos y resoluciones de la Gerencia de la Mutualidad, así como los de los delegados provinciales dictados por delegación de aquella, recurso de alzada ante la ministra de Justicia, medio de impugnación previsto también contra las resoluciones de la Comisión Rectora y Consejo General.

Ciertamente, la norma vigente aclara y simplifica el régimen de recursos respecto de la anterior que preveía, con carácter general, el recurso de alzada ante el Ministerio de Justicia frente a cualquier acto de los órganos de la Mutualidad en materia de mutualismo, salvo los que resuelven este recurso de alzada o el medio de impugnación previsto en sustitución del mismo, así como los emanados de la Gerencia en materia de personal, que serán susceptibles de recurso potestativo de reposición ante el órgano que los dictó y/o recurso contencioso-administrativo.

En el orden jurisdiccional contencioso-administrativo se planteó alguna que otra controversia competencial en atención al carácter del órgano emisor del acto, así como de la materia. Por ejemplo, en Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio de 2011, dictada en cuestión de competencia negativa 114/2010, que se suscita entre el Juzgado Central Contencioso-Administrativo n. 8, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria y la Sala de lo Contencioso-Administrativo

<sup>70</sup> El derogado artículo 16 del RD 1206/2006 contemplaba igualmente al Delegado Provincial como un órgano de enlace con los servicios centrales, que actúa por delegación del Gerente a través de misiones ejecutivas dentro de los límites y de la manera prevista en las normas internas de la Mutualidad. Pero eran propuestos por los compromisarios de la circunscripción territorial a la que pertenezca la provincia respectiva de entre mutualistas que no fueran compromisarios de la Asamblea General o Consejero de la Comisión Permanente, y nombrados por el Gerente.

del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el Alto Tribunal resuelve la competencia en favor del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo n. 8.

El acto que se recurrió ante el Juzgado Central fue el acuerdo dictado por el gerente de la Mutualidad, que estimó el recurso de alzada promovido contra otro de la Mesa Electoral del proceso de elección de compromisarios de la Asamblea de la MUGEJU de Cantabria. Este órgano judicial se declaró incompetente en el entendimiento de que el acto inicialmente impugnado que anula el proceso electoral de compromisarios de la Asamblea de Cantabria dimana de un órgano periférico (Mesa Electoral), por lo que la competencia correspondería a los tribunales de Justicia de Madrid o de Cantabria, según los artículos 10.1.i) y 14.1 LRJCA, ya que se trata de una revocación por órgano no central, sino periférico de un acto dictado por otro órgano inferior jerárquico no central. El Tribunal Superior de Justicia de Cantabria considera que, como no se dirime una cuestión de personal, la competencia vendrá determinada por el carácter central del órgano superior que resuelve el recurso de alzada, que, por cierto, lo estima, declarando válida la proclamación de candidatos que figuran en el acta de la reunión de la Mesa Electoral de la votación y escrutinio correspondiente; y, siendo la Gerencia un órgano de la Administración central del Estado, la competencia corresponde al Tribunal Superior de Justicia de Madrid, conforme a los artículos 10.1.K) y 14.1 LRJCA. Por su parte, este último tribunal atiende, para reputar competente al Juzgado Central, ex artículo 9.c) LJCA, a que el acto que se impugna ante el órgano judicial emana de un órgano superior de la Administración central del Estado, el Gerente, que revoca el del inferior periférico.

El Tribunal Supremo afirma que la cuestión controvertida no es en puridad de personal, sino que afecta al derecho de participación de un determinado colectivo de funcionarios en el proceso de elección de los órganos de representación de la MUGEJU, y este organismo público está adscrito al Ministerio de Justicia a través de la Secretaría de Estado de Justicia, teniendo competencia la Gerencia en todo el territorio nacional, por lo que, rectificando el acuerdo del Gerente el inicial de la Mesa Electoral, el conocimiento y resolución del recurso corresponde al Juzgado Central Contencioso-Administrativo n. 8.

En segundo lugar, la disposición final tercera declara la supletoriedad de la Ley 40/2015 en cuanto a la actuación y funcionamiento de los órganos colegiados, así como el régimen normativo previsto para los organismos autónomos, en cuyo capítulo II, sección 3, ajusta la regulación de los órganos colegiados a ámbito competencial del Estado en dos subsecciones: en la primera, sobre el funcionamiento de dichos órganos, de aplicación a todas las administraciones públicas sin perjuicio de las peculiaridades organizativas de las administraciones públicas en que se integran; y, la segunda, sobre el régimen jurídico, clasificación, composición, creación, modificación y supresión de los órganos colegiados de la Administración general del Estado y de las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de ella<sup>71</sup>. Se supera con la LPAC el vacío

<sup>71</sup> Sobre régimen jurídico y funcionamiento de órganos colegiados de la Administración Pública y novedades de la Ley 40/2015, *vid.* SANTIAGO IGLESIAS, D., *Comentarios a la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público*, Campos Acuña, M. C. (dir.), 1.ª ed., Wolters Kluwer, Madrid, 2017.

normativo en la materia derivado de la anulación por el TC 50/1999, de 6 abril, que declaró contrarios al orden constitucional de competencias los artículos 23.1 y 2, el art. 24.1, 2 y 3, el art. 25.2 y 3, y el art. 27.2, 3 y 5 de la antigua LRJAPAC, por no tener carácter básico, a la que se remitía el derogado RD 1206/2006.

## 5 Conclusiones

La regulación actual de la estructura orgánica de la MUGEJU se asienta en su tradicional naturaleza: es un organismo autónomo y, por ende, su organización ha de ajustarse a los parámetros ordinarios que caracterizan a este tipo de entidades públicas. Desde esta premisa, se intenta dotar a la Mutualidad de una estructura orgánica más moderna, operativa y racional a fin de mejorar la eficiencia y calidad de la prestación del servicio público en términos homologables a los demás organismos del mutualismo administrativo.

Se mantiene la clasificación entre los órganos de control y vigilancia de la gestión y los ejecutivos de dirección y gestión, si bien en los primeros se sustituyen las antiguas Asamblea General y Comisión Permanente por el Consejo General y Comisión Rectora, manteniendo entre los segundos a la Gerencia, todavía más reforzada, y los delegados provinciales. El peso de la reforma radica en los órganos de supervisión de la gestión de la Mutualidad; no se modifica simplemente su nombre, sino que se crean dos nuevos órganos con diferentes funciones, distinta composición y modo de elección de sus miembros. El Consejo General viene a garantizar la participación de los distintos colectivos integrados en la Mutualidad y su debida representación. Su configuración y cualidades representativas no derivan de procesos de elección de los mutualistas por sufragio directo, secreto y personal o por correo, que ciertamente había caído en desuso consolidando los efectos indeseados de candidatos únicos previamente pactados. Ahora la representatividad se pretende asegurar con la participación en el proceso de designación de las asociaciones profesionales reconocidas de forma oficial y organizaciones sindicales más representativas a nivel estatal. La fórmula elegida modifica el mecanismo para la designación de los componentes del Consejo General dotando de igual número de representantes a todos los colectivos integrados en la MUGEJU. Y esta distribución ha servido para tachar dicha fórmula de menos democrática, razón por la que la norma ha sido recurrida. Al margen de esta circunstancia, lo que resulta innegable es que el coste económico derivado de los procesos de elección a compromisarios de la Asamblea General era muy superior al vigente.

La nueva ordenación del Presidente del Consejo General, que ya no será el de la Comisión, resulta consecuente con su actual estructura y funciones y se ajusta a los cánones judicialmente fijados para asegurar su acomodo a las exigencias constitucionales.

Por su parte, la Comisión Rectora será presidida por el secretario de Estado de Justicia, y está conformada por miembros al más alto nivel de los diversos órganos de la Administración en que se integran orgánicamente los mutualistas, y por integrantes

Regap



ESTUDIOS

del Consejo General, de manera que sus funciones deberán llevarse a cabo con criterios de racionalidad, eficiencia y proximidad a las aspiraciones del colectivo.

Las atribuciones asignadas a los dos órganos de control refuerzan su posición fiscalizadora de la actividad de la MUGEJU, corrigen las deficiencias observadas en el funcionamiento de los anteriores materializando una clara simplificación y reducción de coste, al tiempo que se adaptan a los medios tecnológicos (cabe la celebración de sesiones mediante sistemas electrónicos y telemáticos) y modernización de la Administración.

A la espera de lo que en su día se resuelva sobre la representatividad del Consejo General, parece innegable que los cambios introducidos en la vigente norma se muestran, *a priori*, idóneos para la consecución de los objetivos anunciados.

## Bibliografía

- ALARCÓN CARACUEL, M. R., y GONZÁLEZ ORTEGA, S., *Compendio de Seguridad Social*, 4.<sup>a</sup> ed., Editorial Tecnos, Madrid, 1991.
- ALONSO OLEA, M., “Régimen Jurídico de la Seguridad Social”, *Revista de Administración Pública*, n. 19, 1956.
- ÁVALOS MUÑOZ, L. M., “Antecedentes Históricos del Mutualismo”, *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, n. 12, 1991.
- BLASCO LAHOZ, J. F., *La gestión de la Seguridad Social*, 1.<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- BLASCO LAHOZ, J. F., *Seguridad Social, Régimen General, Regímenes Especiales y prestaciones no contributivas*, 5.<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- BLASCO LAHOZ, J. F., LÓPEZ GANDÍA, J., y MOMPALER CARRASCO, M. A., *Regímenes Especiales de la Seguridad Social*, 12.<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- CAMPOS ACUÑA, M. C. (dir.), *Comentarios a la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público*, 1.<sup>a</sup> ed., Wolters Kluwer, Madrid, 2017.
- CANALES GIL, Á., *El sistema español de clases pasivas del Estado*, Cedecs, Barcelona, 1996.
- DOLZ LAGO, M. J., *Mutua judicial*, *Revista sobre la Mutualidad General Judicial*, n. 43, 2019.
- ESTEVE SEGARRA, A., *Derecho de la Seguridad Social*, 7.<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- GALLEGO ANABITARTE, A., “Transferencia y descentralización; delegación y desconcentración; mandato y gestión o encomienda”, *Revista de Administración Pública*, n. 122, 1990.
- GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E., “El concepto de personalidad jurídica en el Derecho Público”, *Revista de Administración Pública*, n. 129, 1992.
- GARCÍA NINET, J. I., y DOLZ LAGO, M. J., “Regímenes Especiales de Funcionarios Públicos”, De la Villa Gil, L. E. (dir.), *Derecho de la Seguridad Social*, 5.<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

- GONZALO GONZÁLEZ, B., y NUÑO RUBIO, J. L., “*Tipología estructura y caracteres de la protección social de los funcionarios públicos en España*”, 1.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1995.
- LÓPEZ LORENZO, Á., *La protección social de los Funcionarios Públicos*, Editorial de la Universidad de Granada, Granada, 2007.
- MARTÍN REBOLLO, L., “La Nueva Ley de Procedimiento Administrativo Común”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 174, 2015.
- MARTÍNEZ MOYA, J., y SÁEZ RODRÍGUEZ, C. (coords.), *La protección social de la Carrera Judicial*, 1.ª ed., AEOE, Madrid, 2018.
- MORENO RUIZ, R., “La génesis del mutualismo moderno en Europa”, *REVESCO. Revista de Estudios Cooperativos*, n. 72, 2000.
- PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Administrativo I. Introducción, organización y empleo público*, 26.ª ed., Ediciones Académicas, UNED, Madrid, 2017.
- RODRÍGUEZ CARDO, I. A., “La progresiva homogeneización de los regímenes de Seguridad Social de los funcionarios públicos: novedades en el primer semestre de 2009”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n. 84, 2009.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “La necesaria integración de la protección social de los funcionarios públicos en el Régimen General de la Seguridad Social. Una tarea pendiente”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF)*, n. 183, 1998.
- RUMEU DE ARMAS, A., *Historia de la previsión social en España. Cofradías-Gremios-Hermandades-Montepíos*, Ediciones El Albir, Barcelona, 1981.
- SANTIAGO IGLESIAS, D., *Comentarios a la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público*, Campos Acuña, M.C. (dir.), 1.ª ed., Wolters Kluwer, Madrid, 2017.

regap



ESTUDIOS

## Abreviaturas

BOE: *Boletín Oficial del Estado*.

CGPJ: Consejo General del Poder Judicial.

INTCF: Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses.

LOFAGE: Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración general del Estado.

LOPJ: Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del poder judicial.

LPAC: Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas.

LRJEEA: Ley de 26 de diciembre de 1958, del régimen jurídico de entidades estatales autónomas.

LRJAPAC: Ley 30/1992, de 20 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.

LSSFCE: Ley 29/1975, de 27 de junio, de Seguridad Social de los funcionarios civiles del Estado.

MUGEJU: Mutualidad General Judicial.

n.: Número.

p./pp.: Página/páginas.



RD: Real decreto.

RDleg.: Real decreto legislativo.

RDley: Real decreto ley.

RESSPAJ: Régimen Especial de Seguridad Social del personal al servicio de la Administración de justicia.

TRRESSPAJ: RDleg. 3/2000, de 23 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes sobre el Régimen especial de Seguridad Social del personal al servicio de la Administración de justicia.

*Vid.: Videre.*

A Administración pública  
como garante do sistema de  
compensación urbanística:  
unha cuestión a resolver

## La Administración pública como garante del sistema de compensación urbanística: una cuestión a resolver

The public Administration as  
the guardian of compensation  
management system: a  
key issue to be resolved

58 Regap

CARMEN ESTHER FALCÓN PÉREZ

Profesora titular de Economía Financiera y Contabilidad  
Universidad de Las Palmas

Recibido: 27/07/2019 | Aceptado: 19/12/2019

DOI: <https://doi.org/10.36402/10.36402/regap.v1i58.39>

Regap



ESTUDIOS

**Resumo:** No sistema de compensación posúe un rol clave a Administración actuante, pois debe controlar e supervisar as actuacións que realiza a Xunta de Compensación. Esta entidade nace no seo da normativa urbanística e ten a responsabilidade de executar a urbanización de terreos, baixo o sistema de compensación urbanística, presentando repercusións mercantís e tributarias, posto que debe subministrar información económico-financieira. O obxectivo deste traballo é cubrir un baleiro en materia económico-financieira propondo como se deben reflectir, desde o ámbito mercantil e tributario, as problemáticas económicas propias da constitución da Xunta de Compensación, dando resposta ao control que debe exercer a Administración actuante.

**Palabras clave:** Administración pública, sistema de compensación urbanística, entidade urbanística colaboradora, información económico-financieira, implicacións tributarias.

**Resumen:** En el sistema de compensación ostenta un rol clave la Administración actuante, pues debe controlar y supervisar las actuaciones que realiza la Junta de Compensación. Esta entidad nace en el seno de la normativa urbanística y tiene la responsabilidad de ejecutar la urbanización de terrenos, bajo el sistema de compensación urbanística, presentando repercusiones mercantiles y tributarias, puesto que ha de suministrar información económico-financiera. El objetivo de este trabajo es cubrir un vacío en materia económico-financiera proponiendo cómo se han de reflejar, desde el ámbito mercantil y tributario, las problemáticas económicas propias de la constitución de la Junta de Compensación, dando respuesta al control que debe ejercer la Administración actuante.

**Palabras clave:** Administración pública, sistema de compensación urbanística, entidad urbanística colaboradora, información económico-financiera, implicaciones tributarias.

**Abstract:** In the compensation system, the public Administration has a key role as it must control and supervise the actions carried out by the Compensation Board. This entity is born on the heart of the urban

law and has economic and tax implications, providing economic and financial information and generating a tax impact for its management. The objective of this paper is to fill a gap in economic-financial statement, proposing how has to reflect in the areas of tax law and commercial law the creation of this entity, responding to the control that the public Administration should make.

**Key words:** Public Administration, urban compensation system, collaborating urbanistic entity, economic and financial information, tax implications.

**SUMARIO:** 1 Introducción. 2 El papel de la Junta de Compensación. 3 Exigencias económico-financieras en la constitución de la Junta de Compensación. 3.1 La Junta de Compensación como Unión Temporal de Empresa. 3.2 El patrimonio neto de la Junta de Compensación. 3.2.1 Aportación de terrenos. 3.2.2 Aportación de medios materiales y humanos. 3.2.3 Participación de la Administración actuante. 4 La constitución de la Junta de Compensación: efectos tributarios. 4.1 Aportación de terrenos. 4.2 Aportación de medios materiales y humanos. 5 Conclusiones.

## 1 Introducción

A pesar de la relevancia del proceso urbanizador y de las importantes repercusiones económicas que lleva aparejado, tanto la realización del proceso urbanístico de forma independiente como la ejecución del mismo bajo el sistema de compensación no son tratadas de forma específica desde el ámbito económico-financiero.

Las normativas mercantiles directamente relacionadas con la actividad que desarrolla la Junta de Compensación (JC), el proceso de urbanizar terrenos, son la Orden de 27 de enero de 1993, por la que se aprueban las Normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las empresas constructoras; y la Orden de 28 de diciembre de 1994, por la que se aprueban las Normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las empresas inmobiliarias; además del Real decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad; considerando asimismo la doctrina contable, concretamente las consultas al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC) que se hayan dictado sobre esta materia.

Actualmente, las dos adaptaciones sectoriales mencionadas anteriormente serán de aplicación en lo que no contradigan al Real decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad. Las adaptaciones referidas al sector constructor e inmobiliario tienen como finalidad, entre otras cuestiones, ocuparse del proceso de edificación y comercialización de inmuebles.

En el ámbito internacional, la Norma Internacional de Contabilidad n. 11, *Contratos de construcción*, derogada, y actualmente incorporada a la Norma Internacional de Información Financiera n. 15, *Ingresos procedentes de contratos con clientes*, hace alusión al sector construcción en lo referente a los contratos de construcción en los estados contables de los contratistas, no mencionando nada respecto de la urbanización de los terrenos.

Es de señalar que no existen estudios que se ocupen de los aspectos económico-financieros de las operaciones desarrolladas por la JC. No obstante, y desde el ámbito

tributario, la JC sí ha tenido un mayor desarrollo, pues el sistema de compensación urbanística cuenta con una protección fiscal especial<sup>1</sup>.

Por tanto, en este trabajo proponemos, apoyándonos en la normativa mercantil y tributaria, y fruto de un trabajo de investigación desarrollado, qué repercusiones plantean las problemáticas económicas derivadas de la constitución de la entidad urbanística colaborada analizada para que la Administración actuante pueda ejercer el control en la actividad realizada por la JC en la primera fase que debe llevar a cabo dicha entidad, su constitución.

## 2 El papel de la Junta de Compensación

El proceso de urbanización es susceptible de ser ejecutado bajo distintos sistemas de gestión urbanística: compensación, concierto, cooperación, concurrencia (agente urbanizador), ejecución forzosa y expropiación. Desde el punto de vista de la iniciativa privada, los sistemas de gestión urbanística que resultan más interesantes desde un prisma económico son los de compensación y cooperación, ya que el resto tienen un marcado componente de control público, siendo nula la participación de la iniciativa privada.

El sistema de compensación es el sistema de gestión privada por excelencia, en el cual la iniciativa particular ejecuta y controla todo el proceso de urbanización. No obstante, la Administración competente supervisa la gestión de las actividades desarrolladas por esta entidad urbanística colaborada, sabiendo que ciertas operaciones económicas son gravadas fiscalmente.

En concreto, este sistema “tiene por objeto la gestión y ejecución de la urbanización de un polígono o unidad de actuación por los mismos propietarios del suelo comprendido en su perímetro, con solidaridad de beneficios y cargas. Los propietarios de suelo incluidos en un polígono o unidad de actuación por el sistema de compensación y los de suelo exterior al polígono ocupado para la ejecución de sistemas generales que deban participar en el polígono o unidad de que se trate deberán constituirse en Junta de Compensación para poder aplicar el sistema”<sup>2</sup>, todo ello bajo las condiciones que dictaminen los instrumentos urbanísticos correspondientes.

Por tanto, es preciso que todas las actuaciones a realizar queden plasmadas en el Proyecto de Compensación<sup>3</sup>. Actuando como órgano dirigente, se encuentra la Junta

<sup>1</sup> Vid. LASO BAEZA, J. L., “Modificaciones normativas del IVA y su repercusión en el funcionamiento ordinario de las juntas de compensación”, *Observatorio Inmobiliario y de La Construcción*, n. 85, 2017, pp. 1-12.; VILLAR EZCURRA, J. L., RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J., NATERA HIDALGO, R., y MARTÍN FERNÁNDEZ, F. J., *Aspectos Tributarios de las Juntas de Compensación*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2002; PÉREZ FADÓN-MARTÍNEZ, F. J., “Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados: Las Juntas de compensación fiduciarias están sujetas a la cuota gradual de documentos notariales del ITP y AJD. Comprobación de valor”, *Revista Carta Tributaria*, n. 2, 2015, pp. 80-81; GUARCH PRIETO, R., “Fiscalidad de las juntas de compensación: Régimen fiscal de las juntas de compensación y de las operaciones relativas a las mismas”, *Revista Cemci*, n. 8, 2010, pp. 1-10.

<sup>2</sup> Artículo 157 del Reglamento de gestión urbanística para el desarrollo y aplicación de la Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana, aprobado por el Real decreto 3288/1978, de 25 de agosto.

<sup>3</sup> Es el instrumento formulado por la Junta de Compensación Urbanística, siguiendo lo dispuesto en las bases de actuación, que debe contener los derechos de los propietarios que conforman la Junta de Compensación, criterios para adjudicar las fincas resultantes tras el proceso de urbanización, etc. Este proyecto de compensación debe ser inscrito. No obstante,

de Compensación, que estará formada por los miembros integrantes: propietarios, entidades colaboradoras, promotora, Administración, etc.

Hay que señalar que, para poder desarrollar el sistema de compensación, es necesario que un porcentaje elevado<sup>4</sup> de los propietarios de los terrenos que forman el polígono o unidad de actuación estén de acuerdo en constituir la JC, siendo posible que el resto de propietarios no quieran acogerse a ese sistema. A dichos propietarios no conformes les es de aplicación la expropiación forzosa, no considerada, en ningún caso, como una sanción, sino como un derecho a no formar parte de la JC y a percibir el justiprecio.

En este sistema participan diferentes agentes económicos, siendo el más importante la JC, que adquiere personalidad jurídica propia, como ente dependiente de la Administración actuante, tras su inscripción en el Registro de Entidades Urbanísticas Colaboradoras. Su finalidad principal es cumplir con los fines y objetivos para los que es constituida, definidos en los estatutos y en las bases de actuación, y tiene como órgano garante de sus actuaciones la Administración actuante.

De hecho, que dicha entidad tenga personalidad jurídica propia en parte es debido a que en el sistema de compensación urbanística participa un número importante de agentes económicos y es necesario un interlocutor único con la Administración actuante, perteneciendo este papel a la JC.

Ahora bien, si la JC no cumple con sus obligaciones, además de la sanción económica impuesta por la Administración, que se remite a los miembros dirigentes de la entidad, que en definitiva son los responsables de tal actuación, el organismo público puede sustituir el sistema de actuación. Por contra, si son los propietarios los que no cumplen con sus obligaciones, la Administración expropia sus terrenos en favor de la entidad urbanística colaboradora, poniéndose de manifiesto la importancia que ostenta el organismo público.

La totalidad de las parcelas afectadas, incluidas las expropiadas, deben formar parte de la JC y deben estar inscritas en el Registro de la Propiedad. Sin embargo, poder inscribirlas propicia que la JC, como órgano, haya satisfecho económicamente el valor de tales parcelas, cuestión difícil ya que es habitual que dicha entidad, inicialmente, no disponga de recursos, de ahí que sea común retrasar el comienzo de la ejecución de la urbanización en la medida en que se exige la inscripción de todas las parcelas.

---

creemos oportuno mencionar la Sentencia del Tribunal Superior de Madrid de 20 de junio de 2017 que versa sobre la inscripción de los proyectos de compensación en el Registro de la Propiedad (*vid.* LASO BAEZA, V., "El carácter obligatorio de la inscripción del Proyecto de Compensación y la exigibilidad de su cumplimiento a las Juntas de Compensación", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 765, 2018, pp. 601-613).

<sup>4</sup> Este porcentaje varía en función de la Comunidad Autónoma española, pues es de aplicación la legislación urbanística propia. A modo de ejemplo, en Andalucía se exige que los propietarios representen más del 50% de la superficie de la unidad de ejecución (artículo 130.c de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de ordenación urbanística de Andalucía). En Canarias se establece que para la puesta en funcionamiento del sistema de compensación se requiere a propietarios que representen al menos el 50% de la superficie del ámbito de actuación, excluidos los terrenos de uso y dominio público (artículo 225 de la Ley 4/2017, de 13 de julio, del suelo y de los espacios naturales protegidos de Canarias).

### 3 Exigencias económico-financieras en la constitución de la Junta de Compensación

El proceso urbanístico en sí mismo es complejo y, generalmente, implica disponer de grandes recursos económicos, puesto que son proyectos de gran envergadura y, al ser ejecutado bajo el sistema de compensación, se multiplica el número de operaciones a realizar para llevar a cabo dicho proceso dado el número de agentes que participan. Tales agentes tienen actuaciones diferentes en función de la finalidad que estas persiguen, por lo que es necesario analizar, desde el punto de vista mercantil y tributario, las implicaciones que para cada agente económico tienen y también las relaciones económicas que se producen entre la JC y los miembros que participan en la urbanización. Básicamente, las figuras económicas que intervienen en este sistema de gestión son:

- la Junta de Compensación
- los propietarios
- las empresas urbanizadoras
- la Administración actuante

Se pone de manifiesto que es necesario controlar la ejecución de la obra para que la urbanización sea acorde al proyecto ya aprobado; en caso contrario, mediaría la demolición. Además, para que la obra se defina como finalmente terminada, es preciso que la JC reciba de la Administración actuante la certificación correspondiente. La espera de esta certificación supondría incurrir en unos costes económicos y, si demora la entrega de la obra, implica que la JC soporte mayores costes de conservación, dado que los mismos comienzan a ser soportados por la Administración cuando esta emita la certificación de conformidad con la obra ejecutada.

Una vez que termine el objeto por el que fue creada la JC, o bien por disposición legal tras algún recurso o votación de la Asamblea General, resta la liquidación, pretendiendo en todo momento garantizar los compromisos que se han tomado.

La JC debe elaborar los estados contables como cualquier sociedad mercantil<sup>5</sup>, concretamente la memoria<sup>6</sup>, la cuenta de pérdidas y ganancias<sup>7</sup> y el balance<sup>8</sup>, para proceder posteriormente a presentarlos en el Registro de Entidades Urbanísticas Colaboradoras.

<sup>5</sup> Las cuentas anuales, documentos de carácter obligatorio, que han de presentar las sociedades mercantiles son el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, la memoria, el estado de flujo de efectivos y el estado de cambios en el patrimonio neto. Sin embargo, dependiendo del cumplimiento de determinados límites, como son el importe total de activo, cifra anual de negocios y número medio de trabajadores, las empresas elaboran las cuentas anuales abreviadas, no siendo en tal caso obligatorio presentar el estado de flujo de efectivos y el estado de cambios en el patrimonio neto.

<sup>6</sup> La memoria presenta como objetivos completar, ampliar y comentar la información contenida en el resto de los documentos que conforman las cuentas anuales.

<sup>7</sup> La cuenta de pérdidas y ganancias recoge el resultado del ejercicio económico, formado por los ingresos, como corriente positiva, y los gastos, como corriente negativa de dicho ejercicio. Tanto los ingresos como los gastos se clasificarán atendiendo a su naturaleza económica: de explotación o financiera.

<sup>8</sup> El balance tiene como finalidad la representación del patrimonio de una unidad económica en un momento dado, mostrándonos los dos aspectos básicos del patrimonio, que son el origen o fuentes de financiación (estructura financiera) y el destino o inversión (estructura económica).

A pesar de la relevancia del proceso urbanizador y de las importantes repercusiones económicas que lleva aparejado, tanto la realización del proceso urbanístico de forma independiente como la ejecución del mismo bajo el sistema de compensación no son tratadas de forma específica desde el ámbito económico-financiero, detectándose un problema para aquel organismo público que deba ejercer un control y supervisión de las actividades realizadas en el seno del proceso urbanizador.

Así, en España, se ha promulgado la Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable, para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea. Las normativas mercantiles directamente relacionadas con la actividad que desarrolla la JC, el proceso de urbanizar terrenos, son la Orden de 27 de enero de 1993, por la que se aprueban las Normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las empresas constructoras; y la Orden de 28 de diciembre de 1994, por la que se aprueban las Normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las empresas inmobiliarias, además del RD 1514/2007. Actualmente, tales adaptaciones sectoriales serán de aplicación en lo que no contradigan al citado real decreto, teniendo como finalidad el estudio del proceso de edificación y comercialización de inmuebles.

Es de señalar que, a pesar de requerir a la JC la presentación de las cuentas anuales en las que se muestre la información económico-financiera que permita controlar la gestión realizada por dicha entidad urbanística y por la Administración actuante, existe un vacío normativo en materia contable del proceso urbanístico, que es la actividad desarrollada por la JC.

En este sentido, “sobre las juntas de compensación recae el deber general que vincula a todo empresario a la llevanza de libros de contabilidad en los que se reflejen sus operaciones económicas”<sup>9</sup>. En esta misma línea, la legislación mercantil establece que “el libro diario registrará día a día todas las operaciones relativas a la actividad de la empresa. Será válida, sin embargo, la anotación conjunta de los totales de las operaciones por periodos no superiores a un mes, a condición de que su detalle aparezca en otros libros o registros concordantes, de acuerdo con la naturaleza de la actividad de que se trate”<sup>10</sup>.

Como se ha puesto de manifiesto, a la JC se le exigen los mismos estados contables desde el ámbito mercantil que al resto de entidades económicas, por lo que a un ente nacido en el seno del ámbito urbanístico y dependiente de la Administración actuante se le exigen similares requisitos que a las sociedades de negocios clasificadas en el marco de la economía financiera.

### 3.1 La Junta de Compensación como Unión Temporal de Empresa

Existen ciertas figuras jurídicas que operan en el sector constructor e inmobiliario que pudieran presentar cierta semejanza con la entidad urbanística estudiada, tales

<sup>9</sup> LÓPEZ FARRÉ, F. J. (coord.), *Teoría y Práctica de las Juntas de Compensación*, Editorial La Ley, El Consultor de los Ayuntamientos y de Los Juzgados, Madrid, 2006, p. 405.

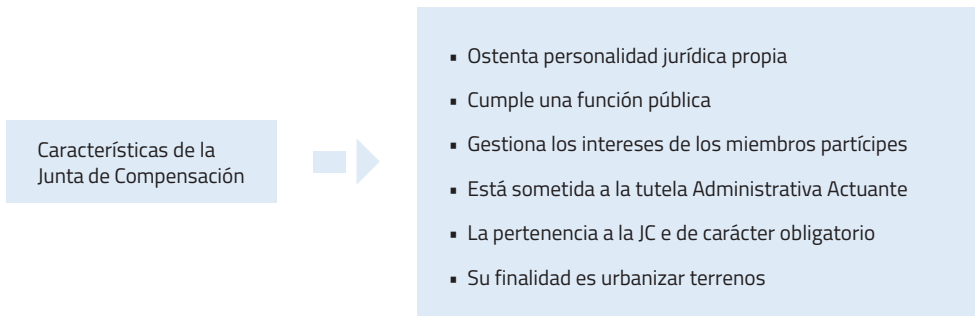
<sup>10</sup> Artículo 28.2 del Código de comercio de 1885.



como: Uniones Temporales de Empresas (UTE), cooperativas, comunidades de bienes, comunidades de propietarios, sociedades comanditarias o sociedades colectivas, si bien, al objeto de no hacer demasiado extenso este trabajo, nos centraremos en la entidad urbanística colaborada como UTE.

En este sentido, la JC presenta unas particularidades propias, pues se constituye como una entidad urbanística colaboradora con personalidad jurídica propia y con capacidad plena en la toma de decisiones que considere pertinentes, teniendo como objetivo principal controlar y dirigir el proceso de urbanización, que agrupa a todos los agentes que participan en este sistema, y no persiguiendo en ningún caso fines lucrativos. Además, gestionan intereses estrictamente privados de sus miembros, pero que están sometidos a la tutela de una Administración pública, la cual le otorga el ejercicio de una serie de potestades administrativas para la consecución de sus actividades en la medida necesaria para garantizar los intereses públicos, mostrando el gráfico 1 las principales características de la JC.

Gráfico 1. Particularidades de la Junta de Compensación



Fuente: Elaboración propia.

Las UTE, al igual que las JC, nacen para favorecer la agrupación económica de distintos agentes que persiguen un interés común, permitiendo la ejecución de obras de gran envergadura, que en el caso de las entidades urbanísticas lo constituye el proyecto de urbanización. Las UTE se encuadran legalmente en la Ley 18 de 1982, de 26 de mayo, sobre el régimen fiscal de agrupaciones y uniones temporales de empresas y de las sociedades de desarrollo industrial, que las define, en su artículo 7.1, como un “sistema de colaboración entre empresarios por tiempo cierto, determinado o indeterminado, para el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro”. Por tanto, esta figura “facilita la cooperación empresarial de forma temporal, constituyéndose como entidad, aunque sin personalidad jurídica”<sup>11</sup>, puesto que estas agrupaciones nacen para alcanzar un determinado objetivo consistente en un proyecto conjunto,

<sup>11</sup> ARAGÓN, E. y HARO, J., “Uniones Temporales de Empresas: un análisis de su configuración económica y contable”, *Partida Doble*, n. 133, 2002, p. 36.

constituidas, normalmente, por pequeñas y medianas empresas, siendo así capaces de acometer grandes proyectos, ya que de lo contrario y de forma independiente no disponen, generalmente, de los recursos suficientes. De hecho, existen una serie de motivos<sup>12</sup> que pueden propiciar la constitución de este tipo de agrupaciones, tales como: económicos, pues se pueden obtener mejores condiciones de financiación y reducción de costes; técnicos, ya que permite una mayor racionalización del proceso productivo a realizar; de tipo organizacional, pues aúnan experiencias de los distintos miembros que configuran la agrupación; y, por último, existe una limitación en el riesgo, ya que los desembolsos o la inversión a realizar por cada miembro, de forma individual, implicaría mayor riesgo que realizarlo en el seno de la agrupación.

Si nos centramos en aquellas UTE que concurren a las licitaciones públicas, se pone de manifiesto que una de las posibles ventajas es la concentración empresarial, puesto que acude a dichos concursos públicos y “resultaría más compleja por parte de los empresarios si se hiciera de forma separada”<sup>13</sup>.

La propia ley de las UTE determina pocos requisitos para la formalización de la constitución de esta agrupación, ya que en la “escritura pública se harán constar los pactos que han de regir el funcionamiento de la misma, no siendo su inscripción en el Registro Mercantil obligatoria. Los estatutos deberán recoger tanto las aportaciones realizadas al fondo operativo común como la forma de financiar o sufragar las actividades comunes, no creándose una sociedad con personalidad jurídica propia”<sup>14</sup>.

En la medida en que carece de personalidad jurídica independiente, es preciso aclarar que no se le exige un capital de constitución determinado, sino de qué manera va a sufragar las actividades para las que ha sido creada, sabiendo que su duración es limitada y que cuenta con un régimen tributario especial.

En este trabajo se ha puesto de manifiesto la analogía entre las JC y las UTE; no obstante, hemos de considerar los siguientes aspectos diferenciadores entre ambas agrupaciones:

– La UTE no ostenta personalidad jurídica propia, a pesar de que se le exigen considerables requisitos en el suministro de información de los estados contables, dado que las empresas partícipes lo requieren, al contrario de la JC, que sí tiene personalidad jurídica propia.

– La pertenencia de los socios que configuran la UTE es de carácter voluntario y en ningún caso la Administración actuante participa por derecho propio en el proyecto a realizar, hecho que sucede en la JC.

– La agrupación temporal no ostenta la propiedad de los bienes que son aportados al constituirse esta, ya que su actuación es estrictamente de carácter instrumental, para la realización del proyecto en cuestión; así, la agrupación temporal trabaja para una edificación, mientras que la entidad urbanística opera para los socios.

<sup>12</sup> Vid. SILVA, M., “Uniones Temporales de Empresas: estructura y funcionamiento”, *Revista de Gestión Pública y Privada*, n. 15, 2010, pp. 130-152.

<sup>13</sup> PLATERO ALCÓN, A., “Las Uniones Temporales de Empresas en el Ordenamiento Jurídico Español”, *Revista Ratio Juris*, n. 12, 2017, p. 101.

<sup>14</sup> ARAGÓN, E., y HARO, J., “Uniones Temporales de Empresas: un análisis de su configuración económica y contable”, cit., p. 40.

– A la UTE le es de aplicación el régimen de transparencia fiscal, a diferencia de la JC, que, como veremos posteriormente, tiene también un tratamiento tributario privilegiado.

Bajo nuestro punto de vista, y a efectos mercantiles y tributarios, podemos considerar la JC como una unión temporal en lo referente a la constitución y ejecución de la urbanización de terrenos, puesto que es un ente que se constituye con personalidad jurídica propia para alcanzar un objetivo común, la urbanización de terrenos, y por un tiempo limitado, operando para los socios junteros, a pesar de que ambas agrupaciones no coincidan en todas sus características.

### 3.2 El patrimonio neto de la Junta de Compensación

El patrimonio neto “constituye la parte residual de los activos<sup>15</sup> de la empresa una vez deducidos todos sus pasivos<sup>16</sup>. Incluye las aportaciones realizadas, ya sea en el momento de su constitución o en otros posteriores, por sus socios o propietarios, que no tengan la consideración de pasivos, así como los resultados acumulados u otras variaciones que le afecten”<sup>17</sup>.

En el patrimonio neto del balance de la JC se debe reflejar que dicha entidad ha sido constituida e inscrita en el registro pertinente, presentando la constitución de las JC cierta similitud con el funcionamiento de las UTE, como hemos expuesto anteriormente, y proponiendo la utilización de la rúbrica *Fondo operativo* y, por tanto, desestimando el empleo de la cuenta *Capital social*, pues en los estados contables no se debe reflejar la constitución de una sociedad anónima o sociedad mercantil ya que no reúne los requisitos para ser considerada como tal. En nuestra opinión, en la constitución de la JC se formaliza un fondo operativo con la finalidad de ejecutar el proceso de urbanización, es decir, un fondo social cuya vida coincide con la duración de la entidad urbanística y el proyecto de urbanización a realizar.

La JC no emite títulos, aunque los miembros partícipes con sus aportaciones, jurídicamente, ostentan el poder suficiente para la toma de decisiones. De hecho, obtienen los siguientes derechos y obligaciones:

- Derecho a participar jurídicamente en la entidad urbanística colaboradora, teniendo representación y voto.
- Derecho a participar en los beneficios de la JC si existen y que son producidos habitualmente por la enajenación de solares a terceros.
- Derecho a que la JC urbanice los terrenos y adjudique finalmente los solares.
- Obligación de realizar los desembolsos periódicos exigidos por la entidad urbanística.

Además, la incorporación de los miembros a la JC no es de carácter voluntario, como ocurre en cualquier sociedad anónima, ya que la entidad urbanística exige la

<sup>15</sup> Los activos son “bienes, derechos y otros recursos controlados económicamente por la empresa, resultantes de sucesos pasados, de los que se espera que la empresa obtenga beneficios o rendimientos económicos en el futuro”. (Marco Conceptual. RD 1514/2007).

<sup>16</sup> Los pasivos son “obligaciones actuales surgidas como consecuencia de sucesos pasados, para cuya extinción la empresa espera desprenderse de recursos que puedan producir beneficios o rendimientos económicos en el futuro. A estos efectos, se entienden incluidas las provisiones”. (Marco Conceptual. RD 1514/2007).

<sup>17</sup> Marco Conceptual. RD 1514/2007.

incorporación de todos los propietarios de terrenos inmersos en el proyecto de urbanización; de lo contrario, la Administración actuante expropia las parcelas objeto de urbanización en favor de la JC.

Por estos motivos, creemos que la constitución de la JC debe ser considerada como una fundación simultánea<sup>18</sup>, pues todos los socios deben suscribir las acciones o participaciones, en este caso con las aportaciones que le permite participar en la JC, debiendo reconocer contablemente las aportaciones que cada uno de los miembros ha de realizar.

En lo referente a la valoración de las aportaciones no dinerarias, hemos de recordar que la JC se rige por el ordenamiento urbanístico, y los criterios de valoración que se establecen para dichas aportaciones vendrán dispuestos por dicha legislación. En este sentido, en las bases de actuación se establecen las normas de valoración que se deben aplicar para los terrenos aportados en la JC, debiendo ser aprobados por la Administración actuante. Ahora bien, el coeficiente de participación de cada agente participante (generalmente propietario aportante del terreno) debe ser la superficie aportada en proporción a la superficie total objeto de urbanización.

Ello provoca que se ponga de manifiesto la utilización de diferentes criterios para la misma problemática. La legislación mercantil española establece, en el caso de aportaciones no dinerarias, que “los bienes de inmovilizado recibidos en concepto de aportación no dineraria de capital serán valorados por su valor razonable<sup>19</sup> en el momento de su aportación, conforme a lo señalado en la norma sobre transacciones con pagos basados en instrumentos de patrimonio, pues en este caso se presume que siempre se puede estimar con fiabilidad el valor razonable de dichos bienes”<sup>20</sup>, siendo de aplicación a los agentes económicos que participan en la JC, puesto que deben aplicar la normativa contable para valorar sus aportaciones. No obstante, la JC se rige por el ordenamiento urbanístico y le serán de aplicación los criterios de valoración que vendrán contenidos en el Real decreto legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de suelo y rehabilitación urbana (TRLR 15)<sup>21</sup>.

<sup>18</sup> A pesar de que la JC no reúne las características de una sociedad mercantil, sí que debe realizar operaciones similares a esta, tal es el caso de la constitución; para ello tomaremos como texto legal el Real decreto legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de sociedades de capital en lo referente a la constitución mediante fundación simultánea, que, en aplicación del artículo 21, son los socios fundadores los que suscriben la totalidad de las acciones.

<sup>19</sup> Según el Marco Conceptual del RD 1514/2007, “es el importe por el que puede ser adquirido un activo o liquidado un pasivo, entre partes interesadas y debidamente informadas, que realizan una transacción en condiciones de independencia mutua. El valor razonable se determinará sin deducir los gastos de transacción en los que pudiera incurrirse en su enajenación. No tendrá en ningún caso el carácter de valor razonable el que sea resultado de una transacción forzada, urgente, o como consecuencia de una situación de liquidación involuntaria”.

<sup>20</sup> Norma de Registro y Valoración n. 2 del RD 1514/2007.

<sup>21</sup> A efectos de valoración urbanística, se distinguen dos situaciones básicas de suelo: suelo rural y suelo urbanizado. Así, en aplicación del artículo 36 del TRLR 15, para la valoración de suelo rural se considera que:

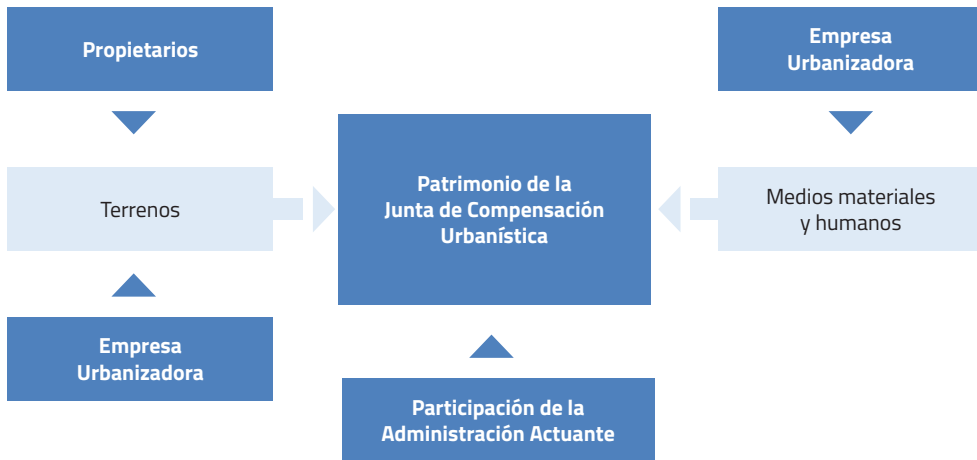
“a) Los terrenos se tasarán mediante la capitalización de la renta anual real o potencial, la que sea superior, de la explotación según su estado en el momento al que deba entenderse referida la valoración.

La renta potencial se calculará atendiendo al rendimiento del uso, disfrute o explotación de que sean susceptibles los terrenos conforme a la legislación que les sea aplicable, utilizando los medios técnicos normales para su producción. Incluirá, en su caso, como ingresos las subvenciones que, con carácter estable, se otorguen a los cultivos y aprovechamientos considerados para su cálculo y se descontarán los costes necesarios para la explotación considerada.

El valor del suelo rural así obtenido podrá ser corregido al alza en función de factores objetivos de localización, como la accesibilidad a núcleos de población o a centros de actividad económica o la ubicación en entornos de singular valor am-

Las aportaciones iniciales que los miembros partícipes realizan a la JC son diferentes, dependiendo del tipo de agente económico, tal y como se muestra en el gráfico 2, de ahí que en función de la aportación realizada se suministre una información económica sustancialmente distinta. Con independencia de cómo se deben mostrar en los estados contables las aportaciones de los distintos agentes económicos partícipes, la JC valora las mismas en función de los criterios de valoración urbanística y los junteros, según el valor recogido en sus estados patrimoniales.

Gráfico 2. Configuración del patrimonio neto de la Junta de Compensación



Regap



ESTUDIOS

Fuente: Elaboración propia.

biental o paisajístico, cuya aplicación y ponderación habrá de ser justificada en el correspondiente expediente de valoración, todo ello en los términos que reglamentariamente se establezcan.

b) Las edificaciones, construcciones e instalaciones, cuando deban valorarse con independencia del suelo, se tasarán por el método de coste de reposición según su estado y antigüedad en el momento al que deba entenderse referida la valoración.

c) Las plantaciones y los sembrados preexistentes, así como las indemnizaciones por razón de arrendamientos rústicos u otros derechos, se tasarán con arreglo a los criterios de las Leyes de expropiación forzosa y de arrendamientos rústicos.

2. En ninguno de los casos previstos en el apartado anterior podrán considerarse expectativas derivadas de la asignación de edificabilidades y usos por la ordenación territorial o urbanística que no hayan sido aún plenamente realizados."

Por lo que respecta al suelo urbanizado y en aplicación del artículo 37 del TRLS'15:

"a) Se considerarán como uso y edificabilidad de referencia los atribuidos a la parcela por la ordenación urbanística, incluido en su caso el de vivienda sujeta a algún régimen de protección que permita tasar su precio máximo en venta o alquiler.

Si los terrenos no tienen asignada edificabilidad o uso privado por la ordenación urbanística, se les atribuirá la edificabilidad media y el uso mayoritario en el ámbito espacial homogéneo en que por usos y tipologías la ordenación urbanística los haya incluido.

b) Se aplicará a dicha edificabilidad el valor de repercusión del suelo según el uso correspondiente, determinado por el método residual estático.

c) De la cantidad resultante de la letra anterior se descontará, en su caso, el valor de los deberes y cargas pendientes para poder realizar la edificabilidad prevista.

2. Cuando se trate de suelo edificado o en curso de edificación, el valor de la tasación será el superior de los siguientes:

a) El determinado por la tasación conjunta del suelo y de la edificación existente que se ajuste a la legalidad, por el método de comparación, aplicado exclusivamente a los usos de la edificación existente o la construcción ya realizada.

b) El determinado por el método residual del apartado 1 de este artículo, aplicado exclusivamente al suelo, sin consideración de la edificación existente o la construcción ya realizada.

3. Cuando se trate de suelo urbanizado sometido a actuaciones de reforma o renovación de la urbanización, el método residual a que se refieren los apartados anteriores considerará los usos y edificabilidades atribuidos por la ordenación en su situación de origen".

### 3.2.1 Aportación de terrenos

Las aportaciones habituales de los propietarios, que podrán configurarse como personas jurídicas o físicas, que participan en el proceso urbanizador son, en la práctica totalidad, los terrenos objeto de urbanización, pudiendo darse diferentes situaciones en función de si transmiten o no la propiedad a la JC, o bien si no desean participar en el sistema de compensación urbanística, en cuyo caso serán terrenos expropiados, diferenciando a continuación entre:

– Aportación de terrenos mediante titularidad fiduciaria:

La aportación no dineraria por parte de los propietarios bajo titularidad fiduciaria constituye una aportación en especie en la que se transmite la propiedad, por lo que a partir de este momento la entidad urbanística tiene la titularidad del terreno, debiendo formar parte del patrimonio de esta, debiéndose reflejar en los estados contables de los junteros dicha situación y también en el balance de la JC. Para ello, se propone la utilización de la rúbrica *Suelo urbanizable obtenido en cesión*, si bien nos queda por determinar quizás lo más importante: en qué masa patrimonial incluir dicha partida.

Dado que para la entidad urbanística la actividad típica a desarrollar es el proyecto de urbanización, se estima que el terreno aportado, en la categoría de suelo urbanizable<sup>22</sup>, sea tratado como la principal materia prima, configurándose como una partida de existencias, sabiendo que, con la terminación del proceso urbanizador, obtiene el producto final, el solar, estando enmarcado en el balance en la partida Existencias del activo corriente. La valoración de dichos terrenos, como se ha comentado, se rige por el ordenamiento urbanístico.

– Aportación de terrenos mediante facultad fiduciaria:

La aportación de terrenos mediante facultades fiduciarias desde el punto de vista legal y económico podría ser más compleja, ya que con esta transmisión el propietario del terreno cede el uso del mismo a la entidad urbanística para que sea objeto de urbanización, si bien no la propiedad. No obstante y a pesar de este hecho, la JC puede tomar importantes decisiones sobre estas parcelas, como por ejemplo proceder a su hipoteca.

Con la legislación mercantil anterior, en nuestro país, en la configuración del patrimonio de una empresa tenía relevancia qué agente ostentaba la propiedad jurídica del bien. No obstante, un cambio conceptual introducido por la actual normativa contable dispone que “la aplicación sistemática y regular de los requisitos, principios y criterios contables deberá conducir a que las cuentas anuales muestren la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa. En la contabilización de las operaciones se atenderá a su realidad económica y no solo a su forma jurídica”<sup>23</sup>.

En consecuencia, la representación contable de dicha anotación implica que la entidad urbanística adquiere con dicha aportación el derecho sobre el suelo objeto

<sup>22</sup> Tipología de suelo que es susceptible de ser desarrollado urbanísticamente en el futuro para absorber el crecimiento demográfico que según el TRLS'15 queda enmarcado en la situación básica de suelo rural.

<sup>23</sup> Marco Conceptual. RD 1514/2007.

de urbanización, pudiendo utilizar la rúbrica *Derechos sobre suelo urbanizable*, inclinándonos a considerarla como existencias, puesto que el terreno es considerado como una materia prima, ya que, a pesar de tener derechos sobre terrenos, todos son objeto de urbanización, dado que como sustento de tal derecho está un terreno que mediante el proceso urbanizador es transformado en solar. En cualquier caso, la JC también puede optar por utilizar la misma rúbrica propuesta para los terrenos que son transmitidos con titularidad fiduciaria e informando en la memoria qué terrenos objeto de urbanización son propiedad de los particulares.

Con respecto a las empresas urbanizadoras, pueden aportar inicialmente parcelas inmersas en la extensión de terrenos objeto de urbanización y/o, principalmente, el compromiso de ejecutar la urbanización, aportación que analizaremos posteriormente, recibiendo en ambos casos como contraprestación terrenos ya urbanizados. En el caso de que la empresa urbanizadora aporte terrenos, para la JC no existe diferencia alguna entre la aportación de terrenos, como existencias, tal y como se expuso para los propietarios, ya que para la entidad urbanística colaboradora generalmente el suelo es tratado como tal.

– Recepción de terrenos expropiados:

Además de las aportaciones de terrenos mencionadas, se deben analizar las derivadas de los propietarios cuyas parcelas son expropiadas. La información económica que deben suministrar los estados contables sobre esta aportación, desde el punto de vista jurídico, no es distinta de la ya analizada para los terrenos entregados bajo titularidad fiduciaria, ya que se transmite la propiedad, si bien difiere en la medida que no debe ser entendida como una aportación, sino más bien como una adquisición de existencias, ya que dichos terrenos, por la propia definición de expropiación y con carácter general, no son devueltos, convertidos en solar, a sus propietarios. No obstante, en algunos supuestos puede caber el derecho de reversión de la expropiación de los terrenos<sup>24</sup>.

En la expropiación se pone de manifiesto no solo el coste derivado del suelo en sí, sino también el de demolición de las posibles industrias o de establecimientos, aplicando en estos casos los criterios de valoración de edificaciones, que también deben ser objeto de expropiación, debiéndose considerar además el coste del realojo de los inquilinos que deben sufrir tales actuaciones; todo ello debería ser tasado para conocer el valor que supone la expropiación para cada uno de ellos. En este sentido, la legislación urbanística<sup>25</sup> determina que se debe:

– “Garantizar el realojamiento de los ocupantes legales que se precise desalojar de inmuebles situados dentro del área de la actuación y que constituyan su residencia habitual, así como el retorno cuando tengan derecho a él en los términos establecidos en la legislación vigente.

<sup>24</sup> Al respecto puede verse LASO BAEZA, V., “La doctrina de la Dirección General sobre la reversión en la expropiación de suelos de propietarios no adheridos a una Junta de Compensación”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 755, 2016, pp. 1727-1739.

<sup>25</sup> Artículo 18 del TRLS’15.



– Indemnizar a los titulares de derechos sobre las construcciones y edificaciones que deban ser demolidas y las obras, instalaciones, plantaciones y sembrados que no puedan conservarse”.

La JC puede satisfacer la adquisición de tales terrenos en efectivo o reconocer la obligación de pago, si no dispone al inicio de la urbanización de los recursos suficientes para hacer frente al mismo, en el balance de la JC, en el que también se recogen las aportaciones iniciales ya estudiadas. Es de señalar que, en cierto modo, la compra de los terrenos expropiados debería estar diferenciada en el patrimonio de la entidad urbanística, pudiendo denominarse *Suelo urbanizable propio de la Junta de Compensación*, o bien con información en la memoria, ya que tales terrenos son realmente propiedad de la JC y controlados económicamente, y solo a través de esta y en segunda instancia pertenecen a los junteros. No obstante, también otros junteros pueden estar interesados en asumir los costes de los terrenos expropiados, de tal forma que incrementarían su cuota de participación en la entidad urbanística colaboradora.

Con la propuesta planteada, la Administración actuante tiene en todo momento conocimiento sobre qué terrenos se han aportado al sistema de compensación urbanística, cuál ha sido su valoración económica, quiénes han transmitido la propiedad jurídica de los terrenos objeto de urbanización y cuáles son los propietarios que han decidido no adherirse al sistema de gestión analizado.

### 3.2.2 Aportación de medios materiales y humanos

Por lo general, la contribución más relevante de las empresas urbanizadoras es el compromiso de ejecutar total o parcialmente la urbanización, aportando los medios materiales y humanos, y recibiendo como pago solares. Para la JC es un compromiso con la entidad urbanizadora que surge al inicio del proceso y que se irá haciendo efectivo a medida que la empresa urbanizadora vaya incurriendo en los costes de urbanización pactados. Este hecho económico, al margen de ser realizado al principio, tiene repercusión para todo el proceso urbanizador.

Es preciso examinar qué información económico-financiera ha de ser suministrada por la JC respecto a esta operación, analizando si efectivamente cumple los requisitos dispuestos por la normativa mercantil que sea considerado como un elemento de activo. En este sentido, la legislación mercantil dispone que los elementos de activos sean bienes, derechos y otros recursos controlados económicamente por la empresa, resultantes de sucesos pasados, de los que se espera que la empresa obtenga beneficios en el futuro.

Si analizamos con detenimiento dicha definición, la problemática objeto de estudio es un compromiso entre ambas partes (la empresa urbanizadora y la JC), y la entidad urbanística colaboradora no controla económicamente, en ningún momento, la ejecución de la urbanización por parte de la empresa urbanizadora.

En este sentido, la operación económica analizada en la medida que se sustenta sobre la base de compromisos por ambas partes (JC y empresa urbanizadora) se podría equiparar a los contratos de futuros, ya que en estos las partes contratantes acuerdan comprar y/o vender en un futuro un determinado activo a un precio convenido de

antemano, siendo el importe pactado al inicio el que se toma como referencia, considerando que el presupuesto establece el estudio económico-financiero que motivó la adjudicación de la obra.

En consecuencia, la aportación de la empresa urbanizadora podría presentar semejanza con los contratos de futuros, de tal forma que se podría optar por reflejarlo en el modelo suplementario utilizando las siguientes cuentas: *Compromiso con la entidad urbanizadora* y *Urbanización a ejecutar* –que va disminuyendo a medida que la empresa vaya cumpliendo con el compromiso adquirido–, siendo dichas cuentas valoradas por el importe total que supone la realización del proyecto de urbanización. No obstante, nos inclinamos por que en la memoria se informe de todo aquello que vaya aconteciendo en el proceso urbanizador, pues es información complementaria de gran valía.

La JC, para valorar el compromiso con las empresas urbanizadoras, toma como referencia el presupuesto del proyecto de urbanización y, dado que se utilizan magnitudes previstas, puede suceder que las magnitudes reales no coincidan con aquellas, debiéndose analizar las desviaciones surgidas, que propiciarán bien un aumento o bien una disminución en el compromiso adquirido por la empresa urbanizadora, en función de las condiciones contractuales establecidas previamente.

Ante esta posibilidad se nos puede plantear si la empresa promotora se compromete, exclusivamente, por el presupuesto establecido al inicio, o bien el compromiso varía en función de las diferencias surgidas al contraponer las magnitudes reales y previstas, y, sobre todo, a efectos de poder establecer la participación de la empresa urbanizadora en la JC, que, finalmente, es materializada con la adjudicación de solares.

Esta cuestión depende en gran medida de las cláusulas establecidas en el contrato entre la empresa urbanizadora y la JC, ya que, finalmente, el precio de venta estipulado, si es cerrado, no admite ningún tipo de modificación; eso sí, las posibles diferencias deben ser recogidas en el seno de la información mercantil de la empresa promotora inmobiliaria o empresa urbanizadora.

Por otra parte, también puede suceder que la empresa urbanizadora, responsable de la ejecución, no cumpla con sus obligaciones, teniendo que reconocer la JC dicha situación, variando en tal caso el compromiso particular establecido con la empresa promotora, pudiéndose referir incluso a la parte del contrato ya ejecutado.

Esta aportación económica también precisa de un exhaustivo control por parte de la Administración pública porque en cierta medida va a afectar a la buena marcha del todo el proceso urbanizador, pues está en juego la ejecución de la urbanización.

### 3.2.3 Participación de la Administración actuante

La participación de la Administración actuante en la JC difiere significativamente de la del resto de los intervinientes en este sistema de gestión urbanística, ya que inicialmente no aporta terrenos, sino todo lo contrario; de todas las aportaciones realizadas por los distintos agentes económicos, una parte es destinada al organismo público.

En cumplimiento del ordenamiento urbanístico, no existe en sí una aportación inicial, sino que, fruto del proceso de urbanización, le corresponden a la Administración

Regap



ESTUDIOS

competente terrenos tanto destinados a dotaciones públicas como los derivados de las plusvalías generadas por el proceso urbanizador. Así, la participación de la Administración en la JC consiste en la presencia de un vocal para efectuar una labor de control, con la finalidad de que las actuaciones urbanísticas realizadas sean las convenidas, a pesar de que este sistema urbanístico sea de carácter privado.

Por tanto, la Administración debería tener información económico-financiera de la JC, pues mostraría no solo en qué fase urbanística se encuentra, sino también cuál está siendo su gestión, máxime cuando operaciones que realiza la entidad urbanística deben ser gravadas fiscalmente.

Es de señalar el papel fundamental que desempeña la Administración actuante, pues debe ejercer un control del proceso urbanizador en pro del interés público. Es un proceso que está fuertemente regulado, ya que el urbanismo cumple una necesidad social y el organismo público debe velar por que la participación en el sistema de compensación se realice bajo los parámetros legales establecidos.

## 4 La constitución de la Junta de Compensación: efectos tributarios

La JC presenta una serie de peculiaridades que no solo afectan al aspecto mercantil, sino también en su incidencia tributaria, y que, al objeto de dar una visión amplia de la constitución de la JC, creemos conveniente analizar. Nos ceñiremos al impuesto sobre sociedades (IS) y a las distintas modificaciones que se han introducido en el impuesto sobre el valor añadido (IVA), en aras de luchar contra el fraude fiscal, centrándonos en la incidencia fiscal en el objeto de este trabajo, la constitución de la JC.

Las actividades que realiza la JC para poder llevar a cabo su principal objetivo, el proceso de urbanización, son consideradas por la normativa tributaria como una actividad empresarial, y, por tanto, esta entidad urbanística colaboradora es sujeto pasivo del IS.

No obstante, como ya hemos mencionado, estas agrupaciones “son entes de naturaleza administrativa, de gestión autónoma por los propios interesados de funciones inicialmente administrativas”<sup>26</sup>. Por tanto, estas entidades, al no tener ánimo de lucro y realizar actividades que implican un fin específico, pueden ser consideradas como entidades parcialmente exentas. En este sentido se pronuncia la Dirección General de Tributos a la consulta planteada el 15 de enero de 1996, en la que se determina que las juntas de compensación son sujetos pasivos del impuesto y, a tales efectos, pueden ser consideradas como entidades parcialmente exentas, aplicándose el régimen especial contenido en la Ley de impuesto de sociedades.

En definitiva, se ha tratado “de dotar al sistema de compensación de una protección fiscal especial, consistente en declarar exentos determinados actos, y ello sobre la base de que las juntas de compensación tenían un fin principal, cual era la ejecución del planeamiento, gozando esta función de un carácter eminentemente prioritario a

<sup>26</sup> FERNÁNDEZ, TOMÁS, R., *Manual de Derecho Urbanístico*, Editorial Dykinson, Madrid, 2017, p. 45.

favor del interés general”<sup>27</sup>. No obstante, es de señalar que dicha exención no será de aplicación a los rendimientos de explotación económica fruto de actividades paralelas que no estén derivados de su actividad principal. Así, es habitual en el marco de este sistema de gestión urbanística sufragar los gastos de urbanización con la financiación obtenida por la enajenación de terrenos a terceros; pues bien, esta venta de terrenos es una actividad económica que no estaría exenta.

A continuación, analizamos la incidencia tributaria del IVA en las aportaciones que los junteros realizan a la JC para su constitución, siguiendo la misma línea que la presentada en el estudio mercantil, diferenciando entre la aportación de terrenos y la aportación de medios materiales y humanos.

#### 4.1 Aportación de terrenos

Un aspecto importante a efectos del estudio del régimen tributario de las JC, de carácter privilegiado, consiste en diferenciar la fiscalidad de la entidad urbanística colaboradora y la de los miembros partícipes en ella, siendo imprescindible diferenciar si los propietarios transmiten o no la propiedad jurídica de los terrenos al incorporarse a la JC, cuestión que influye decisivamente en el tratamiento fiscal.

– Aportación de terrenos mediante titularidad fiduciaria:

En la constitución de las JC es fundamental la distinción en aquellas juntas en que los propietarios transmiten la propiedad jurídica de los terrenos a la entidad urbanística colaboradora y, además, si quienes efectúan dichas aportaciones tienen la condición de empresarios o profesionales y los terrenos están afectos a la actividad<sup>28</sup>. En este supuesto, dichos terrenos son calificados como entrega de bienes y, por tanto, dicha entrega puede ser considerada como origen de la obligación tributaria del hecho imponible del IVA. No obstante, en este caso se puede acoger a la exención establecida<sup>29</sup> en “las entregas de terrenos que se realicen como consecuencia de la aportación inicial a las juntas de compensación por los propietarios de terrenos comprendidos en polígonos de actuación urbanística”, todo ello antes de las modificaciones introducidas por la Ley 28/2014.

Sin embargo, cuando se produce una entrega de terrenos con motivo de la aportación a la JC y quien efectúa dicha aportación no es considerado empresario o profesional, implica que no es sujeto pasivo del IVA y dicha operación debería recaer directamente sobre el tráfico civil y, por tanto, estaba sujeto al impuesto sobre transmisiones patrimoniales, siendo necesario en este caso aplicar la exención establecida en el artículo 45I.B.7 del Real decreto legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el

<sup>27</sup> LASO BAEZA, J. L., “Modificaciones normativas del IVA y su repercusión en el funcionamiento ordinario de las juntas de compensación”, cit., p. 2.

<sup>28</sup> *Vid.* LASO BAEZA, J. L., “Modificaciones normativas del IVA y su repercusión en el funcionamiento ordinario de las juntas de compensación”, cit., p. 6, “la condición de empresario o profesional no se daba si paralelamente no existía una intención de venta, cesión o adjudicación posterior por cualquier título de los terrenos que se iban a urbanizar y ello a partir de que los miembros de la junta que no tenían previamente la condición de empresarios o profesionales la adquirieran desde que comenzaran a serles imputados los correspondientes costes de urbanización vía derramas”.

<sup>29</sup> Artículo 20.Uno de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del impuesto sobre el valor añadido en que se declaran exentas del IVA (LIVA).

que se aprueba el Texto refundido de la Ley del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados<sup>30</sup>.

– Aportación de terrenos mediante facultad fiduciaria:

Cuando no se transmite la propiedad de los terrenos, facultad fiduciaria, no existe una entrega de bienes a la JC por parte de los propietarios. Por tanto, es condición determinante “para que la operación de entrega o aportación de los bienes en cuestión [...] quede encuadrada en el concepto de “entrega de bienes a título oneroso”, a los efectos de su sujeción al impuesto sobre el valor añadido, que se produzca la transmisión de la propiedad”<sup>31</sup>.

Concretamente, y en la medida de que existen dos posibilidades en la constitución de la JC, se establece “que no se produzca la referida transmisión, en cuyo caso la Junta de Compensación actúa como fiduciaria de sus miembros, o que se produzca. En el primero de los supuestos, con arreglo a la Ley del impuesto sobre el valor añadido, no estará sujeta al tributo la aportación de terrenos a la junta ni la adjudicación de los urbanizados a los aportantes”<sup>32</sup>.

Por consiguiente, en estas juntas no se produce el hecho imponible del IVA, ni tampoco recae sobre las mismas el impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, básicamente porque no se ha producido la transmisión de la propiedad. En ese caso, las juntas actúan “como empresarios, pero en calidad de contratistas con los propietarios de terrenos, que serán quienes realmente se reserven la condición de urbanizadores”<sup>33</sup>.

Además, “puede defenderse que los poderes de disposición que se entregan a la junta, en la medida en que van dirigidos, de forma exclusiva, a que aquellas puedan satisfacer los intereses públicos y privados que la legislación le atribuye, no son suficientes para considerar que existe una entrega de bienes sujeta al impuesto”<sup>34</sup>.

En resumen, “la incorporación de los propietarios de terrenos a una Junta de Compensación no determina la transmisión de los terrenos a esta última, que actúa

<sup>30</sup> Este artículo determina que están exentas “las transmisiones de terrenos que se realicen como consecuencia de la aportación a las juntas de compensación por los propietarios de la unidad de ejecución y las adjudicaciones de solares que se efectúen a los propietarios citados, por las propias juntas, en proporción a los terrenos incorporados.

Los mismos actos y contratos a que dé lugar la reparcelación en las condiciones señaladas en el párrafo anterior. Esta exención estará condicionada al cumplimiento de todos los requisitos urbanísticos”.

En este mismo sentido se manifiesta el artículo 159.4 del Real decreto 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley sobre régimen de suelo y ordenación urbana, texto declarado inconstitucional por exceder en sus competencias: “las transmisiones de terrenos que se realicen como consecuencia de la constitución de la Junta de Compensación por aportación de los propietarios de la unidad de ejecución en el caso que así lo dispusieran los estatutos, o en virtud de expropiación forzosa, y las adjudicaciones de solares que se efectúen en favor de los propietarios miembros de dichas juntas y en proporción a los terrenos incorporados por aquellos, estarán exentas, con carácter permanente, si cumplen todos los requisitos urbanísticos, del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados y no tendrán la consideración de transmisiones de dominio a los efectos de la exacción del impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana”.

<sup>31</sup> Resoluciones del Tribunal Económico Administrativo de 8 febrero y 6 junio de 1996 (JT 1996, 388 y 908).

<sup>32</sup> Resolución del Tribunal Económico Administrativo de 18 octubre 2000 (JT 2000, 1880).

<sup>33</sup> LASO BAEZA, J. L., “Modificaciones normativas del IVA y su repercusión en el funcionamiento ordinario de las juntas de compensación”, cit., p. 7.

<sup>34</sup> RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J., “Impuesto sobre el Valor Añadido en el proceso urbanístico: estado actual de la cuestión”, *Jornada sobre Aspectos Tributarios del Urbanismo organizado por Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, Madrid, 2018, p. 56.

simplemente como fiduciaria de aquellos en la realización de las actuaciones de urbanización [...], son los propietarios de los terrenos quienes tienen a efectos del impuesto sobre el valor añadido la condición de promotores de la urbanización de los terrenos de su propiedad y, por tanto, también la condición de empresarios o profesionales cuando destinen tales terrenos a su venta, adjudicación o cesión por cualquier título”<sup>35</sup>.

En este sentido y para este tipo de aportación de terrenos, mediante facultad fiduciaria, “los propietarios de terrenos, en la medida en que se convierten en urbanizadores, devienen asimismo en empresarios a efectos del impuesto, debiendo practicar asimismo su repercusión por las operaciones sujetas y no exentas del mismo que puedan realizar”<sup>36</sup>.

El tratamiento establecido entre las juntas con titularidad y facultad fiduciaria, totalmente desigual desde el ámbito tributario, provocaba que la mayoría las juntas de compensación se constituyeran bajo la forma de facultad fiduciaria, donde no se transmitía la propiedad jurídica de los terrenos, lo que las beneficiaba desde el punto de vista fiscal.

No obstante, la modificación que introduce la Ley 28/2014, por la que se modifican la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del impuesto sobre el valor añadido; la Ley 20/1991, de 7 de junio, de modificación de los aspectos fiscales del régimen económico-fiscal de Canarias; la Ley 38/1992, de 28 de diciembre, de impuestos especiales; y la Ley 16/2013, de 29 de octubre, por la que se establecen determinadas medidas en materia de fiscalidad medioambiental y se adoptan otras medidas tributarias y financieras, [...] se suprime la exención que regulaba el artículo 20. Uno de la LIVA, afectando directamente a la aportación inicial que realizan los propietarios, inmersos en el polígono de ejecución, a la JC; en definitiva, a la constitución de la entidad urbanística colaboradora.

De hecho, en el preámbulo de la citada Ley 28/2014 se expone que dicha modificación se realiza para salvar “la distorsión que causaba el distinto tratamiento a efectos del impuesto de la actuación en los procesos de urbanización de dichas juntas, según intervinieran en su condición o no de fiduciarias”. Por tanto, la intención del legislador con la modificación introducida es la de acabar con el trato desigual existente entre las juntas con facultad o titularidad fiduciaria, de tal forma que las aportaciones de terrenos efectuadas en el seno de cualquier tipo de juntas (fiduciarias o no) se registrarán por el artículo 20.Uno. 20.ª y 22.ª, y de renuncia a la exención (artículo 20.Dos de la LIVA).

– Terrenos expropiados:

Como ya mencionamos, aquellos propietarios que no deseen incorporarse a la JC serán objeto de expropiación. En este caso, se produce una entrega de bienes que está sujeta, siempre y cuando dichos propietarios sean considerados empresarios o profesionales y los terrenos se encuentren afectos a su actividad, como ya expusimos anteriormente.

<sup>35</sup> RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J., “Impuesto sobre el Valor Añadido en el proceso urbanístico: estado actual de la cuestión”, cit., p. 57.

<sup>36</sup> Contestación a la consulta de 15 de julio de 1999 (JUR 2001, 232361).

## 4.2 Aportación de medios materiales y humanos

La empresa urbanizadora presta servicios a la JC, puesto que está ejecutando las obras de urbanización y, en este caso, es una operación que está sujeta y no exenta al IVA. Otra modificación introducida se ha realizado a través de la Ley 7/2012, de 29 de octubre, de modificación tributaria y presupuestaria de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude, que es considerar un nuevo conjunto de sujetos pasivos del impuesto. Concretamente, “cuando se trate de ejecuciones de obra, con o sin aportación de materiales, así como las cesiones de personal para su realización, consecuencia de contratos directamente formalizados entre el promotor y el contratista que tengan por objeto la urbanización de terrenos o la construcción de terrenos o la construcción o rehabilitación de edificaciones.

Lo establecido en el párrafo anterior será de aplicación cuando los destinatarios de las operaciones sean a su vez el contratista principal u otros subcontratistas en las condiciones señaladas”<sup>37</sup>.

De hecho, “la Junta de Compensación tendrá la consideración de contratista principal de las obras de urbanización que realiza en nombre propio, pero por cuenta de los promotores que serán los juntacompensantes”<sup>38</sup>.

De otro lado, no debemos olvidar que los junteros sufragan el coste de la urbanización de los terrenos; por tanto, la JC presta sus servicios a sus miembros partícipes y por ello les cobra las denominadas derramas a los junteros, de tal forma que “las derramas o aportaciones en metálico hechas a la Junta de Compensación por parte de los propietarios de las fincas constituyen pagos relacionados con las obras de urbanización desarrolladas por aquella, motivo por el que resulta ajustada a derecho la repercusión del IVA”<sup>39</sup>.

La aportación de medios materiales y humanos de la empresa urbanizadora consiste en prestar servicios recibiendo como pago obras de urbanización. Por tanto, en el caso de junta fiduciaria, existe una entrega de bienes de los miembros, que constituyen la JC, y los propietarios siguen ostentando la titularidad de los terrenos, en favor de la empresa urbanizadora, desde el momento en que se apruebe el proyecto de compensación.

Este tipo de aportación presenta dos operaciones que están sujetas al impuesto: la entrega de terrenos y la prestación de los servicios para urbanizarlos, siendo fundamental discernir en qué momento se produce el devengo del mismo.

Las repercusiones del impuesto se producirán de la siguiente manera<sup>40</sup>:

---

<sup>37</sup> Artículo 842.f de la Ley 7/2012, de 29 de octubre, de modificación tributaria y presupuestaria de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude.

<sup>38</sup> Consulta de la Dirección General de Tributos de 3 de noviembre de 2016 (n. V4644-16).

<sup>39</sup> Resolución del TEAC de 2 de noviembre de 2000.

<sup>40</sup> RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J., “Impuesto sobre el Valor Añadido en el proceso urbanístico: estado actual de la cuestión”, cit., p. 62.



“– Los propietarios deberán repercutir el impuesto a la empresa urbanizadora con la aprobación del proyecto de compensación.

– Esta entrega de bienes es la retribución percibida por la empresa urbanizadora, que la recibe como pago anticipado. En consecuencia, se devenga también en este momento su prestación de servicios, de modo que la Junta deberá autorrepercutirse el impuesto.

– Finalmente, también se producirá en este momento la autorrepercusión del impuesto por parte de los propietarios –que tengan la condición de empresarios–, como consecuencia de los servicios recibidos de la Junta.”

En el caso de que la JC se constituya mediante titularidad fiduciaria, si los propietarios hubieran transmitido la titularidad de los terrenos, la JC debe entregar terrenos a favor de la empresa urbanizadora como pago de los servicios de urbanización realizados. En este caso, la entrega de terrenos de la JC, en este caso promotora, a la empresa urbanizadora “estará sujeta y no exenta, ya que, normalmente, el objeto de la transmisión estará constituido por parcelas edificables. En consecuencia, la Junta deberá repercutir el impuesto a la empresa urbanizadora”<sup>41</sup>.

## 5 Conclusiones

El sistema de compensación urbanística es el sistema de gestión privada por excelencia, en el cual la iniciativa privada ejecuta todo el proceso urbanizador y la Administración actuante opera como garante de las actuaciones realizadas por la JC. A pesar de su importancia, y de la actividad que desarrolla, en la urbanización de terrenos existe un vacío normativo en materia mercantil.

Por tanto, las cuentas anuales de la JC deben suministrar información económico-financiera útil para sus usuarios, destacando a la Administración actuante, pues debe ejercer un control y supervisión de las actividades desarrolladas por la entidad urbanística colaboradora. Por este motivo, en este trabajo damos respuesta sobre qué información económico-financiera han de suministrar las cuentas anuales de la JC, proponiendo cómo se ha de valorar y reflejar contablemente la constitución de dicha entidad, en la que toman especial relevancia las aportaciones de terrenos mediante facultad o titularidad fiduciaria, y la aportación de medios materiales y humanos por parte de la empresa urbanizadora para poder ejecutar el proceso urbanizador. Además, este trabajo es completado con la visión tributaria de la constitución de esta entidad urbanística colaboradora, analizando las particularidades en un tratamiento fiscal privilegiado que ha caracterizado este sistema de gestión urbanística, estudiando cada una de las aportaciones realizadas en el marco de la constitución de la JC.

Los procesos urbanísticos, dada su dimensión, afectan a toda la sociedad, no solo a los implicados directamente, por lo que la Administración actuante debe servir como garante para que se ejecute bajo parámetros legales y con una gestión eficiente, lo que

<sup>41</sup> RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J., “Impuesto sobre el Valor Añadido en el proceso urbanístico: estado actual de la cuestión”, cit., p. 68.

exige un estudio detallado desde el ámbito mercantil y tributario, cuestión realizada en este trabajo.

## Bibliografía

- ARAGÓN, E., y HARO, J., “Uniones Temporales de Empresas: un análisis de su configuración económica y contable”, *Partida Doble*, n. 133, 2002.
- FERNÁNDEZ, T.-R., *Manual de derecho urbanístico*, Editorial Dykinson, Madrid, 2017.
- GUARCH PRIETO, R., “Fiscalidad de las juntas de compensación: régimen fiscal de las juntas de compensación y de las operaciones relativas a las mismas”, *Revista Cemci*, n. 8, 2010.
- LASO BAEZA, J. L., “Modificaciones normativas del IVA y su repercusión en el funcionamiento ordinario de las juntas de compensación”, *Observatorio Inmobiliario y de La Construcción*, n. 85, 2017.
- LASO BAEZA, V., “La doctrina de la Dirección General sobre la reversión en la expropiación de suelos de propietarios no adheridos a una Junta de Compensación”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 755, 2016.
- LASO BAEZA, V., “El carácter obligatorio de la inscripción del Proyecto de Compensación y la exigibilidad de su cumplimiento a las Juntas de Compensación”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 765, 2018.
- LÓPEZ FARRÉ, F. J. (coord.), *Teoría y práctica de las juntas de compensación*, Editorial La Ley, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 2006.
- PÉREZ FADÓN-MARTÍNEZ, F. J., “Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados: Las Juntas de compensación fiduciarias están sujetas a la cuota gradual de documentos notariales del ITP y AJD. Comprobación de valor”, *Revista Carta Tributaria*, n. 2, 2015.
- PLATERO ALCÓN, A., “Las Uniones Temporales de Empresas en el Ordenamiento Jurídico Español”, *Revista Ratio Juris*, n. 12, 2017.
- RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J., “Impuesto sobre el Valor Añadido en el proceso urbanístico: estado actual de la cuestión”, *Jornada sobre Aspectos Tributarios del Urbanismo organizado por Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, Madrid, 2018.
- SILVA, M., “Uniones Temporales de Empresas: estructura y funcionamiento”, *Revista de Gestión Pública y Privada*, n. 15, 2010.
- VILLAR EZCURRA, J. L., RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J., NATERA HIDALGO, R., y MARTÍN FERNÁNDEZ, F. J., *Aspectos Tributarios de las Juntas de Compensación*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2002.

A evolución da lexislación do sector eléctrico en España: da publicación á liberalización do servizo. Efectos e consecuencias para as empresas, o Goberno e os usuarios

**La evolución de la legislación del sector eléctrico en España: de la publicación a la liberalización del servicio. Efectos y consecuencias para las empresas, el Gobierno y los usuarios**

58 Regap

Evolution of the legislation of the electricity sector in Spain: from publication to service liberalization. Effects and consequences for the companies, the Government and users

Regap



ESTUDIOS

CASTO PÉREZ DE ARÉVALO TRILLO-FIGUEROA

Abogado

Máster en Derecho de las Administraciones Públicas

Recibido: 18/07/2019 | Aceptado: 19/12/2019

DOI: <https://doi.org/10.36402/10.36402/regap.v1i58.37>

**Resumo:** A enerxía eléctrica converteuse nun medio indispensable para o desenvolvemento da sociedade actual, derivando en importantes repercusións, científicas, políticas, ambientais e económicas, o que motivou unha especial atención por parte do lexislador, ao ter que actualizar constantemente a normativa para ir adaptándoa ás diferentes vicisitudes que se foron xerando, co obxectivo de ofrecer garantías de calidade, eficiencia e seguridade na subministración.

En España este proceso tivo un especial desenvolvemento que o diferenciou doutros países da contorna (como Francia, Italia ou Inglaterra) pola intervención tanto das administracións públicas como dos axentes privados, o que levou a desenvolver diversas fórmulas xurídicas que harmonizasen esta dobre participación.

**Palabras clave:** Sector eléctrico, regulación, evolución lexislativa, reforma enerxética.

**Resumen:** La energía eléctrica se ha convertido en un medio indispensable para el desarrollo de la sociedad actual, derivando en importantes repercusiones, científicas, políticas, medioambientales y económicas, lo que ha motivado una especial atención por parte del legislador, al tener que actualizar constantemente la normativa para ir adaptándola a las diferentes vicisitudes que se han ido generando, con el objetivo de ofrecer garantías de calidad, eficiencia y seguridad en el suministro.

En España este proceso ha tenido un especial desarrollo que lo ha diferenciado de otros países del entorno (como Francia, Italia o Inglaterra) por la intervención tanto de las administraciones públicas como de los agentes privados, lo que ha llevado a desarrollar diversas fórmulas jurídicas que armonizasen esta doble participación.

**Palabras clave:** Sector eléctrico, regulación, evolución legislativa, reforma energética.

**Summary:** Electricity has become an indispensable means for the development of today's society, resulting in important scientific, political, environmental and economic repercussions which have drawn legislators' special attention to having to constantly update the regulations to adapt it to the different vicissitudes that have arisen in order to offer guarantees of quality, efficiency and security in its supply. In Spain this process has developed in a special way that has differentiated it from other surrounding countries (such as France, Italy or England) due to the intervention of not only public administrations but also private parties. This has led to developing various legal formulae that harmonize this double participation.

**Key words:** Electricity sector, regulation, legislative development, energy reform.

**SUMARIO:** 1 Introducción. 2 La implantación de la electricidad en España: siglo y medio de avances normativos. 3 La liberalización energética: evolución legislativa. 3.1 La Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico. 3.1.1 Actividades, estructuración y agentes que definen, funciones de cada uno de ellos. 3.1.2 Problemas derivados de esta ley: sistema referencial, problema de la competencia, déficit generado. 3.1.2.1 El tránsito del monopolio a la liberalización. Los costes de transición a la competencia. 3.1.2.2 El déficit de tarifa. 3.2 Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del sector eléctrico. 3.2.1 Cambios estructurales y de funciones de los agentes. 3.2.2 Problemas afrontados y problemas que se mantienen. 4 Conclusiones.

## 1 Introducción

Pese a que desde muy antiguo el ser humano ha tenido conocimiento de la existencia de la electricidad, no ha sido hasta épocas bien recientes, concretamente desde mediados del siglo XVIII y primeros del XIX, cuando ha sido objeto de estudio y posterior aplicación en diversos ámbitos de la vida, tales como: la implantación del alumbrado público en los núcleos urbanos o su utilización en la industria en detrimento de la máquina de vapor –hecho que determinaría la eclosión de la segunda revolución industrial–, considerándose desde entonces el componente eléctrico como un factor clave para el desarrollo económico y social.

Los numerosos avances científicos y técnicos que se han producido en este sector han favorecido una rápida implantación del tendido eléctrico a lo largo de los diversos territorios y poblaciones. Este hecho ha provocado que su utilización resultara fuertemente demandada por una sociedad que, conforme ha ido pasando el tiempo, ha buscado con mayor anhelo disfrutar de esta forma de energía, por lo que en todo momento ha sido necesario adecuar una legislación *ratione materiae* coherente y actualizada, que pudiera responder de manera eficaz a las necesidades y sensibilidades que se han ido suscitando.

En este artículo se analiza el proceso de implantación, publicación y posterior liberalización del mercado eléctrico en España, la legislación desarrollada, con sus fortalezas y debilidades, así como el efecto causado sobre los diferentes agentes implicados, transitando desde las primeras normas del último cuarto del siglo XIX hasta la actual Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del sector eléctrico.

Debido a la alta complejidad de este sector, junto con la amplia cantidad de elementos intervinientes, además del profundo impacto que tiene en la sociedad y la industria, así como la controversia que la ha acompañado, resulta de gran interés estudiar cómo se ha producido este desarrollo desde el punto de vista legislativo, pues se ha pasado de una gestión enteramente pública a una liberalización de las actividades, provocando que la reforma producida con la Ley 54/1997, del sector eléctrico, haya conseguido abrir diferentes transacciones o subsectores dentro del tramo eléctrico, susceptibles todos ellos de funcionar como sistema de mercados regulados en un ámbito de competencia.

## 2 La implantación de la electricidad en España: siglo y medio de avances normativos

La primera instrucción relacionada con la normativa eléctrica en España encuentra su origen en la Real orden de 7 de marzo de 1885<sup>1</sup>, por la que se determinaba la forma de instalación de los conductores eléctricos de propiedad particular, que, estando destinados a la producción de la luz y siempre que impidieran la disposición, vigilancia o el servicio de las líneas telegráficas y telefónicas del Estado<sup>2</sup>, serían separados de estas por cuenta de sus dueños en la distancia que marcaba el artículo 4 del reglamento de 25 de septiembre de 1882<sup>3</sup>, o a otra mayor cuando así lo exigiera el bien del servicio público.

Unos años más tarde, concretamente en 1890, surgiría la primera norma específica concerniente a la electricidad; nos referimos al Real decreto de 17 de marzo, por el que

<sup>1</sup> Dicha Real orden disponía literalmente lo siguiente: “*Ilmo. Sr.: Teniendo en cuenta que las líneas telegráficas y telefónicas del Estado son obras públicas de pública utilidad, y que los conductores eléctricos de propiedad particular destinados a la producción de la luz, a la telefonía o a la telegrafía suelen ser un obstáculo para la construcción de aquéllas; S.M. el Rey (Q.D.G.), de acuerdo con lo propuesto por esa Dirección general, se ha servido disponer que los conductores eléctricos particulares que impidan la instalación, la vigilancia ó el servicio de las líneas del Estado sean separados de éstas por cuenta de sus dueños a la distancia que marca el artículo 4 del reglamento de 25 de septiembre de 1882. o a otra mayor que V.I. lo determine cuando así lo exija el bien del servicio público*”.

<sup>2</sup> Calificadas dichas líneas telefónicas y telegráficas en la misma Real orden de 7 de marzo de 1885 como de “*obras públicas de pública utilidad*”, por lo que podemos establecer una analogía con el servicio de electricidad, al igual que se podía establecer con el agua o el gas y las canalizaciones necesarias para su establecimiento tanto en la vía pública como para uso particular y privado, todo ello sin olvidar, tal y como ya hemos indicado, que por esta época la noción de servicio público habría de interpretarse desde un criterio competencial y no como el concepto que actualmente detenta de prestación reservada a una Administración pública para satisfacer una necesidad social.

<sup>3</sup> Se refiere al Reglamento para el establecimiento y explotación de redes telefónicas con destino al servicio público, donde se indica en su artículo 4 que la distancia que tiene que haber para que la instalación de los conductores eléctricos particulares no impida la vigilancia o el servicio de las líneas telegráficas y telefónicas del Estado ha de ser de dos metros. “*Los conductores telefónicos pertenecientes a particulares o compañías que encuentren en su curso los telegráficos o telefónicos de otros concesionarios o del Estado que sigan una dirección paralela a éstos o los crucen no se colocarán a menor distancia de dos metros ni en los mismos apoyos*”.

se dictan las disposiciones a que han de sujetarse las industrias eléctricas que hayan de establecerse en las provincias ultramarinas<sup>4</sup>.

Con la intención de solventar las diferentes exigencias que iban surgiendo, se tratará de coordinar las diversas administraciones intervinientes, por lo que irán aflorando numerosas disposiciones y figuras jurídicas, como la Ley de 23 de marzo de 1900, reguladora de la servidumbre forzosa de paso de corriente eléctrica, desarrollada por el Reglamento de 7 de octubre de 1904, siendo sustituido años más tarde por el Reglamento de 27 de marzo de 1919.

A comienzos del siglo XX dos circunstancias marcarán un cambio estratégico en la configuración del tendido eléctrico: de un lado, la aprobación del Real decreto-ley de 12 de abril de 1924, en cuyo artículo 1 se establece definitivamente la consideración de servicio público al suministro de energía eléctrica<sup>5</sup> y, de otro, el espectacular avance tecnológico experimentado, debido al surgimiento de los transformadores de tensión, lo que permitirá transportar la corriente a través de grandes distancias.

En los años de la II República Española se promulgará la Ley de 20 de mayo de 1932 sobre la concesión de la servidumbre de línea eléctrica solicitada y el Reglamento de verificaciones eléctricas y regularidad en el suministro de energía, aprobado por Decreto de 5 de diciembre de 1933, modulando para ello la concesión de línea solicitada y la servidumbre de paso en fundos privados.

Durante el régimen del general Franco, se asentará la regulación eléctrica con el Decreto de 12 de enero de 1951, sobre ordenación en la distribución de energía eléctrica y establecimiento de tarifas de aplicación, en cuyo artículo primero modifica los artículos 82 y 83 del citado Reglamento de verificaciones eléctricas y regularidad en el suministro de energía de 1933 y que recogerá el concepto de "Red General Peninsular". Además de esto, se consiguieron grandes avances en la implantación del tendido y las instalaciones eléctricas, con la publicación de la Ley de expropiación forzosa y sanciones en materia de instalaciones eléctricas de 18 de marzo de 1966<sup>6</sup> y el Reglamento de líneas eléctricas aéreas de alta tensión, mediante el Decreto 3151/1968, de 28 de noviembre de 1968.

En los albores del período democrático se crea el Plan Energético 1975-1985, siendo en esta época cuando se le reconoce al Estado la competencia exclusiva sobre las bases

---

<sup>4</sup> Así lo atesora en su exposición de motivos: "Es sensible no poder llevar a nuestras posesiones la legislación peninsular, pues a excepción del Decreto del 30 de marzo de 1888 respecto al alumbrado eléctrico de los teatros, en el cual nada se dice de las condiciones que deben reunir los conductores exteriores ni las máquinas generadoras, no existe disposición expresa relativa a este importante asunto".

<sup>5</sup> Motivada la publicación de este Real decreto-ley de 12 de abril de 1924, para concordar lo anteriormente apuntado en la Real orden de 14 de agosto de 1920, por la que se declaraba obligatorio el suministro de energía eléctrica a los abonados. Artículo 1: "Se declaran servicios públicos los suministros de energía eléctrica, agua y gas a los abonados de las empresas de distribución, correspondiendo al Ministerio de Trabajo, Comercio e Industria la reglamentación de tales servicios para garantía de la seguridad e intereses públicos, sin perjuicio de las demás intervenciones que puedan corresponder a otros departamentos, a las provincias y al municipio sobre las concesiones y contratos administrativos". No se puede olvidar otra norma que ve la luz ese mismo año de 1924 pero unos meses antes, como fue el Estatuto municipal de 1924, aprobado por Real decreto ley de 8 de marzo, en cuyo artículo 170 incluía al servicio de electricidad como uno de los que se podía municipalizar con carácter de monopolio: "Sólo podrán municipalizarse con carácter de monopolio los servicios de abastecimiento de aguas, electricidad, gas...".

<sup>6</sup> Existían diversas duplicidades de índole competencial, hecho que poco a poco se resolverá nivelando la balanza en favor del Ministerio de Industria en detrimento del Ministerio de Fomento. Sobre el particular LEGUINA VILLA, J., "Instalaciones de líneas eléctricas y precariedad administrativa", *Revista de Administración Pública*, n. 68, 1972, pp. 9-56.

del régimen energético<sup>7</sup>, por lo que se incluirá al sector eléctrico como un elemento estratégico para el desarrollo nacional; el Estado será el único responsable de estructurarlo y planificarlo<sup>8</sup>. A este Plan Energético Nacional le seguirá el de 1983-1992, en donde se explica que el sector energético español se encuentra en una posición desfavorable respecto a los países industriales de la OCDE, debido a tres problemas fundamentales: un crecimiento excesivo a lo largo de la década de 1970 del consumo de petróleo y del total de energía primaria en relación con el PIB, niveles escasos de producción energética nacional que provocaban una fuerte dependencia de las importaciones y una sobrecapacidad de producción en los subsectores de refino de petróleo, generación de electricidad y regasificación. Por estos motivos se establece un Plan de Saneamiento Financiero a través del Real decreto 774/1984, de 18 de abril, por el que se establecen nuevas tarifas eléctricas.

En esta etapa surgirá la Ley 49/1984, de explotación unificada del sistema eléctrico nacional, de 26 de diciembre, con la que se nacionaliza la red de alta tensión<sup>9</sup>, y que será la predecesora del conocido como Marco Legal Estable (MLE) que se inicia con el Real decreto 1538/1987, de 11 de diciembre, por el que se determina la tarifa eléctrica de las empresas gestoras del servicio, y que abarcará el ciclo comprendido entre 1984-1997<sup>10</sup>.

Este Marco Legal Estable se basaba en un sistema multiproducto, ya que la forma de retribución a las empresas no se basaba en los costes efectivamente generados, sino en unos costes estándar que previamente habían sido calculados por el regulador de manera similar para todas las empresas<sup>11</sup>. Se pretende fomentar la eficiencia del sector mediante la implantación de un sistema de incentivos en la gestión de empresas, además de buscar la estabilidad financiera y reducir las incertidumbres derivadas de la gestión de la actividad del suministro eléctrico a través de la garantía en la recuperación de las inversiones<sup>12</sup>.

<sup>7</sup> Tal y como se reconoce dentro de las competencias exclusivas del Estado en el punto 25.º del artículo 149 de la Constitución española de 1978, además de las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, en el punto 13.º del mismo artículo 149 de la Carta magna.

<sup>8</sup> En este sentido se acude al artículo 128.2 de la Constitución española: "*Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general*".

<sup>9</sup> Artículo 1.1 de la Ley 49/1984, de 26 de diciembre, sobre explotación unificada del sistema eléctrico nacional: "*La explotación unificada del sistema eléctrico nacional a través de las redes de alta tensión es un servicio público de titularidad estatal*".

<sup>10</sup> Artículo 1: "*La tarifa eléctrica, como retribución global y conjunta del sistema eléctrico nacional, se fijará por aplicación del sistema de ingresos y costes estándares establecidos en el presente real decreto, sin perjuicio de las demás normas de aplicación*".

<sup>11</sup> GRIFELL I TATJÉ, E., y BLÁZQUEZ GÓMEZ, L., "Regulación de la Distribución Eléctrica en España: Análisis Económico de una Década, 1987-1997", *Documents de Treball (Universitat Autònoma de Barcelona. Departament d'Economia de l'Empresa)*, n. 1, 2004, p. 1.

<sup>12</sup> Con el Marco Legal Estable se trata de "*proporcionar un marco de referencia estable referido al sistema de ingresos de las empresas que suministran energía eléctrica y especialmente de un componente básico de este sistema, la determinación de la tarifa eléctrica en condiciones de mínimo coste, posibilitando así la prestación del servicio en condiciones económicas adecuadas para los abonados finales*"; REE (Red Eléctrica de España), *El Marco Legal Estable. Economía del sector eléctrico español 1988-1997*, Alcobendas, 2006, pp. 10-11 (Versión electrónica en [www.ree.es](http://www.ree.es)).



La realidad final es que las necesidades financieras de las empresas no consiguieron ser cubiertas, lo que desembocó en un desequilibrio que provocó una clara insolvencia técnica<sup>13</sup>.

Para finalizar esta introducción –a modo de repaso histórico– de la regulación eléctrica en España antes del comienzo de la liberalización energética, habremos de acudir a la Ley 40/1994, de 30 de diciembre, de ordenación del sistema eléctrico nacional, por la que se crea la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional como ente regulador del sistema y con la que se intenta una tímida pero fallida apertura a la competencia con la creación del denominado “*sistema independiente*” como alternativa al sistema integrado<sup>14</sup>.

### 3 La liberalización energética: evolución legislativa

Con la adhesión de España a las Comunidades Europeas (en la actualidad Unión Europea), se aceptan los principios de efecto directo y de primacía del derecho Europeo, según los cuales, este derecho de la Unión prevalece sobre el nacional, todo ello con la intención de crear un mercado común en el que fuera posible la libre circulación de bienes y servicios, lo que, trasladado al ámbito que nos compete, esto es, la energía eléctrica, no se verá cristalizado hasta la publicación de la Directiva 96/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de diciembre de 1996, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad<sup>15</sup>. Mediante esta norma se instaba a los Estados miembros a que comenzaran su apertura a la liberalización y competitividad energética como requisitos indispensables para la consecución del mercado interior de la energía. La transposición de esta Directiva en España se llevará a cabo a través de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico, a la que seguirán sus diversas modificaciones como consecuencia de sucesivas directivas que iremos tratando en los siguientes epígrafes, hasta llegar a la vigente Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del sector eléctrico.

#### 3.1 La Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico

Una vez expuestos los antecedentes histórico-jurídicos previos a la liberalización eléctrica, nos centraremos en la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, que ha supuesto un paradigma en la concepción del sector eléctrico, hasta entonces clasificado como servicio público y que a partir de esta norma será sustituido por una expresa garantía

<sup>13</sup> CISNEROS RUIZ, A.J., “La situación financiera del sector eléctrico español durante el marco legal estable (1988-1996)”, *Técnica Contable*, Vol. 52, n. 622, 2000, p. 770.

<sup>14</sup> Y que se basaba, según se recoge en la exposición de motivos, en: “*la libertad de instalación y operación económica, sólo restringido por la preservación de los derechos de terceros y por las limitaciones técnicas inherentes a la propia naturaleza de la industria eléctrica*”.

<sup>15</sup> Obviamente ya se llevaba mucho tiempo trabajando en la consecución del mercado interior de la electricidad y, de entre las numerosas normas que preceden a esta Directiva 96/92CE, destacamos: la Directiva 90/547/CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1990, relativa al tránsito de electricidad por las grandes redes; y la Directiva 90/377/CEE del Consejo, de 29 de junio de 1990, relativa a un procedimiento comunitario que garantice la transparencia de los precios aplicables a los consumidores industriales finales de gas y de electricidad.

de suministro a todos los consumidores que lo demanden dentro de los límites del territorio nacional<sup>16</sup>, además de recibir la calificación de “*servicio esencial*”<sup>17</sup>.

El nuevo sistema eléctrico tratará de actuar en torno a los principios de objetividad, transparencia y libre competencia, otorgando una mayor presencia a la independencia de la iniciativa empresarial, todo ello sin dejar de estar regulado por las administraciones y organismos pertinentes que se encargarán de la coordinación económica y técnica –siendo estas actividades una novedad de la ley y que sustituirán a la antigua explotación unificada y la comercialización como suministro a precio libre<sup>18</sup>–, así como evitar prácticas colusorias que pudieran desvirtuar la buena marcha de la competitividad<sup>19</sup>.

Este nuevo planteamiento en el sector eléctrico conllevará una profunda modificación en su ordenación, pasando de una regulación omnipresente del Estado a una accesoria y supeditada al mercado, conocida como “*regulación para la competencia*”<sup>20</sup>.

Otro de los temas que se aborda, concretamente en el artículo 3, es la distribución de competencias administrativas entre las comunidades autónomas y la Administración general del Estado, manteniendo un peso importante de esta última no solo en las múltiples atribuciones enunciadas en este apartado, sino también en lo tocante a la planificación eléctrica, que se abordará en el artículo 4, transitando, por tanto, del modelo tradicional fundamentado en una exhaustiva planificación central vinculante a una pretendida planificación indicativa de carácter estratégico, escudriñando su integración en la economía de mercado<sup>21</sup>. La razón de ser de esta nueva planificación estriba en conceder a las empresas eléctricas un margen de libertad de actuación bajo la supervisión de unas intervenciones conminadas por la Administración.

Regap



ESTUDIOS

<sup>16</sup> Así se recoge en su exposición de motivos y acto seguido incide en el abandono del sector eléctrico como un servicio público al afirmar: “*La explotación unificada del sistema eléctrico nacional deja de ser un servicio público de titularidad estatal desarrollado por el Estado mediante una sociedad de mayoría pública y sus funciones son asumidas por dos sociedades mercantiles y privadas, responsables respectivamente de la gestión económica y técnica del sistema*”. BOE n. 285, de 28/11/1997.

<sup>17</sup> Así lo define el artículo 2.2 de la ley al referirse a las actividades destinadas al suministro de energía eléctrica: “*Estas actividades se ejercerán garantizando el suministro de energía eléctrica a todos los consumidores demandantes del servicio dentro del territorio nacional y tendrán la consideración de servicio esencial*”.

<sup>18</sup> Sobre el particular, LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, L., “La nueva Ley 54/1997 del Sector Eléctrico”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n. 3, 1999, p. 243.

<sup>19</sup> Por este motivo, a través de esta ley “*se dota a la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico de amplias facultades en materia de solicitud de información y de resolución de conflictos, y se arbitra su colaboración con las instancias administrativas encargadas de la defensa de la competencia*”.

<sup>20</sup> LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, L., “La nueva configuración jurídica del sector eléctrico tras la Ley 54/1997”, *Documentación Administrativa*, n. 256, 2000, pp. 14 y 15.

<sup>21</sup> En cuanto a la transformación vivida en la planificación al cambiar de la Central Vinculante a la Planificación Estratégica, hemos seguido la teoría mostrada por ARIÑO y LÓPEZ DE CASTRO, quienes se muestran enérgicamente a favor de esta última surgida a partir de la Ley 54/1997, como el modelo a seguir en nuestro sistema eléctrico. ARIÑO ORTIZ, G., y LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, L., “La planificación”, *Comentarios a la Constitución socioeconómica de España*, Comares, Granada, 2002, pp. 486-493.

### 3.1.1 Actividades, estructuración y agentes que definen, funciones de cada uno de ellos

Se establece el régimen jurídico para cada una de las actividades, las cuales serán retribuidas<sup>22</sup> con cargo a las tarifas y los peajes para las reguladas<sup>23</sup> (transporte, distribución y las de coordinación económica y técnica) y según los precios acordados para las liberalizadas (producción y comercialización). Todo ello se establecerá reglamentariamente basándose en criterios objetivos, transparentes y no discriminatorios en pro de la eficiencia económica y técnica, además de la calidad del suministro. Estas actividades venían siendo realizadas en su totalidad por las empresas eléctricas, pero a partir de ahora se les obliga a separarse jurídicamente<sup>24</sup>. Dichas actividades son:

– Producción: recogida en el título IV de la ley, en el artículo 21 se trata el tema de la autorización administrativa previa. “*La construcción, explotación, modificación sustancial y cierre de cada instalación de producción de energía eléctrica estará sometida al régimen de autorización administrativa previa*”. Existen dos formas de producción de energía eléctrica: régimen ordinario por el que se rigen la mayoría de las instalaciones y el régimen especial en el que se incluirán una serie de instalaciones que habrán de reunir unas características, tales como que la potencia instalada no supere los 50 MW, además de que se utilice como energía primaria alguna de las catalogadas como renovables no consumibles y que supongan un alto rendimiento energético.

---

<sup>22</sup> La retribución de cada una de ellas se realizará según se recoge en el artículo 16:

Para la actividad de producción se incorporarán los conceptos de:

– Precio marginal: correspondiente a la oferta realizada por la última unidad de producción cuya entrada en el sistema haya sido necesaria para atender la demanda de energía eléctrica.

– Garantía de potencia: que cada unidad de producción preste efectivamente al sistema.

– Servicios complementarios: de la producción de energía eléctrica necesarios para garantizar un suministro adecuado al consumidor, para los que se habrá de establecer reglamentariamente cuáles gozarán de esta consideración, así como su régimen retributivo.

Respecto a la función de transporte, su retribución se establecerá reglamentariamente y permitirá fijar la que le corresponde a cada sujeto atendiendo a los costes de inversión, operación y mantenimiento de las instalaciones, así como otros importes necesarios para desarrollar la actividad.

En la actividad de distribución la retribución también se fijará reglamentariamente, reconociéndosele a cada sujeto, además de los costes de inversión, operación y mantenimiento de las instalaciones, los de energía circulada, modelo que caracterice las zonas de distribución, los incentivos que correspondan por la calidad del suministro y la reducción de las pérdidas, así como otros gastos necesarios para desarrollar la actividad.

La retribución de la actividad de comercialización dependerá de si se trata de clientes a tarifa, para los que se realizará atendiendo a los costes derivados de las actividades que se estimen necesarias para suministrar energía a dichos consumidores, así como, en su caso, los asociados a programas de incentivación de la gestión de la demanda, o de si se trata de clientes cualificados, siendo en este caso cubiertos los costes de comercialización los que libremente se hayan pactado entre dichos clientes y los comercializadores.

Los costes permanentes de funcionamiento del sistema serán: costes en territorios insulares y extrapeninsulares, costes reconocidos al operador del sistema y al operador del mercado, costes de funcionamiento de la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico.

Para finalizar, indicar que también existen unos costes de diversificación y seguridad de abastecimiento y de que el régimen económico de los derechos por acometidas y demás actuaciones necesarias para atender los requerimientos de suministro de los usuarios se fijará reglamentariamente.

<sup>23</sup> Aunque hay que decir que las actividades de transporte y distribución se liberalizan a través de la generalización del acceso de terceros a las redes.

<sup>24</sup> A través del artículo 14 de la ley se indica que las sociedades mercantiles que desarrollen alguna de las actividades reguladas (recordemos: gestión económica y técnica del sistema, el transporte y la distribución) “*deben tener como objeto social exclusivo el desarrollo de las mismas sin que puedan, por tanto, realizar actividades de producción o de comercialización*”.

– Transporte: título VI, es una de las actividades reguladas, quedando excluida de la pretendida planificación indicativa<sup>25</sup> por la que se reconoce el derecho a la libre instalación y el principio de libre competencia<sup>26</sup>. Su funcionamiento será supervisado por el gestor de la red en alta tensión (REDESA), quien a su vez desempeñará las funciones de operador del sistema.

– Distribución: título VII, también actividad regulada, en la que se reconoce la libre iniciativa empresarial, aunque conviene matizarla, pues en realidad quedaba sometida a una acentuada intervención administrativa<sup>27</sup>.

– Comercialización: se basa en los principios de libertad de contratación y de elección de suministrador, estableciéndose un período transitorio de diez años para que el proceso de comercialización se desarrolle plenamente, diferenciándose, como ya se ha explicado, entre consumidores a tarifa y cualificados.

Estas actividades vendrán siendo desarrolladas por los diversos agentes intervinientes en el mercado, descritos en el artículo 9:

– Productores: son las personas físicas o jurídicas que generan energía eléctrica, y también se encargan de construir, operar y mantener las centrales de producción. Se recoge también la figura de los autoprodutores de energía eléctrica, que son aquellas personas físicas o jurídicas que generan electricidad fundamentalmente para su propio uso.

– Operador del mercado: sociedad mercantil<sup>28</sup> responsable de la gestión económica del sistema; asume el despacho de las ofertas de compra y venta de energía eléctrica, ejerciendo sus funciones bajo el respeto a los principios de transparencia, objetividad e independencia<sup>29</sup>. Dicho operador se encarga de ajustar, por un lado, el mercado organizado conocido como *pool* (que incluye tres tramos: el mercado diario, el mercado intradiario y el mercado de servicios complementarios<sup>30</sup>) y, por otro, la denominada

<sup>25</sup> Dicha planificación indicativa tendrá carácter estratégico, escudriñando su integración en la economía de mercado. Respecto a la transformación vivida en la planificación al cambiar de la Central Vinculante a la Planificación Estratégica, hemos seguido la teoría mostrada por ARIÑO y LÓPEZ DE CASTRO, quienes se muestran enérgicamente a favor de esta última, surgida a partir de la Ley 54/1997, como el modelo a seguir en nuestro sistema eléctrico. ARIÑO ORTIZ, G., y LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, L., "La planificación", cit., pp. 486-493.

<sup>26</sup> Tal y como se advierte en la exposición de motivos, en donde se establece que "*La planificación estatal, por último, queda restringida a las instalaciones de transporte, buscando así su imbricación en la planificación urbanística y en la ordenación del territorio*".

<sup>27</sup> En este mismo sentido se expresaba DE LA CRUZ FERRER al señalar respecto a la actividad de distribución que, con la nueva Ley 54/1997, se deshacía su sometimiento a la planificación, suprimiendo definitivamente una técnica que, sin embargo, había estado presente en la Ley de ordenación del sistema eléctrico nacional de 1994, pero matizando que, aunque la ley reconociese la libre iniciativa empresarial para el desarrollo de esta actividad de distribución, tendría que someterse a una intervención administrativa especialmente intensa y que no era otra que el régimen de autorización de instalaciones. DE LA CRUZ FERRER, J., "El debate sobre el régimen jurídico del tendido de redes de distribución y de su acceso y conexión a otras redes", *Revista de Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red (REDETI)*, Año n. 7, n. 20, 2004, pp. 18-19.

<sup>28</sup> Su capital social se divide en acciones o partes alícuotas de igual valor nominal. Sobre el particular CABALLERO SÁNCHEZ, R., "Las sociedades de infraestructuras estratégicas. El nacimiento de un modelo de compañía regulada al servicio del mercado", *Revista de Administración Pública*, n. 181, 2010, pp. 166 y ss.

<sup>29</sup> El 14 de noviembre de 2001, se firma en Madrid el *Protocolo de colaboración entre las Administraciones española y portuguesa para la creación del Mercado Ibérico de la Electricidad*. Se establece que el día 1 de enero de 2003 entrará en funcionamiento el *Mibel*, garantizando a todos los agentes establecidos en ambos países el acceso al Operador del Mercado Ibérico y a las interconexiones con terceros países, en condiciones de igualdad y libertad de contratación bilateral. ESPEJO MARÍN, C., "La electricidad en las relaciones España-Portugal", *Finistera: Revista Portuguesa de Geografía*, Vol. 39, n. 78, 2004, pp. 71 y ss.

<sup>30</sup> La diferenciación de cada uno de ellos se recoge en el preámbulo del Real decreto 2019/1997, de 26 de diciembre, de organización del Mercado de Producción de Energía Eléctrica: "*El mercado diario recoge las transacciones de compra y venta*

contratación bilateral física, quedando todo ello desarrollado reglamentariamente a través del Real decreto 2019/1997, de 26 de diciembre, de organización del mercado de producción de energía eléctrica<sup>31</sup>.

– Operador del sistema: sociedad mercantil responsable de la gestión técnica del sistema. Tendrá por objeto garantizar la continuidad y seguridad del suministro eléctrico y la correcta coordinación del sistema de producción y transporte. Ejercerá sus funciones en coordinación con el operador del mercado, bajo los principios de transparencia, objetividad e independencia.

– Transportista: el gestor de la red de transporte que se encarga del desarrollo y ampliación de la red de transporte en alta tensión. En 1985, basándose en la Ley 49/1984, de 26 de diciembre, se crea Red Eléctrica, quien hará desde entonces las funciones de transporte de electricidad y las de operador del sistema.

– Distribuidores: son sociedades mercantiles que tienen la función de distribuir energía eléctrica, así como construir, mantener y operar las instalaciones de distribución destinadas a situar la energía en los puntos de consumo y proceder a su venta a aquellos consumidores finales que adquieran la energía eléctrica a tarifa o a otros distribuidores que también adquieran la energía eléctrica a tarifa. La distribución será objeto de ordenación atendiendo a la necesaria coordinación de su funcionamiento, a la normativa uniforme que se requiera, a su retribución conjunta y a las competencias autonómicas.

– Los comercializadores: son aquellas personas jurídicas que, accediendo a las redes de transporte o distribución, tienen como función la venta de energía eléctrica a los consumidores que tengan la condición de cualificados o a otros sujetos del sistema.

### **3.1.2 Problemas derivados de esta ley: sistema referencial, problema de la competencia, déficit generado**

En términos generales podría afirmarse que esta ley consiguió bastantes de los objetivos para los que fue creada; sin embargo, no pocos fueron los problemas surgidos como consecuencia de la magnitud del cambio que supuso en el sector eléctrico el paso de un servicio público a la citada garantía de suministro, con la que se realizaba una apertura a la competencia.

Como ya hemos apuntado, con el Marco Legal Estable se realizaba una regulación integral por parte del Estado, fijando la tarifa de las empresas eléctricas y garantizándoles la recuperación de los costes de operación, inversión, mantenimiento y de combustible, todo ello en función de las cuantías reconocidas por el organismo

---

*correspondientes a la producción y al suministro de energía para el día siguiente, el mercado intradiario es el mercado que sirve como mecanismo de ajuste a la programación diaria y el mercado de servicios complementarios recoge las transacciones de aquellos servicios indispensables para asegurar el suministro de la energía en las condiciones de calidad, fiabilidad y seguridad necesarias".*

<sup>31</sup> Queda definido así en el texto que abre este Real decreto: "El operador del mercado tiene como misión la gestión económica del sistema. Ésta incluye la aceptación y casación de las ofertas y la realización de las operaciones de liquidación", posteriormente, se detallarán sus funciones y su composición en el capítulo V.

regulador<sup>32</sup>. Fueron quizás demasiadas funciones y frentes abiertos los que asumió el Estado, hecho que originó deficiencias y desembocó en una escasez de incentivos que bien hubieran podido favorecer la expansión en la capacidad de generación y distribución<sup>33</sup>, por lo que se decidió dar un giro de 180 grados en la forma de regulación y optar por una liberalización que favoreciera la eficiencia energética, la optimización de recursos y el abaratamiento de precios, asegurando siempre la seguridad en el suministro, la salubridad y la protección del medio ambiente<sup>34</sup>. La consecución de todos estos objetivos redundaría en beneficio de los consumidores; empero, no todo ha sido un camino de rosas, ya que se han producido situaciones y desajustes entre los ingresos y los costes del sistema que han llegado a poner en graves aprietos la sostenibilidad financiera del mercado eléctrico español y que a continuación pasamos a analizar de la forma más clarividente posible.

### 3.1.2.1 El tránsito del monopolio a la liberalización. Los costes de transición a la competencia

Una vez realizada la liberalización de la generación y el libre acceso de terceros a las redes de transporte y distribución, se procede a la separación contable de cada una de las actividades eléctricas (generación, transporte, distribución y comercialización) con el objetivo de evitar discriminaciones, subvenciones cruzadas y los falseamientos de la competencia, tal y como se establece en la Directiva 96/92/CE<sup>35</sup>, algo a lo que la Ley 54/1997 no solo se limitó a adoptar, sino que lo llevó más allá, exigiendo incluso establecer la separación jurídica entre las actividades reguladas y no reguladas<sup>36</sup>. A partir de ahora desaparecen las tarifas fijadas administrativamente por las que se aseguraba a las empresas generadoras de electricidad la recuperación de las inversiones realizadas, con lo que se abre la posibilidad de que el precio de la electricidad en el mercado no cubra la totalidad de los costes en que se incurre reconocidos por el organismo regulador. Por este motivo, se estableció en la disposición transitoria

regap



ESTUDIOS

<sup>32</sup> MORENO ROJAS, J., "La liberalización del sector eléctrico: los costes de transición a la competencia y su problemática contable", *Boletín AECA (Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas)*, n. 49, 1999, pp. 35-36.

<sup>33</sup> RODRÍGUEZ MONROY, C., "Evolución histórica reciente y situación actual del sector eléctrico español", *Cuadernos de Economía: Spanish Journal of Economics and Finance*, n. 70, 2002, p. 431.

<sup>34</sup> La protección medioambiental y su cada vez mayor salvaguarda y protección es una constante en todos los sectores de la actividad económica, jurídica y social, no constituyendo una excepción, por supuesto, en el ámbito energético. De ahí que quiera encomendarse su cumplimiento a los propios administrados. Véase en este sentido: GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ, F., "El Derecho de acceso a la información en materia medioambiental como técnica de protección integral del medio ambiente: aspectos más reseñables de su aplicación y potencialidades futuras a desarrollar", *Revista Internacional de Derecho Ambiental*, n. 8, 2014, pp. 133 y ss.

<sup>35</sup> Artículo 14.3: "Las empresas eléctricas integradas llevarán en su contabilidad interna cuentas separadas para sus actividades de generación, transmisión y distribución y, en su caso, de forma consolidada para otras actividades no eléctricas tal como se les exigirá si dichas actividades fueran realizadas por empresas distintas, a fin de evitar las discriminaciones, las subvenciones cruzadas y los falseamientos de la competencia. Incluirán un balance y una cuenta de resultados por cada actividad".

<sup>36</sup> Artículo 14: "Las sociedades mercantiles que desarrollen alguna o algunas de las actividades reguladas a que se refiere el apartado 2 del artículo 11 (esto es: transporte y distribución), deben tener como objeto social exclusivo el desarrollo de las mismas sin que puedan, por tanto, realizar actividades de producción o de comercialización, sin perjuicio de la posibilidad de venta a consumidores sometidos a tarifa reconocida a los distribuidores".

sexta de la LSE de 1997<sup>37</sup> una habilitación que permitiese a estas empresas recobrar lo que se denominó como *costes de transición a la competencia*, también conocidos como *costes varados*<sup>38</sup>.

Con este componente, las empresas de producción de electricidad se aseguraban una retribución fija y suplementaria al precio de comercialización. Lo cierto es que desfiguraban el funcionamiento del mercado *spot*, ya que, si el precio de generación resultaba superior a un nivel determinado (6 pesetas por kWh), se deducía del importe de los CTC que la empresa tuviera derecho a percibir. Además de esto, suponían un desincentivo para el desarrollo de los mercados a plazo (por estar reservado exclusivamente a los participantes del mercado *spot*) y un obstáculo de entrada para los nuevos oferentes por no poder recibir estos pagos<sup>39</sup>.

Finalmente, los CTC fueron suprimidos mediante el Real decreto-ley 7/2006, por estimar la Comisión Nacional de la Energía<sup>40</sup> que las empresas ya habían obtenido íntegramente la compensación prevista.

### 3.1.2.2 El déficit de tarifa

Este es sin duda alguna el caballo de batalla del sector eléctrico<sup>41</sup>. Se trata de un problema regulatorio de carácter estructural que consiste en que los ingresos recibidos mediante las tarifas fijadas por el Gobierno<sup>42</sup> y satisfechas por los consumidores resultan insuficientes para cubrir los costes del sistema.

<sup>37</sup> "Se reconoce la existencia de unos costes de transición al régimen de mercado competitivo, previsto en la presente ley, de las sociedades titulares de instalaciones de producción de energía eléctrica, que a 31 de diciembre de 1997 estuvieran incluidas en el ámbito de aplicación del Real decreto 1538/1987, de 11 de diciembre, sobre determinación de la tarifa de las empresas gestoras del servicio eléctrico, la percepción de una retribución fija, expresada en pesetas por kWh, que se calculará, en los términos que reglamentariamente se establezcan".

<sup>38</sup> Para una mejor aproximación del concepto, utilizaremos la definición que de este ha hecho Pedro Calero: "Los costes varados se definen como el exceso de valor (o parte no amortizada de los «costes históricos», que queda pendiente en la contabilidad de las empresas y que no se va a poder recuperar) de los activos sobre su valor de mercado. Sus causas son múltiples y complejas, pudiendo deberse entre otros factores a un cambio en la tecnología productiva, o tener su origen en un cambio en la regulación". CALERO PÉREZ, P., *Boletín Económico del ICE (Información Comercial Española)*, n. 2662, 2000, p. 25. En palabras de López Milla: "Se trata de costes que se habrían recuperado a través de los mecanismos previstos por el anterior marco regulador, pero sobre los que no existe ninguna garantía de recuperación en un entorno competitivo, ya que el precio de mercado puede no proporcionar suficientes ingresos". LÓPEZ MILLA, J., "Los Costes de Transición a la Competencia en el sector eléctrico español", *Revista Asturiana de Economía (RAE)*, n. 19, 2009, p. 131.

<sup>39</sup> BEATO BLANCO, P., "La liberalización del sector eléctrico en España ¿un proceso incompleto o frustrado?", *Información Comercial Española (ICE)*, n. 826, 2005, p. 265.

<sup>40</sup> Organismo Regulador que sustituyó a la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico y que fue creado por la disposición adicional undécima de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, y desarrollado por el Real decreto 1339/1999, de 31 de julio, que aprobó su reglamento. En 2013, la Comisión Nacional de Energía se integró en la [Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia](#) (CNMC).

<sup>41</sup> Según los datos de la CNMC, a fecha de 31 de diciembre de 2016, la deuda del sistema eléctrico asciende a 23.070,4 millones de euros, un 7,93% (casi 2.000 millones) inferior al importe total a fecha de 31 de diciembre de 2015 (25.056,5 millones de euros). En los últimos 3 ejercicios se ha reducido en 5.704 millones, desde el máximo histórico que se registró en 2013, con 28.771 millones de euros. De esta forma, el déficit ha bajado en 1.825 millones entre 2013 y 2014; 1.889 millones entre 2014 y 2015; y 1.990 millones entre 2015 y 2016. INF/DE/049/17: Informe sobre el estado actual de la deuda del sistema eléctrico a 31/12/2016.

<sup>42</sup> Componen los costes regulados de la electricidad: Precio de producción de la energía establecido trimestralmente en su-basta, transporte, distribución, primas a renovables e impuestos. A todo esto, hay que añadir el coste extra que suponen los sistemas insulares (Baleares y Canarias) y extrapeninsulares (Ceuta y Melilla).



En el año 2000 se produjo el primer déficit tarifario como consecuencia de un desajuste entre la previsión de ingresos y costes, hecho que se corrigió dos años después y que obligó al Gobierno a aprobar el Real decreto 1432/2002, de 27 de diciembre, con el objetivo de establecer una metodología para la determinación de la tarifa eléctrica media o de referencia, no pudiendo establecer un límite superior al 2% del IPC, el cual sería financiado en primera instancia por las empresas eléctricas, quienes lo recuperarían de forma lineal hasta el año 2010.

A partir del año 2005, el déficit de tarifa empezó a dispararse y a alcanzar valores insostenibles y que aún a fecha de hoy hacen peligrar no solo la situación financiera de las empresas del sector eléctrico, sino la sostenibilidad misma del sistema. A los motivos ya citados se les sumaron las polémicas subvenciones concedidas a las energías renovables. El hecho obligó al entonces Gobierno del PSOE a aprobar el Real decreto-ley 6/2009, de 30 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas en el sector energético y se aprueba el bono social. A través de esta norma se aprueba la constitución del Fondo de Titulización del Déficit del Sistema Eléctrico (FADE) y se establecen límites máximos con la finalidad de acotar el quebranto económico.

Con la intención de paliar las nefastas consecuencias que para España estaba teniendo la crisis global, se incorporan actuaciones en diversos sectores estratégicos de la economía española a través del Real decreto-ley 6/2010, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo<sup>43</sup>, y posteriormente mediante el Real decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre, por el que se establecen medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico, y, debido a una serie de circunstancias sobrevenidas<sup>44</sup> que tuvieron una incidencia directa sobre la previsión de deuda, no queda más remedio que aumentar los límites máximos establecidos en el Real decreto 6/2009. Con ello se buscaba contener los costes regulados, además de limitar las horas de funcionamiento con derecho a prima de las instalaciones fotovoltaicas.

Pese a que el propósito de estas medidas era evitar la ruina del sector, lo cierto es que el déficit real en los años 2009, 2010 y 2011 se situó muy por encima de los límites señalados inicialmente en el Real decreto 6/2009. Esto obligó a que la producción normativa continuara siendo abundante en los años siguientes<sup>45</sup>, pretendiendo una

<sup>43</sup> Las medidas que establecía este decreto en el ámbito del sector eléctrico iban principalmente encaminadas a impulsar las empresas de servicios energéticos, además del vehículo eléctrico y a facilitar el proceso de titulación del déficit de tarifa eléctrica.

<sup>44</sup> En el preámbulo del real decreto se hace referencia a ellas, siendo entre otras: la crisis global que estaba atravesando la economía española, la fuerte caída en la demanda de energía, unas favorables condiciones climatológicas que llevaron a una mayor producción eléctrica desde energías renovables o el aumento del precio de los combustibles en los mercados internacionales.

<sup>45</sup> Tales como:

- Real decreto 437/2010, de 9 de abril, por el que se desarrolla la regulación del proceso de titulación del déficit del sistema eléctrico, con el que en teoría se concluía este asunto normativo del FADE, pero que, actuando como antesala de la posterior emisión de deuda tarifaria, será modificado por:
- Real decreto 1307/2011, de 26 de septiembre, con el que se flexibiliza el procedimiento para llevar a cabo la emisión de instrumentos financieros de forma competitiva.
- Real decreto-ley 1/2012, de 27 de enero, por el que se procede a la suspensión de los procedimientos de preasignación de retribución y a la supresión de los incentivos económicos para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de cogeneración, fuentes de energía renovables y residuos.
- Real decreto-ley 20/2012, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

reducción o incluso supresión de regímenes económicos incentivadores para ciertas instalaciones de régimen especial y régimen ordinario, además de promover la disminución de costes<sup>46</sup>. Todo esto conllevará la imposición de medidas más restrictivas a través del Real decreto-ley 13/2012, de 30 de marzo, por el que se transponen directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas y en materia de comunicaciones electrónicas, y por el que se adoptan medidas para la corrección de las desviaciones por desajustes entre los costes e ingresos de los sectores eléctrico y gasista.

Siguieron publicándose diversas normas de carácter parcial<sup>47</sup> que se mostraron insuficientes para resolver el problema tarifario y poder reducir los límites de déficit, lo que puso de manifiesto la necesidad de realizar una reforma integral de la regulación energética, situación que terminó por ejecutarse con la aprobación de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, además de su desarrollo reglamentario.

### 3.2 Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del sector eléctrico

Una vez comenzada la andadura de la liberalización del mercado eléctrico a raíz de la ya mencionada Directiva 96/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de diciembre de 1996, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, por la que se fueron adaptando a sus premisas las diversas legislaciones de los Estados miembros y tras unos años de funcionamiento en los que se produjo la separación de actividades, el libre acceso de terceros a las redes, disociación de las empresas

<sup>46</sup> TARLEA JIMÉNEZ, R., y CODES CALATRAVA, J. M., "El sector eléctrico"; *Sectores Regulados: sector energético, sector del transporte y sector de las telecomunicaciones*, Dykinson, Madrid, 2014, pp. 30 y ss.

<sup>47</sup> Entre las que destacaremos:

– Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética: se regulan tres nuevos impuestos: el impuesto sobre el valor de la producción de la energía eléctrica, el impuesto sobre la producción de combustible nuclear gastado y residuos radiactivos resultantes de la generación de energía nucleoelectrónica y el impuesto sobre el almacenamiento de combustible nuclear gastado y residuos radiactivos en instalaciones centralizadas. Se suprimen las exenciones previstas para los productos energéticos utilizados en la producción de energía eléctrica y en la cogeneración de electricidad y calor útil.

– Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013: los costes insulares y extra-peninsulares de 2012 correrán a cargo de la tarifa eléctrica y no se financiarán con los presupuestos de 2013. El sistema eléctrico recibirá ingresos derivados de los tributos de la Ley 15/2012 de medidas fiscales y de las subastas de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero.

– Real decreto-ley 29/2012 de empleados del hogar y otras medidas de carácter económico y social: Se suprimieron los límites para el déficit de la tarifa eléctrica que el Real decreto-ley 14/2010 había fijado en 1.500 M€ en 2012 y cero a partir de 2013. Se corrige o suprime del régimen económico primado para las instalaciones de régimen especial (renovables, cogeneración y residuos) que incumplan las obligaciones requeridas para su inscripción definitiva en el registro de preasignación.

– Orden IET/221/2013, de 14 de febrero, del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, por la que se establecen los peajes de acceso a partir de 1 de enero de 2013 y las tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial.

– Real decreto-ley 2/2013, de 1 de febrero, de medidas urgentes en el sistema eléctrico y en el sector financiero: adopción de determinadas medidas urgentes de reducción de costes que eviten la asunción de un nuevo esfuerzo por parte de los consumidores, contribuyendo a que éstos, mediante el consumo y la inversión, puedan colaborar también en la recuperación económica.

– Real decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico: se habilita al Gobierno para aprobar un nuevo régimen jurídico y económico para las instalaciones de producción de energía eléctrica existentes a partir de fuentes de energía renovable, cogeneración y residuos. Se contemplan un conjunto de medidas en relación con el Fondo para la Titulización del Déficit del Sistema Eléctrico. Se prevé una disposición adicional relativa a la financiación con cargo a los Presupuestos Generales del Estado únicamente de parte del extracoste de generación eléctrica de los sistemas insulares y peninsulares. Se establecen determinadas medidas en relación con los pagos por capacidad. Se acomete la modificación del régimen de asunción del coste del bono social. Medidas relativas a la revisión de los peajes de acceso, a la creación del registro de autoconsumo y a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Modifica la Ley 38/1992, de 28 de diciembre, de impuestos especiales en relación con el impuesto especial sobre el carbón.

– Ley 22/2013 de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014: En la documentación anexa al proyecto de ley se incluyen partidas para financiar los costes del sistema eléctrico en 2014.

verticalmente integradas y la imposición de obligaciones de servicio público, de cara a garantizar un mercado competitivo de la electricidad, varias fueron las medidas que las instituciones comunitarias tuvieron que incentivar al comprobar las ventajas que suponía la completa implementación de un mercado interior de la electricidad<sup>48</sup>.

Con la intención de consolidar un mercado interior plenamente abierto, se deroga la Directiva de 1996, al publicarse la Directiva 2003/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, con la intención de eliminar aquellos obstáculos que impiden a los gestores de red –ya sean de transporte o de distribución– el acceso a esta en condiciones de igualdad, para lo cual se llevarán a cabo diversas modificaciones que consigan asegurar un funcionamiento eficaz y competitivo que permita mejorar la competencia<sup>49</sup>, además de fomentar la cooperación entre las autoridades reguladoras europeas. Pese a que muchas de las premisas de esta Directiva ya estaban recogidas en la Ley 54/1997, la transposición de la misma se realizó a través de la Ley 17/2007, de 4 de julio, del sector eléctrico. Con esta norma se reforma la configuración de la actividad de distribución, se incluyen expresamente las obligaciones de información y publicidad de cuentas de las empresas, se realiza una diferenciación en la red de transporte, en la que se introduce una separación entre transporte primario y secundario, se crea una unidad orgánica específica encargada de desarrollar las funciones de operador del sistema y gestor de las redes de transporte<sup>50</sup> y se crea la Oficina de Cambios de Suministrador.

Será en este mismo año 2007 cuando la Comisión Europea, a través de dos comunicaciones: “*Una política energética para Europa*” y “*Perspectivas del mercado interior del gas y de la electricidad*”, incida en la necesidad de alcanzar un auténtico mercado interior de la energía que esté integrado y pueda ser competitivo, en el que se garantice el suministro, se aumente el comercio transfronterizo, se produzca una mejora real de la eficiencia energética con una mayor presencia de las energías renovables y se respete el medioambiente mediante la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero<sup>51</sup>. Esto llevará a la aprobación del conocido como “*tercer paquete energético*”, concretándose en la Directiva 2009/72/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE, en la que, además

<sup>48</sup> MUÑOZ MACHADO, S., “Introducción al sector energético: regulación pública y libre competencia”, *Derecho de la Regulación*, tomo I, Iustel, Madrid, 2009, pp. 30-40.

<sup>49</sup> Teniendo en cuenta la creación del Mercado Ibérico de la Electricidad mediante el Convenio Internacional relativo a la constitución de un mercado ibérico de la energía eléctrica (MIBEL) entre el Reino de España y la República Portuguesa, hecho en Santiago de Compostela el 1 de octubre de 2004.

<sup>50</sup> Red Eléctrica de España, S.A., que mediante la Ley 17/2007 se convierte en el transportista único y operador del sistema eléctrico español (TSO).

<sup>51</sup> Idéntica política en lo que respecta al medio ambiente y la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero se ha llevado a cabo, también por impulso de la Unión Europea, en materia de residuos, lográndose resultados muy esperanzadores, que esperamos que se alcancen asimismo en el sector energético. GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ, F., “Los instrumentos integrantes de la política de residuos, son elementos indispensables, a la hora de ejecutar cuantas actuaciones se prevean en relación con los mismos: en particular, los planes y programas de gestión de residuos, los programas de prevención de residuos y las medidas de fomento de unos y otros”, *Comentarios sistemáticos a la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 131 y ss.

de las previsiones citadas, se propone una separación patrimonial en la actividad de transporte que garantice la independencia plena con respecto a los intereses de generación o suministro, aunque, de no hacerlo así, se exigirá a los Estados miembros la creación de gestores de redes o de gestores de transporte que sean independientes de los intereses de suministro y generación<sup>52</sup>. Finalmente, la transposición de esta Directiva 2009/72/CE será ejecutada con la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del sector eléctrico, en cuyo preámbulo se define el suministro de energía eléctrica como un *servicio de interés económico general*, concepto que está vinculado al derecho de la Unión Europea y que se integra en las diferentes formas de intervención que tiene la Administración pública en la actividad económica, actuando en el sector energético no como titular del servicio, como antaño sucedía, sino como regulador de este, al haberse consumado la liberalización, salvaguardando, eso sí, los intereses generales de los usuarios, en condiciones de calidad, regularidad y accesibilidad, con la finalidad de conseguir la armonización en los ámbitos económico, social y territorial<sup>53</sup>.

La Ley 24/2013, aunque deroga casi toda la Ley 54/1997, mantiene en vigor su disposición adicional vigésimo tercera, que determina la actual estructura societaria para el ejercicio de las actividades desarrolladas por Red Eléctrica.

### 3.2.1 Cambios estructurales y de funciones de los agentes

Una vez analizada en conjunto la Ley 24/2013 del sector eléctrico, se deduce una especial dedicación por parte del legislador en materias tales como la sostenibilidad económica y financiera del sistema eléctrico –motivado por el inadmisibles déficit de tarifa eléctrica–, la retribución de las actividades de producción, transporte y distribución, desajustes entre ingresos y costes del sistema, además de una novedosa regulación del autoconsumo. A continuación, se abordarán de manera sucinta estas y otras cuestiones.

La finalidad básica de esta ley es la de garantizar el suministro eléctrico con unos niveles aceptables de calidad y con el mínimo coste posible, buscando así obtener la máxima eficiencia, además de permitir un nivel de competencia efectiva en el sector eléctrico, todo ello dentro del principio de protección medioambiental. Se define el suministro de energía eléctrica como un servicio de interés económico general, distinguiéndose entre actividades realizadas en régimen de monopolio natural y otras en régimen de mercado.

<sup>52</sup> Con la intención de secundar o reforzar las medidas indicadas en esta Directiva 2009/72/CE se aprobaron dos reglamentos:

– Reglamento (CE) n. 713/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por el que se crea la Agencia de Cooperación de Reguladores de la energía: con este nuevo organismo se tratará de asegurar que las funciones que desempeñan las autoridades reguladoras nacionales sean de conformidad con la Directiva 2009/72/CE.

– Reglamento (CE) n. 714/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, relativo a las condiciones de acceso a la red para el comercio transfronterizo de electricidad y por el que se deroga el Reglamento (CE) n. 1228/2003, en el que la Red Europea de Gestores de Redes de Transporte (REGRT) de Electricidad avalará la gestión de la red de transporte de electricidad y promoverá el comercio transfronterizo en la Comunidad.

<sup>53</sup> GONZÁLEZ RÍOS, I., "La indefinición normativa del concepto de servicios de interés general y su ámbito material", *Servicios de interés general y protección de los usuarios: educación, sanidad, servicios sociales, vivienda, energía, transportes y comunicaciones electrónicas*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 25-27.

En la actividad de producción se suprime la diferenciación entre régimen ordinario y especial, evitándose de esta manera costes al sistema eléctrico, al no tener una retribución diferente y someterse a una regulación unificada. Eso sí, gozan de unas consideraciones singulares, tales como disfrutar de una retribución específica que les permita cubrir los costes y competir en condiciones de igualdad, establecer la garantía de que en este nuevo marco normativo se protegerán y fomentarán las inversiones en estas tecnologías (renovables, cogeneración y residuos), así como dejar abierta la posibilidad – con carácter excepcional – de disponer de nuevos regímenes retributivos que favorezcan la obtención de energía a partir de fuentes renovables<sup>54</sup>.

Otra de las novedades que se recogen en esta ley es la posibilidad de cierre provisional de las instalaciones de producción, para lo cual, y al igual que sucede con la apertura, transmisión y modificación de las mismas, debe someterse a las siguientes autorizaciones administrativas: autorización administrativa previa, autorización administrativa de construcción y autorización de explotación.

En cuanto al transporte y a la distribución, la idea es que se cubran sus gastos a través de los peajes de acceso, diferenciándose así de los cargos, los cuales irán destinados a sufragar los costes de las actividades del sistema que correspondan<sup>55</sup>. Respecto a esto y ya haciendo referencia al mercado eléctrico en su conjunto, se establece como novedad que el régimen jurídico del cobro y liquidación de los peajes, cargos, precios y retribuciones reguladas, es decir, las liquidaciones de ingresos y costes del sistema, se realicen mensualmente<sup>56</sup>. Se definen los conceptos de derecho de acceso y derecho de conexión a las redes<sup>57</sup>; también se incluye la definición de red de transporte aplicable a los territorios no peninsulares, así como las funciones que debe realizar el transportista. Quedan en manos del Estado todas las instalaciones de transporte primario, mientras que las de transporte secundario lo serán si en su ámbito de actuación superan el territorio de una Comunidad Autónoma, siendo este criterio fundamento de no pocos problemas de interpretación en cuanto al principio de territorialidad en lo que respecta a la autorización de las instalaciones de transporte

<sup>54</sup> Desarrollado a través del Real decreto 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos.

<sup>55</sup> Régimen retributivo específico de la actividad de generación a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración de alta eficiencia y residuos, retribución del extracoste de la actividad de producción en los sistemas eléctricos en los territorios no peninsulares con régimen retributivo adicional, retribución asociada a la aplicación de mecanismos de capacidad y anualidades correspondientes al déficit del sistema eléctrico, con sus correspondientes intereses y ajustes.

<sup>56</sup> Se realizarán según la Orden ETU/1282/2017, de 22 de diciembre, teniendo como objeto:  
a) Los peajes de acceso y los precios unitarios para la financiación de los pagos por capacidad de aplicación a los consumidores de energía eléctrica, así como los valores de los cargos asociados a los costes del sistema de aplicación a las modalidades de autoconsumo, a partir del 1 de enero de 2018.  
b) Las anualidades del desajuste de ingresos para 2018 y los costes definidos como cuotas con destinos específicos y extracoste de producción en los sistemas eléctricos en los territorios no peninsulares.

<sup>57</sup> Artículo 33. Acceso y conexión.  
1. A los efectos de esta ley se entenderá por:  
a) Derecho de acceso: derecho de uso de la red en unas condiciones legal o reglamentariamente determinadas.  
b) Derecho de conexión a un punto de la red: derecho de un sujeto a acoplarse eléctricamente a un punto concreto de la red de transporte existente o planificada o de distribución existente o incluida en los planes de inversión aprobados por la Administración general del Estado en unas condiciones determinadas.  
c) Permiso de acceso: aquél que se otorga para el uso de la red a la que se conecta la instalación.  
d) Permiso de conexión a un punto de la red: aquel que se otorga para poder conectar una instalación de producción de energía eléctrica o consumo a un punto concreto de la red de transporte o en su caso de distribución.

secundario y distribución, además de las pautas técnicas de tensión y potencia eléctrica en la autorización de las instalaciones de generación y transporte primario de energía eléctrica.

En lo tocante a la actividad de distribución exclusivamente, se introduce una definición más detallada que la expuesta en su predecesora Ley 17/2007<sup>58</sup>. Se esclarece también qué tipo de instalaciones son las que se dedican a esta actividad y cuáles quedan excluidas, indicando también una reducción en el alcance de las líneas directas, ya que solo podrán conectar a productores y consumidores que pertenezcan al mismo grupo empresarial. Los distribuidores de energía eléctrica tienen que estar inscritos en el Registro Administrativo de Distribuidores<sup>59</sup>, sin perjuicio de que las comunidades autónomas con competencias en la materia también puedan crear y gestionar sus propios registros territoriales.

Se sustituye la tarifa de último recurso (TUR) por el precio voluntario para el pequeño consumidor (PVPC)<sup>60</sup>, para aquellos consumidores a los que se fija por parte de la Administración un precio de la energía con una potencia contratada no superior a 10 kW y con el que se suprimen los Contratos de Electricidad para el Suministro del Último Recurso (subastas CESUR)<sup>61</sup>. Las tarifas de último recurso se reservan a dos grupos de consumidores: los denominados vulnerables –beneficiarios del denominado bono social<sup>62</sup>– y aquellos consumidores que, sin tener derecho a los precios

<sup>58</sup> Artículo 38: "La actividad de distribución de energía eléctrica es aquella que tiene por objeto la transmisión de energía eléctrica desde las redes de transporte, o en su caso desde otras redes de distribución o desde la generación conectada a la propia red de distribución, hasta los puntos de consumo u otras redes de distribución en las adecuadas condiciones de calidad con el fin último de suministrarla a los consumidores".

<sup>59</sup> Preceptuado en los artículos 182 a 187 del Real decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica.

<sup>60</sup> Serán únicos para todo el territorio español e incluirán los conceptos de coste de producción de energía eléctrica, los peajes de acceso y cargos que competen, además de los costes de comercialización que correspondan.

<sup>61</sup> El 20 de diciembre de 2013 se anuló el resultado de la 25 subasta CESUR, tal y como se sugiere en el informe de 7 de enero de 2014 de la CNMC, en previsión del artículo 14.3 de la Orden ITC/1659/2009, de 22 de junio, al mantener que existían argumentos que indicaban una insuficiente presión competitiva para la celebración de la subasta. Esto originará la desaparición de dichas subastas CESUR con el Real decreto 216/2014, de 28 de marzo, por el que se establece la metodología de cálculo de los precios voluntarios para el pequeño consumidor de energía eléctrica y su régimen jurídico de contratación, por el que se pasa de un modelo en el que el precio del coste estimado de la energía se fijaba *a priori* a través de un mecanismo con un precio de futuro, a un mecanismo en el que el consumidor abona el coste que ha tenido en el mercado la energía consumida en el periodo.

<sup>62</sup> Considerado obligación de servicio público de acuerdo con la citada Directiva 2009/72/CE, de 13 de julio de 2009, y que se aplicará a los consumidores vulnerables que cumplan con las características sociales, de consumo y poder adquisitivo que se establecen en el Real decreto 897/2017, de 6 de octubre, por el que se regula la figura del consumidor vulnerable, el bono social y otras medidas de protección para los consumidores domésticos de energía eléctrica, definiendo al consumidor vulnerable como el titular de un punto de suministro de electricidad en su vivienda habitual que, siendo persona física, esté acogido al precio voluntario para el pequeño consumidor (PVPC) y cumpla los requisitos establecidos en el artículo 3, lo que en definitiva viene a indicar que para ser beneficiario del mismo ha de incluirse en determinados umbrales de renta referenciados al Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM), en función del número de miembros que compongan la unidad familiar. Además de esto, se establece también un bono social de mayor cuantía para los consumidores vulnerables severos, que son definidos por referencia a umbrales de renta más bajos que los señalados con carácter general, debiendo ser soportada la diferencia por «las matrices de los grupos de sociedades que desarrollen la actividad de comercialización de energía eléctrica, o por las propias sociedades que así lo hagan si no forman parte de ningún grupo societario» y que a su vez es desarrollado por la Orden ETU/943/2017, de 6 de octubre, aunque posteriormente ha sido modificada por la Orden ETU/1282/2017, de 22 de diciembre. Sobre los requisitos para ser considerado consumidor vulnerable, conviene consultar la Resolución de 15 de noviembre 2017, de la Secretaría de Estado de Energía, por la que se pone en marcha la aplicación telemática que permite al comercializador de referencia comprobar que el solicitante del bono social cumple los requisitos para ser considerado consumidor vulnerable.



voluntarios para el pequeño consumidor, carezcan transitoriamente de un contrato de suministro con un comercializador.

En el apartado de comercialización se producen diversas novedades, entre ellas, el cambio de comercializadores de último recurso a comercializadores de referencia, los cuales se encargarán de cobrar a los consumidores el precio voluntario al pequeño consumidor (PVPC) y del bono social, en su caso. Se les reconoce el derecho a actuar como sujetos de mercado en la producción de electricidad. Hay que destacar también el hecho de que a partir de esta ley los comercializadores tienen que abonar el importe de los peajes a los distribuidores, bajo amenaza de sanción, con independencia de su cobro del consumidor final, con lo que deben atender sus obligaciones de pago frente al sistema eléctrico en los plazos que se establecen reglamentariamente<sup>63</sup>. Para finalizar, haremos uso de la clasificación realizada por Abel Estoa, al afirmar que los deberes de los comercializadores recogidos en el artículo 46.1 de la Ley 24/2013 se pueden clasificar en torno a tres grandes bloques: los relativos a los requisitos para el ejercicio de la actividad, obligaciones frente al sistema, administraciones y resto de sujetos y obligaciones respecto a los consumidores<sup>64</sup>; estas últimas se verán aumentadas respecto a la legislación anterior. Además de esto, hay que señalar la capacidad por parte de las administraciones *públicas de establecer inspecciones (acceder a cualquier local o instalación, verificar libros y registros, solicitar explicaciones sobre hechos o documentos), así como de imponer sanciones en caso de cometer alguna de las infracciones estipuladas (muy graves, graves, leves), no solo a los comercializadores, sino al resto de sujetos (productores, transportista, distribuidores, operador del mercado y operador del sistema) que intervienen en el mercado eléctrico.*

Respecto al operador del sistema y del mercado, pocas novedades hay. El [artículo 3.10](#) de la [Ley 24/2013](#) establece que, entre las competencias que corresponden a la Administración general del Estado, está la de regular los términos en que se ha de desarrollar la gestión económica y técnica del sistema eléctrico, aprobando las reglas de mercado y los procedimientos de operación de carácter instrumental y técnico necesarios. Según el punto 11 del artículo 14, la retribución de ambos operadores se establecerá de acuerdo con la metodología que determine el Gobierno en función de los servicios que efectivamente presten y será financiada con base en los precios que estos cobren a los agentes y sujetos del sistema, respectivamente.

Se regula por primera vez el autoconsumo<sup>65</sup>, entendiéndose por este el consumo de energía eléctrica proveniente de instalaciones de generación conectadas en el

<sup>63</sup> Real decreto 1048/2013, de 27 de diciembre, por el que se establece la metodología para el cálculo de la retribución de la actividad de distribución de energía eléctrica, Artículo 10.1 Retribución anual de la actividad de distribución: "*El Ministro de Industria, Energía y Turismo, previo acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, y a propuesta de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, establecerá anualmente la retribución reconocida a cada distribuidor por la actividad de distribución, que se calculará de acuerdo con lo dispuesto en el presente artículo.*"

<sup>64</sup> ESTOA PÉREZ, A., "La actividad de comercialización en la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del sector eléctrico", *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 98, enero-abril 2014, pp. 147-149.

<sup>65</sup> Calificada acertadamente esta regulación del autoconsumo por GONZÁLEZ RÍOS como "*poco rentable*" y "*altamente desincentivadora*", por el hecho de que se exige a los consumidores de dicho régimen de autoconsumo el abono de todos los costes y cargos del sistema en la misma manera en que lo realizan el resto de consumidores y porque, aparte de esto, se le impone el pago de un "peaje de respaldo" por la energía que ha consumido. Como colofón, un hipotético incumplimiento de dichas prescripciones implicaría el pago de sanciones que podrían llegar hasta los 60.000.000 de euros. GONZÁLEZ RÍOS,



interior de una red de un consumidor o a través de una línea directa de energía eléctrica asociadas a un consumidor. Se distinguen tres modalidades: de suministro, de producción y producción con autoconsumo de un consumidor conectado a través de una línea directa con una instalación de producción. Según el punto 4 del artículo 9, los consumidores acogidos a las modalidades de autoconsumo de energía eléctrica tendrán la obligación de inscribirse en el Registro Administrativo de Autoconsumo de Energía Eléctrica, creado a tal efecto en el Ministerio de Industria, Energía y Turismo. Asimismo, el Gobierno ha establecido las condiciones administrativas y técnicas para la conexión a la red de las instalaciones con autoconsumo mediante la Orden ETU/1976/2016, de 23 de diciembre, por la que se establecen los peajes de acceso de energía eléctrica para 2017.

### 3.2.2 Problemas afrontados y problemas que se mantienen

El principal empeño de esta Ley 24/2013 es el de eliminar el déficit estructural del sistema eléctrico. Para ello, tal y como se explica en la exposición de motivos, se pretende que a través de los ingresos se satisfagan la totalidad de los costes. Se establece que toda medida normativa que suponga un aumento de las tasas o una reducción de los beneficios debe incorporar a su vez una disminución o incremento equivalente, ya sea de los precios o de las retribuciones, según corresponda. Como ya se ha explicado, es el principal escollo al que se enfrenta este proceso de liberalización del mercado eléctrico, ya que se han alcanzado cotas de deuda totalmente inasumibles y que han puesto a prueba la estabilidad financiera del sistema, llegando a alcanzar un techo acumulado de casi 39.000 millones de euros en el año 2013, si bien es cierto que, en los últimos años, se está consiguiendo revertir la situación, al obtener un leve superávit de beneficios.

Otro tema importante es el de la planificación eléctrica, que ha de contar con la actuación de no pocas administraciones que, en uno u otro sentido, pueden detentar algún tipo de competencia o participación y a las que muchas veces se deduce de sus intervenciones una excesiva influencia por parte del Gobierno, lo que complica en gran medida su efectividad a la hora de establecer unas previsiones reales y efectivas en términos tanto de crecimiento como de consumo<sup>66</sup>. Según esto y observando el artículo 4.2 de la Ley 24/2013, se muestra el tratamiento a seguir por todas las administraciones participantes en el refrendo de la planificación eléctrica, pues advierte que será llevada a cabo por la Administración general del Estado, pero no ha de hacerle de espaldas a las comunidades autónomas, ya que deberá contar con la participación de estas, sin olvidar a las ciudades de Ceuta y Melilla. Aparte de esto, deriva imprescindible contar con el preceptivo informe emitido por la Comisión Nacional

---

I., "La incipiente regulación del autoconsumo de energía eléctrica: implicaciones energéticas, ambientales y urbanísticas", *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 99-100, 2014, p. 1646.

<sup>66</sup> Esta percepción es compartida por muchos de los profesionales que gozan de gran autoridad en el estudio del mercado eléctrico; entre ellos, hemos recogido, por ser del todo esclarecedoras, las opiniones de Pedro Mielgo acerca de la planificación en la nueva regulación eléctrica, cuando entre otras cosas afirma: "recurso a un lenguaje confuso y contradictorio, clara ampliación del ámbito de la potestad planificadora del gobierno, una definición de escenarios insuficiente que no contempla variables económicas esenciales...", *introducción de parámetros y criterios carentes de definiciones aceptadas en el mundo académico y económico...*; MIELGO ÁLVAREZ, P., "La planificación en la nueva regulación eléctrica", *Cuadernos de energía*, n. 42, julio 2014, pp. 27-28.

de los Mercados y la Competencia (CNMC) y encomendarlo al trámite de audiencia, antes de que dicho proyecto sea sometido en el Congreso de los Diputados según el procedimiento previsto en su reglamento, para que finalmente goce de la aprobación del Gobierno por un período de validez de seis años<sup>67</sup>.

En lo que respecta a la autorización de instalaciones de transporte, distribución, producción y líneas directas, incluidas en el artículo 53, resulta que a día de hoy no se ha elaborado el desarrollo reglamentario necesario para poder llevar a cabo la construcción de las instalaciones de transporte primario y secundario dependientes de la Administración general del Estado, por lo que habrá de estar a lo dispuesto en el título VII de *procedimientos de autorización de las instalaciones de producción, transporte y distribución* del Real decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica<sup>68</sup>. Lo cierto es que este Real decreto necesita ser actualizado en numerosos puntos que guardan relación con el urbanismo o el medio ambiente, al hacer referencia a disposiciones ya derogadas<sup>69</sup>, algo de lo que adolece la propia Ley 24/2013 en dicho artículo 53 de *Autorización de instalaciones de transporte, distribución, producción y líneas directas*, al establecer que, para los casos en que sea preceptiva, se tramitará junto con el procedimiento de autorización administrativa la declaración de impacto ambiental, para lo que habrá de estar (y cito textualmente) “a lo dispuesto en el Texto refundido de la Ley de evaluación de impacto ambiental de proyectos, aprobado por Real decreto legislativo 1/2008”. Resulta inconcebible dicha remisión cuando el citado texto refundido ha sido expresamente derogado por la disposición derogatoria única, derogación normativa de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental<sup>70</sup>.

Ante la importancia que la UE concede al hecho de conseguir un mercado interior de la electricidad completamente integrado, mediante la ya citada Directiva 2009/72/CE, además de los intercambios transfronterizos de electricidad fijados

<sup>67</sup> Se deduce de este precepto, una vez llegado el momento de coordinar el procedimiento planificador eléctrico con los planes de ordenación del territorio y la protección medioambiental, la irrefutable necesidad de acudir a los principios de cooperación y coordinación administrativa tanto en el ámbito de la normación como en el de la participación directa en comisiones, consejos o asociaciones, manifestándose particularmente comprometido en el objetivo presente al converger las competencias tanto de unos como de otros sobre una misma superficie o enclave zonal, por todo lo cual recaerá sobre los planes de ordenación del territorio la primigenia función formativa en lo que a planificación respecta, ya que estos, tal y como afirma el profesor GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ: “debido precisamente a su vocación integradora y omnicompreensiva de todas y cada una de las actividades que inciden sobre su ámbito territorial de actuación, contienen determinaciones y previsiones varias que las más de las veces –por no decir siempre– afectan e inciden en ámbitos físicos sobre los que también ejercen sus competencias otras administraciones públicas”. GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ, F., “Instrumentos de planificación territorial y urbanística versus zonas afectas a la defensa nacional: regulación y problemática jurídica”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, n. 203, 2003, p. 62.

<sup>68</sup> Y por el que se derogan –aunque manteniendo su estructura– el Decreto 2617/1966, de 20 de octubre, sobre autorización de instalaciones eléctricas, así como en el Decreto 2619/1966, de 20 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 10/1966, de 18 de marzo, sobre expropiación forzosa y sanciones en materia de instalaciones eléctricas.

<sup>69</sup> Como es la mención a la derogada Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones.

<sup>70</sup> Donde se recoge de manera palmaria, en su apartado 1.b, lo siguiente: “1. *Quedan derogadas todas las disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a la presente ley y, en particular, las siguientes: ... b) El Texto refundido de la Ley de evaluación de impacto ambiental de proyectos, aprobado por Real decreto legislativo 1/2008, de 11 de enero.*”

por el Reglamento (CE) n. 714/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009<sup>71</sup>, el legislador español ha seguido fomentando la cooperación y coordinación de estos intercambios transfronterizos no solamente con Portugal a través del Mercado Ibérico de la Electricidad (MIBEL), que genera multitud de beneficios económicos y de seguridad del suministro, además de fomentar la competencia y la eficiencia<sup>72</sup>, sino también con el resto de países con los que España tiene conexiones y códigos de red, para los que se ofrece un “*acceso efectivo y transparente a las redes de transporte a través de las fronteras*”, garantizando una planificación coordinada y previsor, necesiéndose para ello una evolución técnica adecuada del sistema, todo ello coordinado y supervisado por los gestores de las redes de transporte.

Otro de los principales problemas a los que hay que hacer frente es el de la *pobreza energética*, entendiéndose por esta la incapacidad que sufren millones de hogares para hacer frente al pago de la energía suficiente que les permita satisfacer sus necesidades domésticas, ya sea por ingresos insuficientes en la unidad familiar, por un elevado coste de la energía o por una escasa eficiencia energética de la vivienda<sup>73</sup>. Se trata de un problema que se extiende al ámbito internacional y del que las Naciones Unidas se han hecho eco al incluirlo en el punto número 7 “*Energía asequible y no contaminante*”, de los Objetivos de Desarrollo Sostenible<sup>74</sup>. En la Unión Europea han abordado este asunto a través de la Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE; y de la Directiva 2009/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 2003/55/CE. En ellas se insta a los Estados miembros a garantizar el suministro de energía necesario para los clientes vulnerables y a desarrollar planes de acción nacionales u otros marcos adecuados para luchar contra la pobreza energética<sup>75</sup>. Además de estas

<sup>71</sup> En su punto 1 establece: “*El mercado interior de la electricidad, que se ha ido implantando gradualmente desde 1999, tiene como finalidad dar una posibilidad real de elección a todos los consumidores de la Comunidad, sean ciudadanos o empresas, de crear nuevas oportunidades comerciales y de fomentar el comercio transfronterizo, a fin de conseguir mejoras de la eficiencia, precios competitivos, un aumento de la calidad del servicio y de contribuir a la seguridad del suministro y a la sostenibilidad*”.

<sup>72</sup> COSTA CAMPI, M. T., “Evolución del sector eléctrico español (1975-2015)”, *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*, n. 889-890, 2016, p. 152.

<sup>73</sup> No se debería asociar únicamente la vulnerabilidad con la asequibilidad del servicio, sino que hay que conjugarla con el principio de igualdad, en concreto la territorial, tal y como dice González Ríos, ya que se debe garantizar el acceso al servicio sin importar la zona geográfica en la que se encuentren los clientes. GONZÁLEZ RÍOS, I., “La protección del consumidor eléctrico y la lucha contra «la pobreza energética»: previsiones comunitarias e insuficiente regulación interna española”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 45, 2013, p. 600.

<sup>74</sup> Los objetivos que se pretenden en este Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo de aquí al 2030 son:

- Garantizar el acceso universal a servicios energéticos asequibles, fiables y modernos.
- Aumentar considerablemente la proporción de energía renovable en el conjunto de fuentes energéticas.
- Duplicar la tasa mundial de mejora de la eficiencia energética.
- Aumentar la cooperación internacional para facilitar el acceso a la investigación y la tecnología relativas a la energía limpia, incluidas las fuentes renovables, la eficiencia energética y las tecnologías avanzadas y menos contaminantes de combustibles fósiles, y promover la inversión en infraestructura energética y tecnologías limpias.
- Ampliar la infraestructura y mejorar la tecnología para prestar servicios energéticos modernos y sostenibles para todos en los países en desarrollo, en particular los países menos adelantados, los pequeños Estados insulares en desarrollo y los países en desarrollo sin litoral, en consonancia con sus respectivos programas de apoyo.

<sup>75</sup> Considerando 53 de la Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE: “*La pobreza energética es un problema cada vez mayor en la Comunidad. Los Estados miembros afectados que todavía no hayan tomado medidas al*

directivas, también hay que contar con el “*paquete de invierno de la Unión Europea*” (energía limpia para todos los europeos)<sup>76</sup>.

En España, con el Real decreto-ley 15/2018, de 5 de octubre, de medidas urgentes para la transición energética y la protección de los consumidores, se obliga al Gobierno a aprobar una estrategia conjunta contra la pobreza energética en cuya elaboración participen todos los sectores afectados: las comunidades autónomas y entidades locales, las asociaciones de consumidores, los representantes del tercer sector y las empresas energéticas, que finalmente crean la Estrategia Nacional contra la Pobreza Energética 2019-2024<sup>77</sup>.

## 4 Conclusiones

PRIMERA.– Con la integración de las extintas Comisión Nacional de la Energía (CNE) y Comisión Nacional de la Competencia (CNC), en la actual Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) se ha pretendido crear un “*súper regulador*” que tuviera una mayor independencia y poder de decisión en aspectos clave relacionados con la resolución de conflictos o la capacidad normativa. Sin embargo, con la Ley 24/2013, se han devuelto competencias al Gobierno y da la impresión de que se haya quitado protagonismo al regulador, dejándole en muchas situaciones dependiente de las decisiones que desde la Administración central se tomen.

SEGUNDA.– Pese a que la Ley 24/2013 del sector eléctrico ha sido creada con la intención de afirmarse como una norma diligente con vocación integradora, que incidiera en aquellos puntos o factores más necesarios para la mejora del sector eléctrico, lo cierto es que no ha conseguido realizar la reforma integral que el mercado necesita y sigue utilizando multitud de reglamentos y órdenes que la refuercen o complementen para ir parcheando los problemas que van surgiendo a modo de improvisación, en lugar de tener una correcta planificación a medio y largo plazo.

---

*respecto, deben desarrollar, en consecuencia, planes de acción nacionales u otros marcos adecuados para luchar contra la pobreza energética, con el fin de reducir el número de personas que padecen dicha situación. En cualquier caso, los Estados miembros deben garantizar el suministro de energía necesario para los clientes vulnerables”.*

<sup>76</sup> El paquete persigue tres objetivos principales: anteponer la eficiencia energética, lograr el liderazgo mundial en materia de energías renovables y ofrecer un trato justo a los consumidores.

<sup>77</sup> En la que se define al consumidor vulnerable del siguiente modo: “*es el consumidor de energía eléctrica o de usos térmicos que se encuentra en situación de pobreza energética, pudiendo ser beneficiario de las medidas de apoyo establecidas por las administraciones”.* Estrategia nacional contra la pobreza energética 2019-2024, p. 6.

Según esta estrategia nacional, la pobreza energética en España se mueve en una horquilla comprendida entre los 3,5 y los 8,1 millones de personas; además de esto, el 17,3% de la población española (8 millones de personas) declaró en 2017 un gasto energético desproporcionado frente a sus ingresos; en el lado opuesto, esto es, la “*pobreza energética escondida*” (“*es la situación en la que se encuentra un hogar en el que no pueden ser satisfechas las necesidades básicas de suministros de energía, como consecuencia de un nivel de ingresos insuficiente y que, en su caso, puede verse agravada por disponer de una vivienda ineficiente en energía*”) se refleja que el 11,5% de la población española (5,2 millones de personas) declaró un gasto anormalmente bajo en energía. Por la orografía tan diversificada que tiene España, además de las diferentes latitudes, existe una notable variedad climática, dándose la circunstancia de que el 26% de la población española (12 millones de personas) declaró la imposibilidad de mantener su vivienda en verano a una temperatura adecuada en 2017 y, por el contrario, el 8% de la población española (3,7 millones de personas) declaró la imposibilidad de mantener su vivienda en invierno a una temperatura adecuada en 2017. Pese a lo lamentable de la situación, se encuentra dentro de la media europea, manifestándose más intensamente en el sureste de Europa. Íbidem., pp. 40-62.

TERCERA.– Pese a que en España el régimen de liberalización energética lleva implantado más de 20 años, se detectan multitud de obstáculos que dificultan el desarrollo de la plena competencia, resaltando entre ellos la mayoritaria acogida que detenta el precio voluntario al pequeño consumidor (PVPC) en el mercado minorista doméstico, por lo que se necesitarán más cambios regulatorios que puedan incentivar al cliente a participar en el libre mercado.

CUARTA.– El lamentable déficit de tarifa energética ha provocado que el legislador se haya preocupado en ejercer un mayor control sobre las actividades reguladas que sobre las liberalizadas, lo que pone de manifiesto la necesidad de establecer un marco normativo que propicie el impulso idóneo para que la autorregulación avance en el sector privado.

QUINTA.– Aunque la ley recoge la figura del consumidor vulnerable como beneficiario del bono social y que dicha opción se ha desarrollado reglamentariamente, lo cierto es que en España hay una horquilla comprendida entre los 3,5 y los 8,1 millones de personas que se encuentran en una situación de pobreza energética que les impide satisfacer necesidades energéticas básicas, por lo que hay que destinar todos los esfuerzos y recursos posibles para conseguir que desaparezca tan dramática situación.

## Bibliografía

- ARIÑO ORTIZ, G., y LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, L., “La planificación”, *Comentarios a la Constitución socioeconómica de España*, Comares, Granada, 2002.
- BEATO BLANCO, P., “La liberalización del sector eléctrico en España ¿un proceso incompleto o frustrado?”, *Información Comercial Española (ICE)*, n. 826, 2005.
- CABALLERO SÁNCHEZ, R., “Las sociedades de infraestructuras estratégicas. El nacimiento de un modelo de compañía regulada al servicio del mercado”, *Revista de Administración Pública*, n. 181, 2010.
- CALERO PÉREZ, P., *Boletín Económico del ICE (Información Comercial Española)*, n. 2662, 2000.
- CISNEROS RUIZ, A. J., “La situación financiera del sector eléctrico español durante el marco legal estable (1988-1996)”, *Técnica Contable*, Vol. 52, n. 622, 2000.
- COSTA CAMPI, M. T., “Evolución del sector eléctrico español (1975-2015)”, *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*, n. 889-890, 2016.
- DE LA CRUZ FERRER, J., “El debate sobre el régimen jurídico del tendido de redes de distribución y de su acceso y conexión a otras redes”, *Revista de derecho de las telecomunicaciones e infraestructuras en red (REDETI)*, Año n. 7, n. 20, 2004.
- ESPEJO MARÍN, C., “La electricidad en las relaciones España-Portugal”, *Finisterra: Revista portuguesa de geografía*, Vol. 39, n. 78, 2004.
- ESTOA PÉREZ, A., “La actividad de comercialización en la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del sector eléctrico”, *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 98, enero-abril 2014.

- GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ, F., “Instrumentos de planificación territorial y urbanística versus zonas afectas a la defensa nacional: regulación y problemática jurídica”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, n. 203, 2003.
- GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ, F., “Los instrumentos integrantes de la política de residuos, son elementos indispensables, a la hora de ejecutar cuantas actuaciones se prevean en relación con los mismos: en particular, los planes y programas de gestión de residuos, los programas de prevención de residuos y las medidas de fomento de unos y otros”, *Comentarios sistemáticos a la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014.
- GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ, F., “El Derecho de acceso a la información en materia medioambiental como técnica de protección integral del medio ambiente: aspectos más reseñables de su aplicación y potencialidades futuras a desarrollar”, *Revista Internacional de Direito Ambiental*, n. 8, 2014.
- GONZÁLEZ RÍOS, I., “La protección del consumidor eléctrico y la lucha contra «la pobreza energética»: previsiones comunitarias e insuficiente regulación interna española”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 45, 2013.
- GONZÁLEZ RÍOS, I., “La incipiente regulación del autoconsumo de energía eléctrica: implicaciones energéticas, ambientales y urbanísticas”, *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 99-100, 2014.
- GONZÁLEZ RÍOS, I., “La indefinición normativa del concepto de servicios de interés general y su ámbito material”, *Servicios de interés general y protección de los usuarios: educación, sanidad, servicios sociales, vivienda, energía, transportes y comunicaciones electrónicas*, Dykinson, Madrid, 2018.
- GRIFELL I TATJÉ, E., y BLÁZQUEZ GÓMEZ, L., “Regulación de la Distribución Eléctrica en España: Análisis Económico de una Década, 1987-1997”, *Documents de Treball (Universitat Autònoma de Barcelona. Departament d’Economia de l’Empresa)*, n. 1, 2004.
- LEGUINA VILLA, J., “Instalaciones de líneas eléctricas y precariedad administrativa”, *Revista de Administración Pública*, n. 68, 1972.
- LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, L., “La nueva Ley 54/1997 del Sector Eléctrico”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n. 3, 1999.
- LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, L., “La nueva configuración jurídica del sector eléctrico tras la Ley 54/1997”, *Documentación Administrativa*, n. 256, 2000.
- LÓPEZ MILLA, J., “Los Costes de Transición a la Competencia en el sector eléctrico español”, *Revista Asturiana de Economía (RAE)*, n. 19, 2009.
- MIELGO ÁLVAREZ, P., “La planificación en la nueva regulación eléctrica”, *Cuadernos de energía*, n. 42, julio 2014.
- MORENO ROJAS, J., “La liberalización del sector eléctrico: los costes de transición a la competencia y su problemática contable”, *Boletín AECA (Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas)*, n. 49, 1999.
- MUÑOZ MACHADO, S., “Introducción al sector energético: regulación pública y libre competencia”, *Derecho de la Regulación*. Tomo I, Iustel, Madrid, 2009.

REE (Red Eléctrica de España), *El Marco Legal Estable. Economía del sector eléctrico español 1988-1997*, Alcobendas, 2006 (Versión electrónica en [www.ree.es](http://www.ree.es)).

RODRÍGUEZ MONROY, C., “Evolución histórica reciente y situación actual del sector eléctrico español”, *Cuadernos de Economía: Spanish Journal of Economics and Finance*, n. 70, 2002.

TARLEA JIMÉNEZ, R., y CODES CALATRAVA, J.M., “El sector eléctrico”, *Sectores Regulados: sector energético, sector del transporte y sector de las telecomunicaciones*, Dykinson, Madrid, 2014.



# Regap

Comentarios y crónicas

2



# Los retos de las nuevas formas de tratamiento de residuos en territorios inteligentes desde una perspectiva europea<sup>1</sup>

Os desafíos das novas formas de lidar com os resíduos nos territórios inteligentes sob uma perspectiva europea

The challenges of new forms of treating waste in smart territories from a European perspective



ROBERTA FERNANDES DE FARIA

Doctoranda en Derecho por la Universidad de Santiago de Compostela

Máster en Derecho Ambiental y abogada  
fariabeta@gmail.com

Recibido: 05/11/2019 | Aceptado: 19/12/2019

DOI: <https://doi.org/10.36402/10.36402/regap.v1i58.52>

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

**Resume:** Na intención de cumprir com os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da ONU, o goberno espanhol publicou, en decembro de 2017, o Plano Nacional de Territórios Inteligentes, apostando na sustentabilidade urbana e melhoria da calidade de vida dos cidadáos que nas cidades viven. A Administración Pública debe traballar na implementación de un novo modelo de gestión urbana para transformar suas cidades en territorios inteligentes e tratar os principais problemas das cidades tradicionais, incluíndo una nova forma de lidar com os resíduos urbanos e reinventar suas cadeias de suministro por meio de políticas públicas, regulamentos e incentivos.

**Palavras-chave:** Resíduos, cidades inteligentes, desenvolvemento sustentábel, meio ambiente.

**Resumen:** Con la intención de cumplir con los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la ONU, el Gobierno español hizo público, en diciembre de 2017, el Plan Nacional de Territorios Inteligentes, que apuesta por la sostenibilidad urbana y la mejora de la calidade de vida de los ciudadanos en las ciudades donde residen. La Administración pública debe traballar en la adopción de un nuevo modelo de gestión urbana para transformar sus ciudades en territorios inteligentes y afrontar los principales problemas de las ciudades tradicionales, incluíndo una nueva forma de tratamiento de residuos urbanos y la reinención de sus cadenas de suministro mediante políticas públicas, reglamentos e incentivos.

**Palabras clave:** Residuos, ciudades inteligentes, desarrollo sostenible, medio ambiente.

<sup>1</sup> Trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación: Instrumentos jurídicos para la lucha contra la despoblación en el ámbito rural (DESPORU), Ref.: RTI2018-099804-A-100. FEDER/Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, Agencia Estatal de Investigación. Gobierno de España.

**Abstract:** With the intention of meeting the UN Sustainable Development Goals, the Spanish government published, in December 2017, the National Plan of Intelligent Territories, focusing on urban sustainability and improving the quality of life of citizens living in cities. Public administration should work on implementing a new urban management model to transform its cities into smart territories and address the main problems of traditional cities, including a new way of dealing with urban waste and reinventing their supply chains through public policies, regulations, and incentives.

**Key words:** Waste, smart cities, sustainable development, environment.

**SUMARIO:** 1 Introducción. 2 Los territorios inteligentes. 2.1 El desarrollo sostenible de los territorios inteligentes. 3 Residuos. 3.1 Residuo como recurso. 3.2 Gestión eficiente de residuos. 3.2.1 Cuestiones políticas y legales. 3.2.2 La tecnología como facilitadora del servicio público de gestión de residuos urbanos. 4 Conclusión.

## 1 Introducción

El objetivo de una ciudad inteligente es la mejora de la calidad de vida de la población que vive en ella y el funcionamiento sostenible promovido por la Administración pública local. Teniendo en cuenta las diversas políticas de protección del medio ambiente, es necesario analizar el importante problema de la escasez de recursos naturales y el incremento de la generación de residuos sólidos urbanos, así como los problemas ocasionados por la falta de una gestión adecuada de los mismos.

La cuestión de los residuos es un problema que exige cambios significativos y este trabajo pretende que este tema, eminentemente urbano, pueda recibir un tratamiento adecuado, a partir de un enfoque interdisciplinario de la cuestión, así como de la recopilación de un resumen de las normas y políticas europeas vinculadas con el desarrollo sostenible de las ciudades y la gestión de los residuos sólidos urbanos.

En la Unión Europea, el tratamiento de enormes cantidades de residuos o, incluso, evitar que estos sean generados ha sido una de las tareas centrales de políticos y legisladores debido a las tendencias mundiales, la presión para conseguir un medio ambiente más equilibrado y para consolidar una nueva realidad socioambiental. La gestión de los residuos sólidos urbanos constituye un tema de preocupación para los agentes públicos, con impacto directo en la salud, en el medio ambiente y en la calidad de vida de los ciudadanos. Además, de acuerdo con un estudio de la Organización de las Naciones Unidas<sup>2</sup>, se estima que hasta el 50% de los presupuestos de las ciudades se destina a la recogida y tratamiento de residuos sólidos urbanos, lo que representa un elevado coste financiero y medioambiental.

De esta manera, se propone abordar las políticas y normas europeas relativas a los residuos en un contexto de desarrollo sostenible para ciudades inteligentes.

---

<sup>2</sup> UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME (UNEP) y UNITED NATIONS INSTITUTE FOR TRAINING AND RESEARCH (UNITAR), *Study Guidelines for National Waste Management Strategies: Moving from Challenges to Opportunities*. Disponible en: [http://cwm.unitar.org/national-profiles/publications/cw/wm/UNEP\\_UNITAR\\_NWMS\\_English.pdf](http://cwm.unitar.org/national-profiles/publications/cw/wm/UNEP_UNITAR_NWMS_English.pdf).

## 2 Los territorios inteligentes

Las ciudades necesitan gestionar sus obligaciones (preservación y mejora del medio ambiente, gobernanza, economía, movilidad, transporte, servicios públicos, etc.), que han sido administradas de forma “inteligente” mediante el uso de tecnologías e infraestructuras que mejoren la prestación de servicios. Los territorios inteligentes son necesarios para tratar los principales problemas de las ciudades tradicionales, como el tráfico intenso de vehículos, el importante flujo de residuos o la contaminación del aire, entre otros. Una ciudad inteligente, en resumen, implica la mejora de los índices de calidad de vida de los ciudadanos y de la gestión pública usando tecnologías emergentes y proyectos de soluciones urbanas, atrayendo inversiones y generando crecimiento económico, progreso social y prosperidad en la ciudad<sup>3</sup>. En conclusión, un territorio inteligente está relacionado con el desarrollo de un nuevo modelo de ciudad con una base tecnológica que propone soluciones para el sistema o para la mejora de la calidad de vida de los ciudadanos, conectando sociedad, política, sector privado y medio ambiente.

Además de los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de las Naciones Unidas, que son metas globales a alcanzar de aquí al año 2030, en cuyo desarrollo gobiernos, empresas y sociedad en general se encuentran comprometidos, una ciudad inteligente sigue las normas internacionales ISO 37.120 (modelo de referencia para indicadores de servicios y calidad de vida de las ciudades, reuniendo 17 áreas temáticas<sup>4</sup>) e ISO 18.091 (que facilita a los gobiernos locales directrices para conseguir la clasificación cualitativa de los servicios y procesos de la ciudad en 39 actividades esenciales<sup>5</sup>).

<sup>3</sup> REVISTA SMART CITIES. Disponible en: <http://smart-cities.pt/revista-smart-cities/>.

<sup>4</sup> 1. Economía; 2. Educación; 3. Energía; 4. Medio Ambiente; 5. Finanzas; 6. Incendios y respuestas a emergencias; 7. Gobierno; 8. Salud; 9. Ocio; 10. Seguridad; 11. Vivienda; 12. Gestión de residuos sólidos; 13. Telecomunicaciones e innovación; 14. Transporte; 15. Planificación urbana; 16. Aguas residuales; 17. Agua y saneamiento.

<sup>5</sup> Esa norma internacional promueve la adopción de medidas para el desarrollo, implantación y mejora continua de un sistema de gestión de la calidad para mejorar la satisfacción de los clientes a partir de sus necesidades. La norma aborda los siguientes aspectos:

Desarrollo institucional para un buen gobierno  
 Gobierno responsable, planificado y organizado con un sistema de gestión integrado de calidad;  
 Asociado, solidario y conectado;  
 Competencia y continuidad de los servicios públicos;  
 Implicación de la comunidad en las políticas públicas y programas;  
 Responsabilidad fiscal;  
 Promoción de la protección civil y servicios de emergencia;  
 Uso sistemático de las tecnologías de la información y comunicación (TIC);  
 Marco legal vigente y actualizado;  
 El Estado de derecho prevalece en el territorio del gobierno local;  
 Transparencia y acceso a informaciones con integridad y responsabilidad social;  
 Gestión financiera saludable;  
 Seguro y consciente de la seguridad.  
 Desarrollo económico sostenible  
 Promoción de alternativas económicas innovadoras;  
 Promoción de oportunidades de trabajo decente;  
 Responsabilidad de la seguridad alimentaria;  
 Promoción para la formación de puestos de trabajo;  
 Promoción del turismo;  
 Responsable de la movilidad sostenible, rutas de comunicación e interconexiones;  
 Promoción del desarrollo económico primario;  
 Promoción del desarrollo de la industria, comercio y servicios.

Ciudades con mejores indicadores de innovación, gestión pública, infraestructura, educación y sostenibilidad atraen más inversiones, empresas y negocios.

El impulso de un medio urbano optimizado es importante para la sostenibilidad de la economía y del medio ambiente, transformando el espacio urbano en un lugar innovador, funcional y eficiente. Según la Comisión Europea<sup>6</sup>, una ciudad inteligente va más allá del uso de tecnologías de la información y de la comunicación, incluyendo, además, redes de transporte urbano más inteligentes, instalaciones mejoradas de abastecimiento de agua y eliminación de residuos, y maneras más eficientes de iluminar y calentar edificios, además de una administración de la ciudad más interactiva y capaz de dar respuestas, espacios públicos más seguros y atención a las necesidades relacionadas con el envejecimiento de la población. El Plan Español de Territorios Inteligentes traza muy bien los objetivos de crear soluciones eficientes para el equilibrio medioambiental (uso racional de los recursos como el agua y la energía y el tratamiento de residuos) y para la mejora de los servicios públicos (educación, salud y transporte).

## 2.1 El desarrollo sostenible de los territorios inteligentes

La mayor parte de la población se concentra en las ciudades debido a la dinamización de las actividades económicas, a la mayor oferta de empleo e innovación. No obstante, es en las ciudades en donde existen más problemas ambientales con graves consecuencias para la calidad de vida de sus habitantes.

En el pasado, la preocupación de las ciudades se centraba en la inversión en infraestructuras de diversas escalas, como carreteras, servicios esenciales de agua, energía y saneamiento. Finalizado ese ciclo, cobró importancia la profundización en el conocimiento de los recursos territoriales existentes y la gestión de los mismos de manera más eficiente e integrada, promoviendo su adaptación frente a la creciente exposición de las dinámicas de la globalización y las presiones externas, y persiguiendo

---

Desarrollo social inclusivo  
Prestación de servicios públicos;  
Promoción de los deportes, ocio y desarrollo del sector social;  
Políticas sociales para incluir las necesidades de la población indígena;  
Promoción de la igualdad de género;  
Responsable de sectores de riesgo y vulnerables de la población;  
Promoción de la salud pública;  
Promoción de una educación básica de calidad;  
Promoción de una vivienda digna;  
Promoción de una educación cívica y de una cultura social responsable;  
Promoción de la preservación del patrimonio cultural e histórico;  
Responsabilidad en la lucha contra la pobreza.  
Desarrollo ambiental sostenible  
Cuidados relacionados con la calidad del aire;  
Limpieza y responsabilidad de los residuos;  
Cuidado con la imagen circundante;  
Cuidado y responsabilidad en relación con los recursos naturales;  
Sistema eficaz de gestión de tierras;  
Cuidado y responsabilidad del agua;  
Cuidados y responsabilidad del suelo;  
Promoción de la educación medioambiental;

<sup>6</sup> COMISIÓN EUROPEA. Disponible en: <http://ec.europa.eu/eip/smartcities/>.

un modelo de desarrollo territorial más sostenible. Así, surge la necesidad de un territorio sostenible, o sea, una ciudad que refuerce el modelo de desarrollo urbano que promueva la eficiencia de sus subsistemas (energía, movilidad, agua y residuos) y mejore la capacidad de respuesta frente a los riesgos e impactos, en particular, los relacionados con el cambio climático<sup>7</sup>. La tecnología ha transformado el mundo, el mercado e incluso la forma de gestión de las empresas y de las ciudades, lo que repercute, por consiguiente, en la calidad de vida de las personas<sup>8</sup>.

La búsqueda y creación de ciudades inteligentes y sostenibles es prioritaria en la agenda pública sobre planificación y gobernanza urbana, adquiriendo importancia una planificación sostenible de las ciudades para atraer inversiones e impulsar el desarrollo económico y social de las comunidades.

El 7.º Programa General de Acción de la Unión para 2020 en materia de Medio Ambiente, que orientará la política ambiental europea hasta 2020 (Decisión n. 1386/2013/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de noviembre de 2013<sup>9</sup>), tiene como octavo objetivo ayudar a las ciudades a volverse más sostenibles. Según datos de la Comisión Europea<sup>10</sup>, Europa está densamente poblada y, para 2020, el 80% de sus ciudadanos vivirán, probablemente, en una ciudad o próximos a una ciudad. De esta forma, las ciudades, la mayor parte de las veces, comparten un conjunto común de problemas, como baja calidad del aire, niveles elevados de ruido, emisiones de gases de efecto invernadero, escasez de agua y residuos, y, por este motivo, el plan europeo citado apoya y promueve la innovación y el intercambio de información relativa a las mejores prácticas en las ciudades con el objetivo de asegurar que, para 2020, la mayoría de las ciudades de la Unión Europea hayan puesto en práctica políticas para la planificación y proyecto urbano sostenibles.

Las ciudades pueden ser definidas como ecosistemas complejos en los cuales diferentes actores, con intereses diversos, son obligados a colaborar para garantizar un medio ambiente sostenible y una calidad de vida adecuada<sup>11</sup>. De esa manera, una ciudad inteligente sostenible puede ser considerada como una ciudad que usa tecnologías de la información y comunicación para aumentar la calidad de vida de sus habitantes, contribuyendo a un desarrollo sostenible.

La urbanización, en sí, crea un ecosistema urbano con características que alteran el equilibrio ambiental, como: una alta densidad demográfica; una relación desproporcionada entre medio ambiente construido y medio ambiente natural con una

<sup>7</sup> GOBIERNO PORTUGUÉS, *Resolución del Consejo de Ministros n. 61/2015 de 11 de agosto*. Disponible en: <https://dre.pt/application/file/69977523>.

<sup>8</sup> MACENA, J. P., "Municípios 4.0 aborda tecnologias que proporcionam melhorias em serviços públicos"; *Agência Sebrae de Notícias*, Alagoas, 2019. Disponible en: <http://www.al.agenciasebrae.com.br/sites/asn/uf/AL/municipios-40-aborda-tecnologias-que-proporcionam-melhorias-em-servicos-publicos,71a2d13eb23fc610VgnVCM1000004c00210aRCRD>.

<sup>9</sup> Decisión n. 1386/2013/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de noviembre de 2013, relativa al programa general de acción de la Unión en materia de medio ambiente hasta 2020 "Vivir bien, respetando los límites de nuestro planeta". Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32013D1386>.

<sup>10</sup> COMISIÓN EUROPEA, *7.º Programa General de Acción de la Unión en materia de Medio Ambiente hasta 2020: "Vivir bien, respetando los límites de nuestro planeta"*. Disponible en: <https://ec.europa.eu/environment/pubs/pdf/factsheets/7eap/es.pdf>.

<sup>11</sup> CAPDEVILA, J., y ZARLENGA, M. I., "Smart city or smart citizens? The Barcelona case", *Journal of Strategy and Management*, n. 8(3), 2015, pp. 266-282. Disponible en: [https://www.researchgate.net/publication/277180909\\_Smart\\_City\\_or\\_smart\\_citizens\\_The\\_Barcelona\\_case](https://www.researchgate.net/publication/277180909_Smart_City_or_smart_citizens_The_Barcelona_case).



significativa modificación de la diversidad biológica nativa; importación de energía para mantener el funcionamiento del sistema; un elevado número de residuos o contaminación del aire, entre otras<sup>12</sup>. La ONU<sup>13</sup> ya advirtió de la existencia de este problema, tanto que incluyó como metas de los ODS 11 (ciudades y comunidades sostenibles) temas intrínsecamente relacionados con la urbanización, como la gestión de residuos sólidos y el saneamiento, al objeto de reducir el impacto ambiental. En ese sentido, surge la preocupación gubernamental de reducir las aglomeraciones urbanas con la intención de minimizar los impactos negativos de esta intensa urbanización, como es el caso del Plan Nacional de Territorios Inteligentes del Gobierno español.

Constituirse como una ciudad sostenible inteligente requiere vencer algunos retos, dado que los impactos negativos de la urbanización y el consumismo desenfrenado sobreexplotan los recursos naturales finitos disponibles.

Los gobiernos municipales son agentes indispensables para la toma de decisiones y el logro de acuerdos medioambientales internacionales, dado que la implementación de dichos acuerdos se da frecuentemente en el ámbito urbano, y la forma de planificación y gobierno de las ciudades influye significativamente en la dimensión de los impactos directos e indirectos sobre el medio ambiente<sup>14</sup>. El Plan Nacional de Territorios Inteligentes establece que la prestación de servicios públicos debe resolver o anticiparse a problemas, pero eso no significa que su provisión implique la resolución del problema. Con una política mal proyectada, el problema no dejará de existir, aunque el servicio sea prestado perfectamente. Dicho texto legal especifica que no es suficiente evaluar si el servicio ha sido prestado o si ha seguido las normas y procedimientos estándar, sino que debe verificarse si el problema ha sido mitigado o si ha ayudado a mejorar, objetivamente, la calidad de vida de los ciudadanos beneficiados por la política o servicio público prestado.

La Unión Europea, en materia de medio ambiente urbano, incentiva a las ciudades a aplicar políticas de planificación y ordenación urbana sostenibles. Entre esas políticas, se incluyen cuestiones de movilidad urbana, de edificios sostenibles, de eficiencia energética y de conservación de la biodiversidad urbana<sup>15</sup>.

Es cierto que las zonas urbanas plantean retos específicos en materia de medio ambiente y salud humana, pero también ofrecen oportunidades para utilizar los recursos de forma más eficiente y, en este sentido, la Unión Europea incentiva a

<sup>12</sup> PHILIPPI, JR. A., y MALHEIROS, T. F., "Saneamento e saúde pública: integrando Homem e Ambiente", Alves, A. C., y Philippi, JR. A. (eds.), *Curso Interdisciplinar de Direito Ambiental*, Manole, São Paulo, 2005, p. 5.

<sup>13</sup> ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Disponible en: <http://www.agenda2030.org.br/ods/11/>.

<sup>14</sup> PUPPIM DE OLIVEIRA, J. A., "The implementation of climate change related policies at the subnational level: an analysis of three countries", *Habitat International*, Vol. 33, Ed. 3.ª, julio de 2009, pp. 253-259.

<sup>15</sup> COMISIÓN EUROPEA, *O reexame da aplicação da política ambiental 2019. Relatório Sobre Portugal*. Disponible en: [https://ec.europa.eu/environment/eir/pdf/report\\_pt\\_pt.pdf](https://ec.europa.eu/environment/eir/pdf/report_pt_pt.pdf), p. 28.

los ayuntamientos a volverse más sostenibles mediante iniciativas como el premio “Capital Verde Europea”<sup>16</sup>, el premio “Hoja Verde Europea”<sup>17</sup> y la herramienta “Ciudad Verde”<sup>18</sup>.

## 3 Residuos

### 3.1 Residuo como recurso

El Parlamento Europeo, en reciente ficha temática sobre la Unión Europea<sup>19</sup>, recordó que todos los productos tienen una base natural, siendo cierto que, si se mantienen los modelos actuales de uso de recursos, la degradación ambiental y la disminución de los recursos naturales continuarán avanzando, así como la generación de residuos. Europa consume gran cantidad de recursos naturales, poniendo en riesgo recursos escasos. La cuestión de un uso racional de los recursos naturales constituye una de las preocupaciones medioambientales incipientes que figuran en la base de los primeros tratados europeos y, actualmente, se imponen estrategias para la disminución de vertidos de residuos, estableciéndose objetivos de reciclaje y reaprovechamiento de los residuos con la intención de conseguir una Europa autosuficiente en materia de recursos. La Comunicación de la Comisión Europea (COM (2015) 614 final)<sup>20</sup> “Cerrar el círculo: un plan de acción de la Unión Europea para la economía circular”, de 2015, subrayó el compromiso y apoyo de la Unión Europea a la dinamización de la Economía Circular en Europa. Este paquete prevé propuestas legislativas revisadas (Propuesta sobre los residuos y un Plan de Acción para la Economía Circular), que confiere a la Comisión Europea un mandato concreto en ese sentido (producción, consumo, obtención responsable de materias primas primarias, gestión de residuos, conversión de residuos en recursos-materias primas secundarias, consumidores, innovación e inversión), previendo una mejora de la gestión de los residuos; aumento de las tasas de reciclado y disminución del depósito en vertederos.

De acuerdo con la Agencia Europea del Medio Ambiente<sup>21</sup>, el objetivo de la gestión eficiente de residuos europea comprendía, en el pasado, únicamente cuestiones sanitarias para reducir los daños a la salud humana; sin embargo, en la actualidad, la preocupación europea abarca igualmente el tratamiento de los residuos como un

<sup>16</sup> COMISIÓN EUROPEA, *Capital Verde Europea*. Disponible en: [https://ec.europa.eu/environment/europeangreencapital/index\\_en.htm](https://ec.europa.eu/environment/europeangreencapital/index_en.htm).

<sup>17</sup> COMISIÓN EUROPEA, *Premio Hoja Verde Europea*. Disponible en: <https://ec.europa.eu/environment/europeangreencapital/europeangreenleaf/>.

<sup>18</sup> COMISIÓN EUROPEA, *Herramienta Ciudad Verde*. Disponible en: <https://webgate.ec.europa.eu/greencity/tool/home/?lang=es>.

<sup>19</sup> PARLAMENTO EUROPEO, *La eficiencia en el uso de los recursos y la economía circular*. Disponible en: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/76/eficiencia-em-terminos-de-recursos-e-economia-circula>.

<sup>20</sup> COMISIÓN EUROPEA, *COM(2015) 614 final*. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52015DC0614&from=EN>.

<sup>21</sup> AGENCIA EUROPEA DEL MEDIO AMBIENTE, *Waste recycling, 2016*. Disponible en: <https://www.eea.europa.eu/data-and-maps/indicators/waste-recycling-1>.

recurso importante para reducir la captación de materiales finitos de la naturaleza. El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en su artículo 191, defiende que las políticas europeas en el ámbito del medio ambiente contribuirá a alcanzar un uso prudente y racional de los recursos naturales, ganando tanta importancia el tratamiento de los residuos como recurso que la Decisión 1386/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, en la publicación del 7.º Programa General de Acción en Materia de Medio Ambiente<sup>22</sup>, planteó como segundo objetivo temático prioritario “convertir a la Unión en una economía hipocarbónica, eficiente en el uso de los recursos, ecológica y competitiva”. La legislación ha avanzado en este sentido, hasta el punto de que la nueva Directiva 2018/851 del Parlamento Europeo y del Consejo (que modifica la Directiva 2008/98, relativa a los residuos), en sus consideraciones iniciales, dice lo siguiente: “La gestión de residuos en la Unión debe mejorarse y transformarse en una gestión sostenible de las materias primas con vistas a proteger, preservar y mejorar la calidad del medio ambiente, así como a proteger la salud humana, garantizar la utilización prudente, eficiente y racional de los recursos naturales”.

El objetivo de transformar residuos en recursos corresponde al desarrollo e implementación de políticas que ayuden a la transición de una economía lineal a una economía circular, basada en un modelo de desarrollo sostenible con el objetivo de garantizar que los residuos sean tratados como un recurso y, en ese sentido, la Directiva 2008/98, que orienta la política de Europa sobre los residuos, se basa en la jerarquía de residuos (artículo 4.º), que prioriza la prevención o reducción de residuos, seguida por la preparación para la reutilización, reciclado, otras valorizaciones y, finalmente, eliminación o depósito en vertederos, que es la opción menos deseable. La aplicación de la jerarquía citada tiene como consecuencia última una gestión más eficiente de los residuos<sup>23</sup>. En este panorama, se debe tener en cuenta la Hoja de ruta hacia una Europa eficiente en el uso de los recursos (COM(2011) 571), que contiene una sección sobre la conversión de los residuos en recursos y esto se centra en una optimización de la gestión de los residuos que permitirá utilizar mejor los recursos, desarrollando una combinación de políticas que ayuden a crear una economía de reciclaje completa.

## 3.2 Gestión eficiente de residuos

### 3.2.1 Cuestiones políticas y legales

Las ciudades son núcleos de atracción de recursos, humanos y financieros, aunque igualmente de producción de emisiones y de residuos. El PNUMA (Programa de las

<sup>22</sup> COMISIÓN EUROPEA, *7.º Programa General de Acción de la Unión Europea en materia de Medio Ambiente hasta 2020: “Vivir bien, respetando los límites de nuestro planeta”*. Disponible en: <https://ec.europa.eu/environment/pubs/pdf/factsheets/7eap/es.pdf>.

<sup>23</sup> DEPARTMENT FOR ENVIRONMENT, FOOD & RURAL AFFAIRS, *Guidance on applying the Waste Hierarchy*. Disponible en: [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/69403/pb13530-waste-hierarchy-guidance.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/69403/pb13530-waste-hierarchy-guidance.pdf).

Naciones Unidas para el Medio Ambiente)<sup>24</sup> establece que la mayoría de la población mundial vive en ciudades, que concentran el 75% del consumo de recursos naturales y el 50% de la producción de residuos a nivel mundial, siendo responsables del 60% al 80% de las emisiones de gases de efecto invernadero. No obstante, como ha sido referido anteriormente, las políticas de racionalización en el uso de recursos naturales tienen, en las ciudades, un gran potencial de éxito cuando existe una recogida y tratamiento de los residuos, al objeto de determinar diversas ganancias en la intensidad de uso de los recursos naturales<sup>25</sup>.

Una verdadera agenda de desarrollo sostenible de un gobierno inteligente debe, necesariamente, incluir una gestión adecuada de residuos. Para ello, es importante aclarar las características y tendencias globales de la región y, por consiguiente, las razones por las que esa gestión se convierte en una prioridad política y cuáles son los riesgos inherentes a la falta de acción en esta materia. Ese proceso debe estar marcado por un cambio de paradigma en el que la gestión de residuos sea un agente importante en la transición de una economía lineal a una circular y para el cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible establecidos en la Agenda 2030 y, más específicamente, los objetivos 11 y 12.

La Directiva marco sobre los residuos (2008/98 CE) fue modificada recientemente por cuatro directivas que establecen nuevas normas para el incremento de los niveles de reciclado de los residuos y la reducción del depósito en vertederos. Las nuevas normas están integradas en el paquete relativo a la Economía Circular<sup>26</sup>, publicado en 2015, y estipulan, en primer lugar, que el reciclado de residuos urbanos tendrá que aumentar, desde el 44% actual hasta el 55%, de aquí al 2025; hasta el 60%, de aquí al 2030, y hasta el 65%, para el 2035.

En esta línea, en mayo de 2016, los ministros de los Estados miembros de la Unión Europea responsables del desarrollo urbano se reunieron en Ámsterdam para adoptar la Agenda Urbana para la Unión Europea, designada como “Pacto de Ámsterdam”, donde, entre los 12 temas definidos como prioritarios, se destaca la economía circular, con el objetivo de promover la renovación y el reciclado de los materiales y de los productos mediante la adopción de políticas urbanas en el área de la gestión de residuos.

La política europea prioriza la problemática de los residuos urbanos, dado que su importancia medioambiental puede potenciar una gestión más eficiente de los recursos naturales, reduciendo los impactos ambientales asociados a su utilización. Además, los retos que plantea la gestión de los residuos sólidos urbanos<sup>27</sup> son de ni-

<sup>24</sup> ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (BRASIL). Disponible en: <https://nacoesunidas.org/ate-2050-serao-necessarios-tres-planetas-para-suprir-necessidades-da-populacao-mundial-alerta-onu/>.

<sup>25</sup> DIREÇÃO GERAL DO TERRITÓRIO, *Cidades Sustentáveis 2020*, DGT, Lisboa, 2015, p. 89. Disponible en: [http://www.dgterritorio.pt/ordenamento\\_e\\_cidades/cidades/cidades\\_sustentaveis\\_2020/](http://www.dgterritorio.pt/ordenamento_e_cidades/cidades/cidades_sustentaveis_2020/).

<sup>26</sup> COMISIÓN EUROPEA, *COM(2015) 614 final*, plan de acción de la UE para la economía circular.

<sup>27</sup> De acuerdo con la Directiva 2018/851 del Parlamento Europeo y del Consejo, por residuos municipales se entienden los residuos domésticos y los residuos procedentes de otras fuentes, como pueden ser el comercio minorista, la administración, el sector de la educación, los servicios sanitarios, el alojamiento y los servicios alimentarios, y otros servicios y actividades, que por su naturaleza y composición son similares a los residuos de origen doméstico. Por consiguiente, el concepto de residuos municipales incluye, por lo tanto, entre otros, los residuos procedentes del mantenimiento de parques y jardines, tales como las hojas, la hierba cortada y los restos de la poda de árboles, y los procedentes de servicios de limpieza de

vel diferenciado en relación con los demás tipos de residuos, como resultado de las cantidades producidas y de la dispersión territorial existente.

Es relevante considerar que una mejor aplicación de la legislación existente ya comportaría innumerables beneficios para una gestión eficiente de los residuos. Un estudio elaborado por la Comisión Europea<sup>28</sup>, en 2012, preveía que la aplicación total de la legislación de la Unión Europea relativa a los residuos redundaría en un ahorro de 72 mil millones de euros anuales, aumentaría en 42 mil millones de euros el volumen de negocios anual del sector del reciclado y de la gestión de residuos en Europa y crearía más de 400.000 nuevos puestos de trabajo hasta el 2020. Con una aplicación correcta, la legislación ambiental europea crea condiciones equitativas y oportunidades en el mercado único para inversiones sostenibles, además de beneficios para el medio ambiente. La ciencia jurídica y el derecho son importantes para concebir soluciones institucionales para las cuestiones urbanas en diálogo con las nuevas tecnologías. No obstante, no es suficiente la existencia de normas generales como las directivas europeas sobre residuos y políticas de metas a alcanzar sin un instrumento de regulación directa de dirección y control, basado en normas legales que respondan a la fórmula de coerción-sanción legal. Su importancia es fundamental en cuestiones ambientales, por ser la principal forma de intervención del Estado en el control de ciertos comportamientos o en el cumplimiento de obligaciones, encontrando la gobernanza en la gestión de residuos uno de sus principales pilares en los sistemas legales y en las normas que deben cumplir los generadores y gestores de residuos, así como en las multas aplicables a casos de no conformidad (consustanciando la aplicación del principio del contaminador-pagador).

En los servicios públicos, que son el elemento prioritario de una ciudad inteligente, la gestión inteligente de residuos constituye un factor clave fundamental para el desarrollo de la mejora de la calidad de vida de los ciudadanos; sin embargo, aún es un reto a superar en ciudades y comunidades que pretenden ser sostenibles e inclusivas para todos<sup>29</sup>. La gestión urbana de residuos necesita, obligatoriamente, una planificación, que no es más que la aplicación del principio de la prevención, principio clave de la ley ambiental que obliga a actuar con diligencia sobre las causas y fuentes de problemas ambientales, con el objetivo de evitar impactos negativos en el medio ambiente. La planificación requiere un análisis previo de las causas que podrían conducir a escenarios indeseados, así como la identificación de los aspectos que se deben tener en cuenta para la concreción de los objetivos definidos. En la gestión de residuos sólidos urbanos, los gobiernos de las ciudades inteligentes planifican de acuerdo con los cambios tecnológicos, con los cambios y conciencia de hábitos y consumo de los ciudadanos, lo que requiere el funcionamiento de un sistema inspirado en la economía

---

calles y mercados, como, por ejemplo, el contenido de las papeleras y los residuos de la barredura de calles, excepto materiales como arena, roca, fango o polvo.

<sup>28</sup> COMISIÓN EUROPEA, 7.º Programa General de Acción de la Unión Europea en materia de Medio Ambiente hasta 2020: "Vivir bien, respetando los límites de nuestro planeta". Disponible en: <https://ec.europa.eu/environment/pubs/pdf/factsheets/7eap/es.pdf>.

<sup>29</sup> KAZA, S., YAO, L. C., BHADA-TATA, P., y VAN WOERDEN, F., "What a Waste 2.0: A Global Snapshot of Solid Waste Management to 2050", *Urban Development*, Banco Mundial, Washington D. C., 2018. Disponible en: <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/30317>.

de recursos naturales y de bajo carbono. En este planteamiento, es importante conocer el tipo de residuos creados, las cantidades generadas y su distribución geográfica, el abanico de actores vinculados a la gestión, las tecnologías disponibles, etc.<sup>30</sup>.

### 3.2.2 La tecnología como facilitadora del servicio público de gestión de residuos urbanos

La gestión de residuos sólidos urbanos<sup>31</sup> es un servicio público que casi todo gobierno de una ciudad proporciona a sus habitantes. Aunque los niveles de servicio, los impactos y los costes ambientales varíen drásticamente, la gestión de residuos sólidos es sin duda el servicio municipal más importante y sirve como requisito previo de otras intervenciones municipales. En realidad, una ciudad que no consiga gestionar de forma eficaz sus residuos, es difícil que esté preparada para gestionar servicios más complejos, como la salud, la educación o el transporte<sup>32</sup>. En pocas palabras, podemos considerar que la gestión de los residuos sólidos urbanos constituye un conjunto de estrategias institucionales, legales y financieras capaz de orientar la organización del sector<sup>33</sup>.

La Directiva 2018/851 establece que la responsabilidad general de la recogida de los residuos urbanos es de los ayuntamientos (a pesar de ser posible un sistema de gestión de residuos en que esos servicios son contratados a operadores privados, o cualquier otro tipo de reparto de responsabilidades entre intervinientes públicos y privados). Ahora bien, la responsabilidad de la ejecución de sistemas de gestión de residuos sólidos, la mayoría de las veces, recae sobre los gobiernos municipales, que necesitan establecer ordenanzas y reglamentos locales para este fin. Los reglamentos locales cubren aspectos específicos de la gestión de residuos, incluida la separación en origen, tasas domésticas y comerciales, lugares de depósito o agencias responsables de la puesta en marcha de procesos de tratamiento de residuos y de iniciativas, entre otras<sup>34</sup>. Corresponde a la Administración pública de los ayuntamientos promover el saneamiento y limpieza pública de su ciudad, incluida la gestión de residuos sólidos urbanos, teniendo como base la ordenación territorial y el uso del suelo, pues todos los residuos recogidos deben tener un destino adecuado y no pueden ser depositados de forma irregular<sup>35</sup>.

<sup>30</sup> ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente: Perspectiva de la Gestión de Residuos en América Latina y el Caribe*, 2018, p. 127. Disponible en: [https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/26448/Residuos\\_LAC\\_ES.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/26448/Residuos_LAC_ES.pdf?sequence=1&isAllowed=y).

<sup>31</sup> Los residuos urbanos comprenden los residuos recogidos por las autoridades municipales o en su nombre, o directamente por el sector privado (empresas o instituciones privadas sin ánimo de lucro) no en nombre de los ayuntamientos.

<sup>32</sup> HOORNWEG, D., y BHADA-TATA, P., *“Qué desperdicio: una revisión global de la gestión de residuos sólidos”*, Serie de desarrollo urbano, n. 15, Washington D.C., Banco Mundial, 2012. Disponible en: <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/17388>.

<sup>33</sup> LIMA, J. D., *Gestão de resíduos sólidos urbanos no Brasil*, ABES, Rio de Janeiro, 2001, p. 267.

<sup>34</sup> KAZA, S., YAO, L. C., BHADA-TATA, P., y VAN WOERDEN, F., *“What a Waste 2.0: A Global Snapshot of Solid Waste Management to 2050”*, cit., p. 91.

<sup>35</sup> El residuo urbano depositado de forma irregular provoca efectos negativos en las ciudades, tales como sedimentación de ríos y arroyos, obstrucción de vías de escorrentía de aguas pluviales y las consecuentes inundaciones en épocas de lluvia, destrucción de zonas verdes, malos olores, proliferación de insectos y animales portadores de enfermedades. REZENDE,

Los gestores municipales de residuos sólidos son responsables de la tarea de retirar la “basura” producida, pero deben hacerlo de la manera más económica, social y medioambientalmente adecuada posible; sin embargo, es fundamental entender que residuo no es sinónimo de basura. Sin intención de agotar todos los contenidos relativos al tema, los residuos sólidos urbanos son restos de alimentos, envases desechados, objetos inservibles, etc., que, cuando son separados por tipos de materiales, son reaprovechados en la cadena de reutilización o reciclado, no correspondiéndoles la denominación de basura (que es todo lo que no puede ser reaprovechado) para aquello que sobra en el proceso de producción o de consumo. Comprender con claridad esta diferencia es lo que permite avanzar en la construcción de un nuevo paradigma que supere, incluso, el concepto de limpieza urbana<sup>36</sup>.

Es importante resaltar que el problema de los residuos no se refiere a la recogida y al lugar de depósito, pues, actualmente, los esfuerzos se centran en el desvío de residuos urbanos de vertederos, el reciclado y la valorización de los materiales recogidos. Cuando se trata de entender la importancia de esta gestión, debemos tener en mente que la gestión de los residuos urbanos comprende diferentes fases, desde la recogida y transporte hasta el tratamiento. La recogida es el factor clave para alcanzar una gestión eficiente de los residuos urbanos por dos razones: sus costes y su componente logística. La recogida de residuos sólidos urbanos es una actividad compleja y, en términos económicos, generalmente, es lo que consume más recursos en los sistemas de limpieza urbana de las ciudades<sup>37</sup>.

Una vez más, es importante comentar la Directiva 2018/851, por la que se modificó la Directiva 2008/98 (Directiva marco de residuos) en diversas materias relativas a residuos, incluidas modificaciones sobre la obligación de recogida selectiva de residuos urbanos en las fracciones “material” y de biorresiduos. Antes, como medio para asegurar la valorización de los residuos, la recogida selectiva de residuos era una recomendación, pero, con la modificación actual, la recogida selectiva pasó a ser una obligación. A pesar de ello, existen algunos escenarios, de naturaleza técnica, medioambiental y económica, en los que es admisible que se concedan excepciones a la obligación de recogida selectiva.

Los residuos sólidos urbanos recogidos pueden ser separados o mezclados, en función de las normativas locales. Mientras que la mayor parte de los residuos reciclados se recoge por separado, otra parte procede de la extracción de materiales reciclables de residuos municipales mezclados en plantas de tratamiento previo. Eso generalmente da como resultado materiales reciclados de menor calidad y puede aumentar el riesgo de contaminación de los ciclos de los materiales y del medio ambiente<sup>38</sup>. La

---

D. A., y CASTOR, B. V. J., *Planejamento estratégico municipal: empreendedorismo participativo nas cidades, prefeituras e organizações públicas*, Ed. 2.ª, Brasport, Rio de Janeiro, 2006.

<sup>36</sup> GRIMBERG, E., *A Política Nacional de Resíduos Sólidos: a responsabilidade das empresas e a inclusão social*, Instituto Pólis, São Paulo, 2004.

<sup>37</sup> ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente: Perspectiva de la Gestión de Residuos en América Latina y el Caribe*, 2018, p. 127. Disponible en: [https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/26448/Residuos\\_LAC\\_ES.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/26448/Residuos_LAC_ES.pdf?sequence=1&isAllowed=y).

<sup>38</sup> AGENCIA EUROPEA DEL MEDIO AMBIENTE, *Recycling of municipal waste*. Disponible en: <https://www.eea.europa.eu/airs/2018/resource-efficiency-and-low-carbon-economy/recycling-of-municipal-waste>.



separación de los residuos en origen puede añadir costes al proceso de recogida de la basura, pero, por otra parte, existen beneficios medioambientales y cumplimiento de objetivos y de la legislación europea para el sector de los residuos en materia de reciclado y depósito en vertederos.

Pero ¿cómo alcanzar las metas de sostenibilidad en el sector de los residuos? Es precisamente ahí donde actúan las tecnologías utilizadas por las ciudades inteligentes para el tratamiento y reciclado de los residuos urbanos. La tecnología ayuda a tener una visión sistémica del proceso, desde la prevención durante la fase de generación hasta la reutilización, pasando por la recogida, transporte y tratamiento más adecuado a cada tipo de residuo. Entre las soluciones más comúnmente empleadas, están los depósitos subterráneos con sensores que avisan cuando se está llegando al límite para que los residuos depositados sean retirados, la recogida selectiva, el reciclado y la transformación de los residuos orgánicos y del metano en energía (gas)<sup>39</sup>.

Un ejemplo de éxito del uso de la tecnología para la gestión de residuos urbanos es la ciudad de Santander. En Santander, la recogida selectiva de los residuos sólidos está automatizada. Los contenedores públicos avisan cuando se están llenos, evitando la recogida cuando aún no es necesaria. El proyecto, desarrollado en convenio con la Universidad de Cantabria, implica la implantación de una solución de tecnología que incluye sensores de volumen, humedad, olor y emisión de gases, entre otros, instalados en los contenedores, aplicaciones móviles para auxiliar en el trabajo de recogida y mantenimiento, permitiendo el conjunto de dichas infraestructuras el análisis en tiempo real de los datos obtenidos, siendo, hoy en día, la principal herramienta para la toma de decisiones de las empresas de gestión de residuos sólidos urbanos. Cabe destacar que la iniciativa tecnológica cuenta también con la participación activa de los ciudadanos, que, mediante una aplicación en el móvil, pueden identificar áreas que necesitan atención y limpieza y enviar avisos a los responsables de la gestión de los residuos urbanos. Este modelo automatizado de gestión de residuos proporciona beneficios medioambientales a la ciudad, pues reduce la emisión de gas carbónico a partir del ahorro de combustible obtenido con la optimización de las rutas de recogida, reduce los gastos en tiempo de trabajo (capital humano), motiva a los ciudadanos en relación con la separación de los residuos, con finalidad de reciclaje, y previene enfermedades transmitidas por vectores al evitar la saturación de los contenedores.

## 4 Conclusión

Los territorios inteligentes promueven la calidad de vida para los ciudadanos que viven en ellos con mejoras en los servicios públicos y el uso de tecnología. Una ciudad inteligente también se considera sostenible cuando reduce la producción de residuos, el consumo de recursos, favorece un uso más sostenible del agua, reduce la contaminación del aire y del agua, y mejora la movilidad urbana.

<sup>39</sup> BOUSKELA, M., CASSEB, M., BASSI, S., DE LUCA, C., y FACCHINA, M., *Caminho para as smart cities: Da gestão tradicional para a cidade inteligente*, Banco Interamericano de Desarrollo, Washington D.C., 2016, p. 93.

La Unión Europea depende de recursos materiales para casi todas sus actividades, pero la extracción de dichos recursos causa impactos significativos en el medio ambiente, así como en la economía, siendo cada vez más esencial reutilizar esos materiales, conservarlos durante períodos más largos, al objeto de reducir la necesidad de usar materiales vírgenes. Los territorios inteligentes deben incrementar la eficiencia del metabolismo urbano, asumiendo la prioridad de la reducción y valorización del residuo como un recurso, ampliando el marco de soluciones de reutilización, reciclado y valorización de los residuos urbanos.

La Agencia Europea del Medio Ambiente, en el Informe sobre Recursos y Gestión de Residuos<sup>40</sup>, publicado el 28 de octubre de 2019, revela que se está produciendo una evolución en Europa en el sentido de mejorar una ya ambiciosa política de residuos; sin embargo, la Unión Europea sigue perdiendo oportunidades para reutilizar recursos valiosos que se pierden debido a prácticas ineficientes de gestión de residuos.

Para convertir los residuos en recursos, los gobiernos de los territorios inteligentes necesitan aplicar íntegramente la legislación de la Unión Europea en materia de residuos, lo que incluye la jerarquía de los residuos, la necesidad de una recogida selectiva de estos, el cumplimiento de los objetivos de eliminación gradual del depósito en vertederos de residuos reciclables o recuperables. Corresponde, sin embargo, a las ciudades, introducir nuevos instrumentos políticos, en particular, instrumentos financieros, para promover la prevención y convertir el reciclado en asuntos económicamente más atractivos, mejorar y ampliar la recogida selectiva de residuos, implementar sistemas de pago en función de la producción de residuos (como el sistema PAYT, *pay as you throw*), así como servicios de recogida puerta a puerta<sup>41</sup>.

En este contexto, las políticas y los sistemas de gestión de residuos deben adoptar estrategias públicas adecuadas, con marcos regulatorios, utilización de tecnologías disponibles, y formas de educación y comunicación que contribuyan a la sostenibilidad.

## Bibliografía

- AGENCIA EUROPEA DE MEDIO AMBIENTE, *Resource efficiency and waste “Waste management”. Reducing loss of resources from waste management is key to strengthening the circular economy in Europe*. Disponible en: <https://www.eea.europa.eu/publications/reducing-loss-of-resources-from>.
- AGENCIA EUROPEA DE MEDIO AMBIENTE, *Waste recycling, 2016*. Disponible en: <https://www.eea.europa.eu/data-and-maps/indicators/waste-recycling-1>.
- AGENCIA EUROPEA DE MEDIO AMBIENTE, *Recycling of municipal waste*. Disponible en: <https://www.eea.europa.eu/airs/2018/resource-efficiency-and-low-carbon-economy/recycling-of-municipal-waste>.

<sup>40</sup> AGENCIA EUROPEA DE MEDIO AMBIENTE, *Resource efficiency and waste “Waste management”. Reducing loss of resources from waste management is key to strengthening the circular economy in Europe*. Disponible en: <https://www.eea.europa.eu/publications/reducing-loss-of-resources-from>.

<sup>41</sup> COMISIÓN EUROPEA, *O reexame da aplicação da política ambiental 2019. Relatório sobre Portugal*, p. 10. Disponible en: [https://ec.europa.eu/environment/eir/pdf/report\\_pt\\_pt.pdf](https://ec.europa.eu/environment/eir/pdf/report_pt_pt.pdf).

- BOUSKELA, M., CASSEB, M., BASSI, S., DE LUCA, C., y FACCHINA, M., *Caminho para as smart cities: Da gestão tradicional para a cidade inteligente*, Banco Interamericano de Desarrollo, Washington D.C., 2016.
- CAPDEVILA, J., y ZARLENGA, M. I., “Smart city or smart citizens? The Barcelona case”, *Journal of Strategy and Management*, n. 8(3), 2015. Disponible en: [https://www.researchgate.net/publication/277180909\\_Smart\\_City\\_or\\_smart\\_citizens\\_The\\_Barcelona\\_case](https://www.researchgate.net/publication/277180909_Smart_City_or_smart_citizens_The_Barcelona_case) ([Consultado en octubre de 2019](#)).
- COMISIÓN EUROPEA, *7.º Programa General de Acción de la Unión Europea en materia de Medio Ambiente hasta 2020: “Vivir bien, respetando los límites de nuestro planeta”*. Disponible en: <https://ec.europa.eu/environment/pubs/pdf/factsheets/7eap/es.pdf>.
- COMISIÓN EUROPEA. Disponible en: <http://ec.europa.eu/eip/smartcities/> ([Consultado en octubre de 2019](#)).
- COMISIÓN EUROPEA, *O reexame da aplicação da política ambiental 2019. Relatório sobre Portugal*. Disponible en: [https://ec.europa.eu/environment/eir/pdf/report\\_pt\\_pt.pdf](https://ec.europa.eu/environment/eir/pdf/report_pt_pt.pdf).
- COMISIÓN EUROPEA, *Capital Verde Europea*. Disponible en: [https://ec.europa.eu/environment/europeangreencapital/index\\_en.htm](https://ec.europa.eu/environment/europeangreencapital/index_en.htm).
- COMISIÓN EUROPEA, *Premio Hoja Verde Europea*. Disponible en: <https://ec.europa.eu/environment/europeangreencapital/europeangreenleaf/>.
- COMISIÓN EUROPEA, *Herramienta Ciudad Verde*. Disponible en: <https://webgate.ec.europa.eu/greencitytool/home/?lang=es>.
- COMISIÓN EUROPEA, *COM(2015) 614 final*. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52015DC0614&from=EN>.
- COMISIÓN EUROPEA, *O reexame da aplicação da política ambiental 2019. Relatório sobre Portugal*. Disponible en: [https://ec.europa.eu/environment/eir/pdf/report\\_pt\\_pt.pdf](https://ec.europa.eu/environment/eir/pdf/report_pt_pt.pdf).
- DEPARTMENT FOR ENVIRONMENT, FOOD & RURAL AFFAIRS, *Guidance on applying the Waste Hierarchy*. Disponible en: [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/69403/pb13530-waste-hierarchy-guidance.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/69403/pb13530-waste-hierarchy-guidance.pdf).
- DIREÇÃO GERAL DO TERRITÓRIO, *Cidades Sustentáveis 2020*, DGT, Lisboa, 2015. Disponible en: [http://www.dgterritorio.pt/ordenamento\\_e\\_cidades/cidades/cidades\\_sustentaveis\\_2020/](http://www.dgterritorio.pt/ordenamento_e_cidades/cidades/cidades_sustentaveis_2020/).
- GRIMBERG, E., *A Política Nacional de Resíduos Sólidos: a responsabilidade das empresas e a inclusão social*, Instituto Pólis, São Paulo, 2004.
- GOBIERNO PORTUGUÉS, *Resolución del Consejo de Ministros n. 61/2015 de 11 de agosto*. Disponible en: <https://dre.pt/application/file/69977523>.
- HOORNWEG, D., y BHADA-TATA, P., “Que desperdício: uma revisão global da gestão de resíduos sólidos”, *Série de Desenvolvimento Urbano*, n. 15, Washington D.C., Banco Mundial, 2012. Disponible en: <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/17388>.

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

- KAZA, S., YAO, L. C., BHADA-TATA, P., y VAN WOERDEN, F., “*What a Waste 2.0: A Global Snapshot of Solid Waste Management to 2050*”, *Urban Development*, Banco Mundial, Washington D.C., 2018. Disponible en: <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/30317>.
- LIMA, J. D., *Gestão de resíduos sólidos urbanos no Brasil*, ABES, Rio de Janeiro, 2001.
- MACENA, J. P., “Municípios 4.0 aborda tecnologias que proporcionam melhorias em serviços públicos”, *Agência Sebrae de Notícias*, Alagoas, 2019. Disponible en: <http://www.al.agenciasebrae.com.br/sites/asn/uf/AL/municipios-40-aborda-tecnologias-que-proporcionam-melhorias-em-servicos-publicos,71a2d13eb23fc610VgnVCM1000004c00210aRCRD> ([Consultado en octubre de 2019](#)).
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente: Perspectiva de la Gestión de Residuos en América Latina y el Caribe*, 2018. Disponible en: [https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/26448/Residuos\\_LAC\\_ES.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/26448/Residuos_LAC_ES.pdf?sequence=1&isAllowed=y).
- PARLAMENTO EUROPEO, *La eficiencia en el uso de los recursos y la economía circular*. Disponible en: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/76/eficiencia-em-terminos-de-recursos-e-economia-circular>.
- PHILIPPI, JR. A., y MALHEIROS, T. F., “Saneamento e saúde pública: integrando Homem e Ambiente”, Alves, A. C. e Philippi, JR. A. (eds.), *Curso Interdisciplinar de Direito Ambiental*, Manole, São Paulo, 2005.
- PUPPIM DE OLIVEIRA, J. A., “The implementation of climate change related policies at the subnational level: an analysis of three countries”, *Habitat International*, Vol. 33, Ed. 3ª, julio de 2009.
- REVISTA SMART CITIES. Disponible en: <http://smart-cities.pt/revista-smart-cities/> ([Consultado en octubre de 2019](#)).
- REZENDE, D. A., y CASTOR, B. V. J., *Planejamento estratégico municipal: empreendedorismo participativo nas cidades, prefeituras e organizações públicas*, Ed. 2ª, Brasport, Rio de Janeiro, 2006.
- UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME (UNEP) e UNITED NATIONS INSTITUTE FOR TRAINING AND RESEARCH (UNITAR), *Study Guidelines for National Waste Management Strategies: Moving from Challenges to Opportunities*. Disponible en: [http://cwm.unitar.org/national-profiles/publications/cw/wm/UNEP\\_UNITAR\\_NWMS\\_English.pdf](http://cwm.unitar.org/national-profiles/publications/cw/wm/UNEP_UNITAR_NWMS_English.pdf) ([Consultado en octubre de 2019](#)).

Protección de datos e elaboración de perfís: o novo artigo 58 bis da Lei orgánica 5/1985, do 19 de xuño, do réxime electoral xeral

## Protección de datos y elaboración de perfiles: el nuevo artículo 58 bis de la Ley orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general

Data protection and profiling: the new article 58 bis of the Organic Law 5/1985 of 19 June, on the General Electoral System

58 Regap

ANDONI POLO ROCA

Alumno de posgrado de la Universidad del País Vasco (UPV/EHU)  
andpoloro@gmail.com

Recibido: 22/10/2019 | Aceptado: 19/12/2019

DOI: <https://doi.org/10.36402/10.36402/regap.v1i58.46>

**Resumo:** A nova Lei orgánica 3/2018, do 5 de decembro, de protección de datos persoais e garantía dos dereitos dixitais, modificou a Lei orgánica 5/1985, do 19 de xuño, do réxime electoral xeral e introduciu un novo artigo: o artigo 58 bis, sobre a utilización de medios tecnolóxicos e datos persoais nas actividades electorais. Este novo precepto podería posibilitar a elaboración de perfís ideolóxicos da cidadanía a partir dos seus datos persoais, con fins electorais, que lles permitiría aos partidos políticos facer propaganda electoral personalizada. Un precepto que podería non ser acorde coa normativa comunitaria de protección de datos, especialmente co Regulamento xeral de protección de datos da Unión de 2016, ou co establecido polo TEDH, TXUE ou TC, e cuxa constitucionalidade foi resolta pola Sentenza 76/2019, do 22 de maio.

**Palabras clave:** Protección de datos, elaboración de perfís, RXP, LOREX, TXUE, TC.

**Resumen:** La nueva Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, modificó la Ley orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general e introdujo un nuevo artículo: el artículo 58 bis, sobre la utilización de medios tecnológicos y datos personales en las actividades electorales. Este nuevo precepto podría posibilitar la elaboración de perfiles ideológicos de la ciudadanía a partir de sus datos personales, con fines electorales, que permitiría a los partidos políticos hacer propaganda electoral personalizada. Un precepto que podría no ser acorde con la normativa comunitaria de protección de datos, especialmente con el Reglamento general de protección de datos de la Unión de 2016, o con lo establecido por el TEDH, TJUE o TC, y cuya constitucionalidad fue resuelta por la Sentencia 76/2019, de 22 de mayo.

**Palabras clave:** Protección de datos, elaboración de perfiles, RGPD, LOREG, TJUE, TC.

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

**Abstract:** The new Organic Law 3/2018, of December 5, on the Protection of Personal Data and Guarantee of Digital Rights has amended the Organic Law 5/1985 of 19 June, on the General Electoral System and has introduced a new article: Article 58 bis, on the use of technological means and personal data in electoral sphere. This new precept could enable the elaboration of ideological profiles of the citizenry from their personal data, for electoral purposes, which would allow the political parties to make personalized electoral propaganda. A provision that may not be in accordance with the European Union data protection regulations, especially with the EU General Data Protection Regulation of 2016, or with the case law of the ECHR, CJEU or Constitutional Court of Spain, and whose constitutionality was resolved by judgment 76/2019, from May 22.

**Key words:** Data protection, profiling, GDPR, OLGES, CJEU, Constitutional Court of Spain.

**SUMARIO:** 1 Introducción. 2 La protección de datos como derecho fundamental y la doctrina del TC. 3 La elaboración de perfiles en la LOPDCP de 1999 y la Directiva 95/46/CE de 1995. 4 La elaboración de perfiles en el RGPD de 2016. 5 La LOPDGDD de 2018 y el nuevo artículo 58 bis de la LOREG. 5.1 El nuevo artículo 58 bis de la LOREG desde el punto de vista material: "interés público esencial" y "medidas adecuadas y específicas" del RGPD. 5.2 El nuevo artículo 58 bis de la LOREG desde el punto de vista formal: reserva de ley. 5.3 El nuevo artículo 58 bis de la LOREG: algunas cuestiones sobre el fondo. 6 Síntesis de la Sentencia 76/2019, de 22 de mayo de 2019, del Tribunal Constitucional. 7 Conclusiones.

## 1 Introducción

Los constantes avances tecnológicos nos han hecho darnos cuenta de que el derecho a la protección de datos es extremadamente frágil frente a las nuevas tecnologías y que puede ser fácilmente vulnerado. Los casos *Facebook* o *WhatsApp*, o el caso *Cambridge Analytica* –compañía encargada de elaborar estrategias y útiles de comunicación, basándose en perfiles ideológicos de electores elaborados a partir de sus datos personales–, fueron un aviso de esta circunstancia y se toparon con una legislación sobre protección de datos anticuada que no fue capaz de prever la situación y no contemplaba recursos y medidas para hacerle frente a tal vulneración del derecho a la protección de datos.

Ante todos estos cambios, la Unión Europea (UE) se vio obligada en 2016 a elaborar una nueva normativa de protección de datos y aprobó el 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, RGDP)<sup>1</sup> para adaptarse a los nuevos retos. Ante esa situación, España, con una legislación ya anticuada a causa del nuevo reglamento, aprobó, a finales de 2018, una nueva ley: Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD).

La nueva ley ha querido renovar la legislación española en materia de protección de datos y garantizar, asimismo, los derechos digitales de la ciudadanía. Pero, además, esta nueva norma ha introducido, de una manera que ha pasado casi desapercibida, una modificación de la Ley orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general

<sup>1</sup> *Diario Oficial de la Unión Europea* n. 119, de 14 de mayo de 2016.

(LOREG), relativa a la elaboración de perfiles ideológicos de la ciudadanía con fines electorales que permitirá a los partidos hacer propaganda electoral personalizada.

Esta modificación que posibilita la elaboración de perfiles ideológicos, contra la que se interpuso un recurso de inconstitucionalidad<sup>2</sup> ante Tribunal Constitucional (TC) por el Defensor del Pueblo<sup>3</sup> y cuya constitucionalidad fue resuelta, poco después, por el TC en la Sentencia 76/2019, de 22 de mayo de 2019, podría vulnerar no solo el derecho a la protección de datos, sino otros derechos fundamentales, como el de libertad ideológica, participación política, etc. Por ello, el objeto de este trabajo es analizar dicho precepto que habilita a hacer uso de datos personales de la ciudadanía (gustos, aficiones, origen étnico o racial, convicciones religiosas o filosóficas, orientación sexual, afiliación sindical, vida sexual, etc.) para fines electorales no solo desde una posible vulneración del derecho a la protección de datos o de la Constitución española (CE) –lo que ha sido resuelto por el TC–, sino además como posible vulneración del RGPD, LOPDGDD o los criterios marcados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) o TC.

## 2 La protección de datos como derecho fundamental y la doctrina del TC

El derecho fundamental a la protección de datos lo encontramos en el artículo 18.4 de la CE, derecho que ha estado en constante desarrollo desde que en 1993 el TC incluyó el término “libertad informática” en su doctrina<sup>4</sup>. En 1998 el tribunal dejó claro que el artículo 18.4 incorpora un nuevo derecho fundamental dotándolo de plena autonomía respecto del derecho a la intimidad<sup>5</sup>, corroborando plenamente la doctrina acerca de la autonomía del derecho a la protección de datos<sup>6</sup>. Para el año 2000 el TC acabó de construir su doctrina en torno a este derecho fundamental, declarando que este derecho consagra “en sí mismo un derecho o libertad fundamental” y que cuando hablamos de protección de datos nos encontramos fuera de la intimidad, ya que el derecho a la protección de datos, aparte de proteger datos íntimos, también protege los que no lo son, si no, solamente quedarían amparados por el derecho a la

<sup>2</sup> Recurso de inconstitucionalidad n. 1405-2019, contra el artículo 58 bis 1 de la Ley orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general, incorporado a esta por la disposición final tercera, punto dos, de la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (BOE n. 64, de 15 de marzo de 2019, p. 25384). Admitido a trámite a principios de marzo de 2019: TC. Providencia de admisión, 12 de marzo de 2019, n. de asunto 1405-2019. Recurso de inconstitucionalidad promovido por el Defensor del Pueblo.

<sup>3</sup> Art. 162.1.a) de la CE, art. 32.1 de la Ley orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, y art. 29 de la Ley orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo.

<sup>4</sup> Cfr. STC 254/1993, de 20 de julio.

<sup>5</sup> SSTC 11/1998, de 13 de enero, FFJJ 4.º y 5.º; 33/1998, de 11 de febrero; 35/1998, de 11 de febrero; 45/1998, de 24 de febrero; 60/1998, de 16 de febrero; 77/1998, de 31 de marzo; 94/1998, de 4 de mayo; 104/1998, de 18 de mayo; 105/1998, de 18 de mayo; 106/1998, de 18 de mayo; 123/1998, de 15 de junio; 124/1998, de 15 de junio; 126/1998, de 15 de junio; 158/1998, de 13 de julio; 198/1998, de 13 de octubre; 223/1998, de 24 de noviembre; 30/1999, de 8 de marzo; 44/1999, de 22 de marzo, y 45/1999, de 22 de marzo.

<sup>6</sup> LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P.L., *El Derecho a la Autodeterminación Informativa. La Protección de los Datos Personales Frente al Uso de la Informática*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 23, y PÉREZ LUÑO, A.E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 37.



protección de datos aquellos datos de carácter personal que tuviesen una estrecha relación con la intimidad y vida personal, quedando fuera de ese amparo otros que no tuvieran esa relación<sup>7</sup>. Este derecho fundamental, además, a diferencia del derecho a la intimidad, atribuye a su titular un haz de facultades que consiste en su mayor parte en el poder jurídico de imponer a terceros la realización u omisión de determinados comportamientos cuya regulación concreta debe establecer la ley<sup>8</sup>.

En su jurisprudencia, el TC ha seguido hablado de “derecho a la protección de datos” o “derecho a la protección de los datos de carácter personal”, como derecho reconocido en el artículo 18.4 de la CE<sup>9</sup>, también de “libertad informática”, “como derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (*habeas data*) y que comprende, entre otros aspectos, la oposición del ciudadano a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquel legítimo que justificó su obtención”<sup>10</sup>. En palabras del tribunal, “la finalidad de este derecho fundamental es garantizar a la persona un poder de disposición sobre el uso y destino de sus datos con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado, garantizando a los individuos un poder de disposición sobre esos datos”<sup>11</sup>.

A este derecho que recoge el artículo 18.4 de la CE, asimismo, le ha dado un doble carácter el TC, según el cual este derecho fundamental no solo consagra un derecho fundamental autónomo a controlar el flujo de informaciones que conciernen a cada persona<sup>12</sup>, “sino también, como se desprende de su último inciso («para garantizar [...] el pleno ejercicio de sus derechos»), un derecho instrumental ordenado a la protección de otros derechos fundamentales, esto es, un instituto de garantía de los derechos a la intimidad y al honor y del pleno disfrute de los restantes derechos de los ciudadanos”<sup>13</sup>. Ejemplo de ello son las ya citadas sentencias del caso Renfe, entre otras, donde se reconoció el carácter instrumental del derecho fundamental reconocido en el artículo 18.4 CE para la garantía de la libertad sindical<sup>14</sup>, o con respecto a la libertad ideológica<sup>15</sup>.

El objetivo de este derecho es proteger los datos personales, pero ¿cuáles serán los que gozarán de esa tutela? Según el RGPD, serán datos personales “toda información sobre una persona física identificada o identificable”<sup>16</sup>, información que será

<sup>7</sup> STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 5.º

<sup>8</sup> STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 5.º

<sup>9</sup> STC 96/2012, de 7 de mayo, FJ 6.º

<sup>10</sup> STC 96/2012, de 7 de mayo, FJ 6.º

<sup>11</sup> STC 17/2013, de 31 de enero, FJ 4.º

<sup>12</sup> SSTC 11/1998, de 13 de enero, FJ 5.º; 96/2012, de 7 de mayo, FJ 6.º, y 151/2014, de 25 de septiembre, FJ 7.º

<sup>13</sup> STC 76/2019, de 22 de mayo de 2019, FJ 5.º

<sup>14</sup> SSTC 11/1998, de 13 de enero, FJ 5.º; 60/1998, de 16 de marzo, FJ 1.º; 124/1998, de 15 de junio, FJ 2.º; y 126/1998, de 15 de junio, FJ 2.º

<sup>15</sup> STC 76/2019, de 22 de mayo de 2019, FJ 5.º

<sup>16</sup> Art. 4, apartado 1, RGPD

cualquiera que sea numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica<sup>17</sup> o de cualquier otro tipo<sup>18</sup>. En cuanto al término persona física “identificable”, el reglamento ha establecido que esta será “toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona”.

Los datos personales objeto de tutela, por lo tanto, serán todos aquellos datos sobre una persona física identificada o identificable<sup>19</sup>, es decir, todos aquellos que identifican o permitan identificar a cualquier persona<sup>20</sup>, datos que, combinados, pueden crear un perfil de cada persona y ser usados con diversos fines: publicitarios, comerciales, electorales, etc. Por este motivo, la elaboración de perfiles es uno de los temas más sensibles y relevantes en la protección de datos.

### 3 La elaboración de perfiles en la LOPDCP de 1999 y la Directiva 95/46/CE de 1995

La elaboración de perfiles basada en un tratamiento automatizado de datos ya tuvo su referencia en normativas anteriores sobre protección de datos, en particular en dos: en la Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (LOPDCP), y en la directiva que esta traspuso, la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos<sup>21</sup>.

En este sentido, la LOPDCP, en el ámbito de la impugnación de valoraciones, en su artículo 13 reguló el derecho a impugnar las valoraciones que se basan en datos personales, posibilidad que facilitan los ficheros automatizados, al disponer de elementos suficientes que permiten elaborar o adoptar una decisión sobre una persona<sup>22</sup>. Por tanto, una vez realizada la valoración (por ejemplo, una vez efectuada la elaboración del perfil ideológico basado en datos personales u opiniones personales), el artículo 13 facultaba a la persona para impugnarla.

La LOPDCP, mediante ese artículo, recogía el derecho de la ciudadanía a “no verse sometidos a una decisión [...], sobre ellos o que les afecte de manera significativa, que se base únicamente en un tratamiento de datos destinados a evaluar determinados

<sup>17</sup> ARZOZ SANTIESTEBAN, X., *Videovigilancia, seguridad ciudadana y derechos fundamentales*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2010, p. 149.

<sup>18</sup> Art. 5.1, apartado f), del Real decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. BOE n. 17, de 19/01/2008.

<sup>19</sup> Art. 4, apartado 1, RGPD.

<sup>20</sup> STEDH 27798/1995, de 16 de febrero de 2000, Amann contra Suiza, ap. 65; y STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 6.º También SAN de 24 de enero de 2003, n. rec. 400/2001, FJ 5.º

<sup>21</sup> *Diario Oficial de la Unión Europea* n. 281, de 23 de noviembre de 1995.

<sup>22</sup> REBOLLO DELGADO, L., y SERRANO PÉREZ, M. M., *Manual de Protección de Datos*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 209 y 210.



aspectos de su personalidad”. Es decir, el derecho a no verse sometidos a una decisión basada en datos personales y que “prejuzgue” aspectos de su personalidad<sup>23</sup>. Ese precepto fue una copia literal del artículo 15 (decisiones individuales automatizadas) de la Directiva 95/46/CE (más que transponer, fue una simple copia de la normativa europea).

Esos “aspectos de la personalidad” que mencionaba la LOPDCP los recogió el Real decreto 1720/2007, que desarrolló la LOPDCP<sup>24</sup>, y dicha norma aludía como “aspectos de personalidad basados en un tratamiento de datos” a “rendimiento laboral, crédito, fiabilidad o conducta”<sup>25</sup>, enumeración que no hemos de entender limitada<sup>26</sup>, pudiendo tener en cuenta cualquier otro aspecto de la persona que pueda servir para conformar un perfil de su personalidad<sup>27</sup>.

El precepto de dicha norma también fue una copia del artículo 15 de la Directiva 95/46/CE; sin embargo, en la redacción literal del real decreto encontramos “rendimiento laboral, crédito, fiabilidad o conducta” y en la de la Directiva, “rendimiento laboral, crédito, fiabilidad, conducta, etc.”. Esta distinción entre una lista que parece cerrada y una abierta carece de importancia, porque, como hemos mencionado, la del real decreto debemos considerarla también una lista abierta; en caso contrario, no recogería el espíritu del precepto de la directiva y dejaría fuera aspectos de la personalidad que sí lo serían *de facto*, pero no *de iure*.

El Real decreto 1720/2007 recogió como excepción lo mismo que recoge el actual RGPD, que, pese a la prohibición de verse sometidos a esa decisión basada en datos destinados a evaluar aspectos de su personalidad, sí que podremos encontrarnos ante esta situación cuando una norma con rango de ley así lo establezca<sup>28</sup>.

Esto nos es de interés porque la LOPDGDD de 2018 no ha recogido de forma expresa el contenido del artículo 13 de la LOPDCP de 1999 (artículo 15 de la Directiva 95/46/CE), al mismo tiempo que ha introducido el nuevo artículo 58 bis en la LOREG, seguramente porque, a diferencia de las directivas, los reglamentos tienen alcance general y son obligatorios en todos sus elementos y directamente aplicables en cada Estado miembro<sup>29</sup>, pero, habiendo introducido ese nuevo artículo en la LOREG, quizá hubiese sido mejor si el legislador le hubiese hecho una pequeña referencia a lo que recoge el RGPD de 2016, sin hacer una copia literal, ya que es directamente aplicable.

<sup>23</sup> REBOLLO DELGADO, L., y SERRANO PÉREZ, M. M., *Manual de Protección de Datos*, cit., p. 210.

<sup>24</sup> Real decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

<sup>25</sup> Art. 36.1 del Real decreto 1720/2007, de 21 de diciembre.

<sup>26</sup> REBOLLO DELGADO, L., y SERRANO PÉREZ, M. M., *Manual de Protección de Datos*, cit., p. 210.

<sup>27</sup> TRONCOSO REIGADA, A., *Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, Civitas, Madrid, 2010, p. 1.132. También “estabilidad emocional, tolerancia a la frustración, sensibilidad ante determinadas realidades de la sociedad actual, etc.”.

<sup>28</sup> Art. 36.2.b del Real decreto 1720/2007, de 21 de diciembre.

<sup>29</sup> Art. 288 TFUE.

## 4 La elaboración de perfiles en el RGPD de 2016

El Reglamento general de protección de datos (RGDP), que renovó la normativa comunitaria en materia de protección de datos, prohíbe el tratamiento de datos personales que revelen las opiniones políticas<sup>30</sup>, en su artículo 9.1, pero, en su segundo apartado, el artículo 9 recoge diez circunstancias (diez excepciones) en las que no regirá esa prohibición [letras a) a j)]. Algunas de ellas tienen una aplicación limitada a un ámbito concreto (laboral, social, asociativo, sanitario, judicial, etc.) o responden a una finalidad determinada, por lo que, en sí mismas, delimitan los tratamientos específicos que autorizan como excepción a la regla general del artículo 9.1 del RGPD. Algunas circunstancias, además, están condicionadas a que el derecho de la Unión o el de los Estados miembros lo prevean y regulen expresamente en su ámbito de competencias. Asimismo, el propio RGPD recoge, en su considerando n. 10, que reconoce también un margen de maniobra para que los Estados miembros especifiquen sus normas, inclusive para el tratamiento de categorías especiales de datos personales («datos sensibles»).

La primera circunstancia habilitante para el tratamiento de los datos personales especialmente protegidos, tal como recoge el apartado a) del artículo 9.2 del RGPD, consiste en el consentimiento explícito del interesado: “cuando el interesado dé su consentimiento explícito para el tratamiento de dichos datos personales con uno o más de los fines especificados”<sup>31</sup>. Pero el legislador español ha excluido plenamente la eficacia habilitante del consentimiento del afectado: “el solo consentimiento del afectado no bastará para levantar la prohibición del tratamiento de datos cuya finalidad principal sea identificar su ideología, afiliación sindical, religión, orientación sexual, creencias u origen racial o étnico”<sup>32</sup>. Además, el legislador ha establecido que para las circunstancias de las letras g), h) e i) del artículo 9.2 del RGPD deberán estar amparados en una norma con rango de ley, que podrá establecer requisitos adicionales relativos a su seguridad y confidencialidad<sup>33</sup>.

Entre esas circunstancias o excepciones a la regla general (artículo 9 RGPD), encontramos la que habilita el tratamiento de datos personales que revelen las opiniones políticas cuando sea necesario por razones de un “interés público esencial”, debiendo ser “proporcional al objetivo perseguido”, respetar en lo esencial el derecho a la protección de datos y establecer “medidas adecuadas y específicas” para proteger los intereses y derechos fundamentales del interesado (letra g) del artículo 9.2 RGPD). Es una de las circunstancias que ha intentado “blindar” la LOPDGDD, según la cual esta circunstancia deberá estar recogida en una norma con rango de ley que podrá exigir requisitos adicionales de seguridad y confidencialidad<sup>34</sup>, por lo que para aplicar esta

<sup>30</sup> También datos personales que revelen el origen étnico o racial, convicciones religiosas o filosóficas, afiliación sindical, datos genéticos, datos biométricos y datos relativos a la salud, a la vida sexual o la orientación sexual.

<sup>31</sup> Art. 9.2.a) RGPD.

<sup>32</sup> Art. 9.1 LOPDGDD.

<sup>33</sup> Art. 9.2 LOPDGDD.

<sup>34</sup> Art. 9.2 LOPDGDD.

circunstancia habilitante nos encontramos con los presupuestos que recoge la misma circunstancia, más un requisito preceptivo (“deberán”) y un requisito facultativo (“podrá”) de la LOPDGDD.

En lo que respecta a la elaboración de perfiles, por otro lado, el RGPD ya lo ha previsto en sus considerandos: en su considerando n. 56 ha recogido que los partidos políticos podrán recopilar datos personales sobre las opiniones políticas de las personas “por razones de interés público” si así lo exige “el funcionamiento del sistema democrático”, debiendo ofrecerse, sin embargo, “garantías adecuadas”<sup>35</sup>.

A ello debemos añadir que el RGPD en el apartado primero de su artículo 22 recoge el derecho del interesado a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado y a no ser objeto de elaboración de perfiles, pero, al mismo tiempo, establece que no será evocable ese derecho cuando esté autorizado por el derecho de la Unión o de los Estados miembros, siempre que se establezcan “medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado”<sup>36</sup>. De las tres excepciones que hacen que el apartado primero del artículo 22 no sea de aplicación, entre las que se encuentra la que acabamos de mencionar, solo dos de ellas llevan consigo “como mínimo el derecho a obtener intervención humana por parte del responsable, a expresar su punto de vista y a impugnar la decisión”<sup>37</sup>, especialidad que no le es de aplicación a la excepción de la autorización por el derecho de la Unión o de los Estados miembros (en este caso preciso, la LOREG).

Debemos recordar que el requisito de consentimiento, como manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada<sup>38</sup>, junto con los derechos del interesado, es la piedra angular de la protección de datos y su tratamiento<sup>39</sup>, formando este parte del contenido esencial del derecho<sup>40</sup>. Y, así, en el RGPD de 2016, el consentimiento y los derechos de interesado forman el contenido esencial del reglamento; y así lo recoge el RGPD<sup>41</sup>. Pero en este caso concreto de elaboración de perfiles el reglamento recoge las excepciones que quedan por encima del consentimiento, estableciendo una excepción a ese pilar del derecho fundamental, una excepción que debe ser siempre proporcional y sujeta a una interpretación restrictiva.

## 5 La LOPDGDD de 2018 y el nuevo artículo 58 bis de la LOREG

Habida cuenta del RGPD de 2016 y que a consecuencia de ello la LOPDCP de 1999 quedó obsoleta, el legislador español elaboró a finales del año 2018 la nueva LOPDGDD, que,

<sup>35</sup> RGPD, considerando n. 56.

<sup>36</sup> Art. 22.2.b RGPD.

<sup>37</sup> Art. 22.3 RGPD.

<sup>38</sup> Art. 3.h LOPDCP de 1999.

<sup>39</sup> HOWARD, P. N., y JONES, S. (eds.), *Sociedad on-line: Internet en contexto*, Editorial UDOC, Barcelona, 2005, p. 323.

<sup>40</sup> SERRANO LÓPEZ, M. M., “El derecho fundamental a la Protección de Datos. Su contenido esencial”, *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, n. 1, 2005, pp. 245-265, p. 255.

<sup>41</sup> Art. 4.11 y 7 RGPD.

además de recoger un nuevo régimen de protección relativo a los datos personales, recoger y amparar derechos digitales, adecuó la legislación española al RGPD de 2016, completándolo en la medida que el reglamento les da margen para ello a los Estados miembros.

Esta nueva ley está compuesta por 10 títulos, 97 artículos, 22 disposiciones adicionales, 6 disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y 16 disposiciones finales. Debemos tener en cuenta, por otro lado, que, si bien la LOPDGDD ha derogado en gran medida la LOPDCP de 1999, no la ha derogado entera<sup>42</sup>.

Además de la regulación recogida en el ámbito de la protección de datos y derechos digitales, la LOPDGDD, en su disposición final tercera, modificó el apartado tercero del artículo 39 de la Ley orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general (LOREG), e introdujo un nuevo artículo: el artículo 58 bis, sobre la utilización de medios tecnológicos y datos personales en las actividades electorales.

Este precepto no lo recogía el primer proyecto de la LOPDGDD, fue introducido como enmienda en su tramitación en el Congreso de los Diputados (Comisión de Justicia)<sup>43</sup>, con objeto de “establecer salvaguardas para impedir casos como el que vincula a *Cambridge Analytica* con el uso ilícito de datos de 50 millones de usuarios de *Facebook* para mercadotecnia electoral”, enmienda que no tuvo mucha discusión en el debate de totalidad del Pleno del Congreso de los Diputados<sup>44</sup>, pero sí estuvo presente en el del Senado<sup>45</sup>.

Conforme a este nuevo artículo 58 bis de la LOREG, “la recopilación de datos personales relativos a las opiniones políticas de las personas que lleven a cabo los partidos políticos [...] se encontrará amparada en el interés público [...]” (art. 58 bis 1) y, además, “podrán utilizar datos personales obtenidos en páginas web y otras fuentes de acceso público para la realización de actividades políticas durante el periodo electoral” (art. 58 bis 2).

Esto significa que los partidos políticos, coaliciones o agrupaciones de electores podrán utilizar los datos personales y opiniones personales de la ciudadanía de distintas webs de acceso público (entre ellas, por ejemplo, redes sociales como *Twitter* o *Facebook*) y usarlas a voluntad con fines electorales, sin necesidad de obtener el consentimiento del afectado. Es decir, que esto ampara la elaboración de perfiles ideológicos y hacer propaganda electoral a medida de cada persona.

<sup>42</sup> En su disposición derogatoria única, la LOPDGDD ha establecido que queda derogada la LOPDCP de 1999, sin perjuicio de lo previsto en la disposición adicional decimocuarta y en la disposición transitoria cuarta. De este modo, la ley ha recogido expresamente que los artículos 23 y 24 de la LOPDCP de 1999 seguirán en vigor, en tanto no sean expresamente modificadas, sustituidas o derogadas (disposición adicional decimocuarta) y también seguirá en vigor el artículo 22 de la LOPDCP de 1999, pero este último con carácter transitorio, en tanto no entre en vigor la norma que trasponga al derecho español lo dispuesto en la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión marco 2008/977/JAI del Consejo. Es decir, los artículos en relación a ficheros de las fuerzas y cuerpos de seguridad (art. 22), excepciones a los derechos de acceso, rectificación y cancelación (art. 23) y otras excepciones a los derechos de los afectados (art. 24).

<sup>43</sup> Enmienda n. 332 al Proyecto 121/000013 de Ley orgánica de protección de datos de carácter personal. BOCG. Congreso de los Diputados, n. A-13-2, de 18 de abril de 2018, pp. 209 y 210.

<sup>44</sup> *Diario de Sesiones*. Congreso de los Diputados, n. 104, de 15 de febrero de 2018, pp. 28-39.

<sup>45</sup> *Diario de Sesiones*. Senado, n. 90, de 21 de noviembre de 2018, pp. 203-217.

En su apartado quinto, por otro lado, el artículo 58 bis ha regulado que “se facilitará al destinatario un modo sencillo y gratuito de ejercicio del derecho de oposición”, dando cumplimiento, de este modo, al derecho de oposición reconocido por el RGPD (art. 21) y perfilado por la LOPDGDD (art. 18), como derecho del interesado a oponerse al tratamiento de sus datos personales<sup>46</sup>, intentando así mantener el debido respeto a los derechos que el RGPD otorga al interesado<sup>47</sup>, derechos que debemos recordar que son personalísimos<sup>48</sup>.

En lo referente a la tramitación, al haber sido este precepto que modifica la LOREG fruto de una enmienda, ello supone que no ha sido sometido al trámite de consulta e información pública<sup>49</sup> (no siendo conocido por la sociedad) y tampoco ha podido ser informado por las administraciones, organismos públicos y órganos constitucionales, ni tan siquiera por la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD)<sup>50</sup>, ni por los órganos constitucionales como son el Consejo General del Poder Judicial y el Consejo de Estado.

También es curioso que el legislador ni se preocupó por modificar directamente la LOREG, en vez de hacerlo de una manera indirecta por una disposición de la LOPDGDD, cuando el mismo día que el BOE publicó la LOPDGDD también publicó, curiosamente, la Ley orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, que modifica la LOREG para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad<sup>51</sup>, oportunidad que podría haber aprovechado el legislador para hacer una modificación directa, y, sin embargo, no lo hizo.

En pleno debate en el Senado, la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) publicó una nota de prensa declarando que el precepto no permitía el tratamiento de datos personales para la elaboración de perfiles basados en opiniones políticas, ni el envío de información personalizada basada en perfiles ideológicos o políticos; solamente permite “la recopilación por parte de los partidos políticos de datos personales relativos a opiniones políticas para obtener información que les permita pulsar las inquietudes de los ciudadanos con el fin de poder darles respuesta en sus propuestas electorales”<sup>52</sup>.

<sup>46</sup> SÁNCHEZ BRAVO, Á. A., *La protección del derecho a la libertad informática en la Unión Europea*, Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, Sevilla, 1998, p. 97.

<sup>47</sup> Los llamados derechos “ARSLOP”: derecho de acceso (art. 15 RGPD y art. 13 LOPDGDD), derecho de rectificación (art. 16 RGPD y art. 14 LOPDGDD), derecho de cancelación (art. 17 RGPD y art. 15 LOPDGDD), derecho de limitación (art. 18 RGPD y art. 16 LOPDGDD), derecho de oposición (art. 21 RGPD y art. 18 LOPDGDD) y derecho de portabilidad (art. 20 RGPD y art. 17 LOPDGDD).

<sup>48</sup> REBOLLO DELGADO, L., y SERRANO PÉREZ, M. M., *Manual de Protección de Datos*, cit., p. 183.

<sup>49</sup> Art. 133 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas.

<sup>50</sup> La disposición final duodécima de la LOPDGDD, por ejemplo, que modifica los apartados 2 y 3 del artículo 28 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas (LPAC), contenía el denominado “consentimiento tácito”, no permitido por el RGPD, y la AEPD, antes de la aprobación de la LOPDGDD, se pronunció en el sentido de que su contenido no era conforme al reglamento europeo.

<sup>51</sup> BOE n. 294, de 6 de diciembre de 2018, BOE-A-2018-16672.

<sup>52</sup> Agencia Española de Protección de Datos (2018). Nota de Prensa. Criterio de la Agencia Española de Protección de Datos sobre cuestiones electorales en el proyecto de nueva LOPD (Madrid, 21 de noviembre de 2018), <https://www.aepd.es/prensa/2018-11-21.html>.



Teniendo en cuenta la importancia del precepto, la AEPD elaboró un informe jurídico<sup>53</sup> donde razonó que el nuevo artículo no posibilitaba la elaboración de perfiles ideológicos, puesto que se había suprimido el término “tratamiento” recogido en la enmienda 331 inicialmente presentada en el Congreso de los Diputados, misma línea que se siguió en el debate en el Senado<sup>54</sup>. Una vez aprobada la LOPDGDD, la AEPD emitió una circular el 7 de marzo de 2019<sup>55</sup>, dándole continuidad a dicho informe, con objeto de interpretar este nuevo artículo introducido en la LOREG y fijar los criterios del mismo, compuesta por una exposición de motivos (que recoge parte de lo expuesto en el informe jurídico de 2018), once artículos, una disposición transitoria y una disposición final.

Según la AEPD, este nuevo artículo debe ser interpretado “de forma restrictiva y conforme a lo establecido en la Constitución española, de modo que no conculque derechos fundamentales”. Las opiniones políticas deberán ser libremente expresadas (art. 5.1), el tratamiento que se realice deberá ser “proporcional al objetivo perseguido” (art. 6.1) y se establecen garantías (art. 7) como, entre otras, que los partidos adopten medidas apropiadas, designar un delegado de protección de datos, realizar evaluaciones de impacto, etc. También recoge un deber de información que deberá realizarse en forma “concisa, transparente, inteligible y de fácil acceso, con un lenguaje claro y sencillo” (art. 8).

Al fin y al cabo, lo que supone el artículo 58 bis de la LOREG y la habilitación para ello del RGPD es una injerencia sobre nuestros derechos fundamentales, con base legal, por ello lo que requiere el análisis es si se han dado todos los presupuestos para que esa injerencia sea una condición permitida por el derecho o una injerencia desproporcionada sobre nuestros derechos fundamentales.

Para ello, podemos tener en cuenta también el triple análisis de proporcionalidad del TEDH, análisis que se basa en tres requisitos: prevista por la ley, atender a un fin legítimo y ser necesaria en una sociedad democrática<sup>56</sup>. Dentro del primer requisito, prevista por la ley, debe haber una existencia de una base legal en el derecho interno y el tribunal analiza también la calidad de la ley, la cual desglosa en accesibilidad y en previsibilidad de dicha ley<sup>57</sup>. Debemos por todo ello analizar si se dan los presupuestos planteados por el RGPD y la legislación española y si la medida resulta proporcional.

<sup>53</sup> Informe del Gabinete Jurídico de la AEPD 2018.

<sup>54</sup> *Diario de Sesiones*. Senado, n. 90, de 21 de noviembre de 2018, pp. 203-217, p. 209.

<sup>55</sup> Circular 1/2019, de 7 de marzo, de la Agencia Española de Protección de Datos, sobre el tratamiento de datos personales relativos a opiniones políticas y envío de propaganda electoral por medios electrónicos o sistemas de mensajería por parte de partidos políticos, federaciones, coaliciones y agrupaciones de electores al amparo del artículo 58 bis de la Ley orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general (Disposición 3423 del BOE n. 60, de 11 de marzo de 2019).

<sup>56</sup> TEDH (Pleno), 26 de noviembre de 1991, caso *Observer y Guardian c. Reino Unido*, ap. 49.

<sup>57</sup> RUIZ MIGUEL, C., *El derecho a la protección de la vida privada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 91 y ss.

## 5.1 El nuevo artículo 58 bis de la LOREG desde el punto de vista material: “interés público esencial” y “medidas adecuadas y específicas” del RGPD

Para empezar, debemos apuntar que la base jurídica del artículo 58 bis de la LOREG lo encontramos en la habilitación de la letra g) del artículo 9.2 del RGPD, por lo que, ya que se ha basado en esa habilitación, debemos analizar si se han cumplido los presupuestos que recoge la misma: 1) basado en un “interés público esencial”, 2) proporcional al objetivo perseguido (respetando en lo esencial el derecho a la protección de datos) y 3) establecer “medidas adecuadas y específicas” (art. 9.2.g RGPD).

Debemos comenzar diferenciando el “interés público” que “el funcionamiento del sistema democrático exige” del considerando n. 56 y el “interés público esencial” del artículo 9.2.g del RGPD; así lo ha establecido el Supervisor Europeo de Protección de Datos<sup>58</sup>, diferenciando, del mismo modo, las “garantías adecuadas” (considerando n. 56) y las “medidas adecuadas y específicas” (art. 9.2.g RGPD).

Está claro, por otra parte, que el requisito básico será el “interés público esencial”, puesto que es este el que hace que no se aplique la prohibición de tratamiento de datos que releven opiniones políticas, si no, estaríamos aplicando la excepción de la prohibición del artículo 9.2.g, bajo un requisito que no es el aplicable y soslayando la condición *sine qua non* de dicho artículo que recoge la excepción a la que está directamente anudada. Es decir, que se estaría utilizando una excepción de un artículo, pero haciendo uso de la condición de otro, “burlando” el requisito de esa excepción.

Al hablar de ese “interés público esencial”<sup>59</sup>, trascendemos de la “razonabilidad” del tratamiento; según la autoridad inglesa de protección de datos, “la cuestión es si el tratamiento es objetivamente necesario para la finalidad indicada, no si es una parte necesaria del método de tratamiento elegido por el responsable”<sup>60</sup>.

El Grupo de Trabajo del Artículo 29 (GT29), en su Dictamen WP217<sup>61</sup>, declaró que “si el tratamiento conlleva una invasión de la privacidad, la base jurídica deberá ser lo suficientemente específica y precisa a la hora de definir el tipo de tratamiento de datos que puede permitirse”<sup>62</sup>. Además, se requiere una interpretación estricta y una clara identificación, caso por caso, del interés público en juego<sup>63</sup>.

<sup>58</sup> Supervisor Europeo de Protección de Datos. Developing a toolkit for assessing the necessity of measures that interfere with fundamental rights, 2016. [https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/16-06-16\\_necessity\\_paper\\_for\\_consultation\\_en.pdf](https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/16-06-16_necessity_paper_for_consultation_en.pdf).

<sup>59</sup> Art. 9.2.g RGPD.

<sup>60</sup> “The question is whether the processing is objectively necessary for the stated purpose, not whether it is a necessary part of your chosen methods.” Information Commissioner’s Office, Overview of the General Data Protection Regulation. <https://ico.org.uk/media/for-organisations/data-protection-reform/overview-of-the-gdpr-1-13.pdf>.

<sup>61</sup> GT29. Dictamen (WP 217) 06/2014 sobre el concepto de interés legítimo del responsable del tratamiento de los datos en virtud del artículo 7 de la Directiva 95/46/CE. Adoptado el 9 de abril de 2014.

<sup>62</sup> GT29. Dictamen (WP 217) 06/2014 sobre el concepto de interés legítimo del responsable del tratamiento de los datos en virtud del artículo 7 de la Directiva 95/46/CE. Adoptado el 9 de abril de 2014, p. 26.

<sup>63</sup> GT29. Dictamen (WP 217) 06/2014 sobre el concepto de interés legítimo del responsable del tratamiento de los datos en virtud del artículo 7 de la Directiva 95/46/CE. Adoptado el 9 de abril de 2014, p. 27.

El nuevo artículo 58 bis de la LOREG recoge que concurre “interés público”, pero no especifica dicho interés y, por supuesto, sin hacer referencia a la necesidad de un tipo de interés público “esencial”. Es muy visible que el legislador ha basado este nuevo precepto en el considerando n. 56, pues ha hecho referencia a ese “interés público” que “el funcionamiento del sistema democrático exige”, y no al “interés público esencial”, que es el requisito básico de la aplicación de la excepción de la prohibición del artículo 9.2.g del RGPD y mucho más restrictivo.

El artículo 58 bis no muestra ese nexo de necesidad, ni tampoco justifica la debida proporcionalidad que debe existir siempre entre la limitación de derechos y la medida adoptada, lo que supone la recopilación de sus datos personales obtenidos en páginas web con un interés público que no se cataloga de esencial y ni siquiera se especifica.

Por ello, el precepto vulnera el requisito de necesidad y de “interés público esencial” exigido y exigible por el RGPD.

Pero incluso si se recogiese un “interés público” o general, y no el debido “interés público esencial” –que ya hemos visto que no es posible, pero supongamos–, el artículo 58 bis seguiría sin cumplir los requisitos. Según la reiterada jurisprudencia del TJUE, debemos entender por “interés general” que hace que este prevalezca, entre otros la lucha contra el terrorismo internacional para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales<sup>64</sup>, lucha contra la delincuencia grave para garantizar la seguridad pública<sup>65</sup>, etc. El TJUE, sin embargo, ha sido extremadamente restrictivo con esa prevalencia y, por ejemplo, en el caso Digital Rights Ireland y Seitlinger y otros, el tribunal anuló la Directiva 2006/24/CE<sup>66</sup>, porque posibilitaba la conservación de algunos datos, expresando que aunque sí se cumplía el requisito de “interés general” este no puede servir para justificar cualquier medida<sup>67</sup>. Así que esta modificación de la LOREG sería injustificable incluso en esta situación hipotética.

En cuanto a las garantías, por otro lado, otro de los requisitos del RGPD es que se deben adoptar “medidas adecuadas y específicas” (art. 9.2.g RGPD), no únicamente “garantías adecuadas” (considerando n. 56). En este sentido, el artículo 58 bis LOREG no incluye medidas y garantías específicas de ningún tipo, sino que, en cambio, hace una pequeña referencia a “garantías adecuadas”, término más genérico que entraña una menor protección que el de “medidas adecuadas y específicas” ligado a los tratamientos que puedan realizarse en nombre de un “interés general esencial”<sup>68</sup>.

<sup>64</sup> STJUE (Gran Sala) de 3 de septiembre de 2008, asuntos C-402/05 P y C-415/05 Kadi y Al Barakaat International Foundation/Consejo y Comisión, ap. 363. STJUE (Sala Tercera) de 15 de noviembre de 2012, asuntos C-539/10 P y C-550/10 P Al-Aqsa/Consejo, ap. 130.

<sup>65</sup> STJUE (Gran Sala) de 23 de noviembre de 2010, asunto C-145/09 Land Baden-Württemberg contra Panagiotis Tsakouridis, ap. 46 y 47.

<sup>66</sup> Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE. *Diario Oficial de la Unión Europea* n. 105, de 13 de abril de 2006.

<sup>67</sup> STJUE (Gran Sala) de 8 de abril de 2014, asuntos acumulados C-293/12 y C-594/12 Digital Rights Ireland y Seitlinger y otros, ap. 45 y ss.

<sup>68</sup> Este problema se nos agrava al seguir su evolución parlamentaria, puesto que la redacción original de la enmienda 331 sí establecía, en un segundo apartado, un tipo de garantías específicas, o más específicas, al menos (tales como evaluación de impacto, deber de información, etc.), pero en la publicación del BOE desaparecieron. También es curioso que en la dis-

La redacción literal de la disposición establece que: “se encontrará amparada en el interés público únicamente cuando se ofrezcan garantías adecuadas”. En esa redacción da por hecho que la medida está basada en un interés público (sin decir cuál) y lo une a las garantías (nos hace entender que habrá un interés público cuando haya esas garantías, es decir, que el hecho de haber garantías presupone un interés público), cuando son dos requisitos autónomos: que se dé un interés público esencial (razonado, motivado, justificado) y, por otro lado, que se establezcan unas garantías adecuadas. El artículo 58 bis LOREG, apartado 1, por lo tanto, contiene una redacción que modifica y burla la normativa comunitaria y la propia LOPDGDD para hacer posible un tratamiento de datos que estaría prohibido tanto por el derecho comunitario como por el español (9.1 RGPD y 9.2 LOPDGDD).

El artículo 23 del RGPD, asimismo, establece que se podrá limitar el derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable o al encargado del tratamiento “cuando tal limitación respete en lo esencial los derechos y libertades fundamentales y sea una medida necesaria y proporcionada en una sociedad democrática”, y establece, además, diez disposiciones específicas que, como mínimo, deberá recoger tal medida legislativa (entre ellas, finalidad, categoría, alcance, garantías, plazos, riesgos, etc.).

Conviene recordar, del mismo modo, que dentro del ya mencionado análisis de la proporcionalidad de la injerencia, según jurisprudencia reiterada del TJUE, el principio de proporcionalidad exige que los actos sean adecuados para lograr los objetivos legítimos perseguidos por la normativa de que se trate y no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de dichos objetivos<sup>69</sup>, escogiendo siempre la menos restrictiva, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, y los inconvenientes ocasionados, no debiendo ser desmesurados con respecto a los objetivos perseguidos<sup>70</sup>.

## 5.2 El nuevo artículo 58 bis de la LOREG desde el punto de vista formal: reserva de ley

El segundo punto que deberemos analizar será qué tipo de norma debe recoger la medida, el “interés público esencial” y las “medidas adecuadas y específicas”, teniendo en cuenta que nos encontramos ante una medida restrictiva de nuestros derechos fundamentales<sup>71</sup>. Como hemos mencionado, el legislador español ha establecido que la circunstancia de la letra g) del artículo 9.2 del RGPD, entre otras, deberá estar

---

posición adicional 17.<sup>a</sup> de la LOPDGDD que regula el uso de datos de salud, recoge el tratamiento realizado sobre la base de un interés público, mencionándose expresamente la habilitación del artículo 9.2.g RGPD y algunas medidas de garantía específicas.

<sup>69</sup> STJUE (Gran Sala) de 9 de noviembre de 2010, asuntos acumulados C-92/09 and C-93/09, Volker und Markus Schecke GbR y Hartmut Eifert/Land Hessen, ap. 46. STJUE (Cámara Cuarta) de 8 de julio de 2010, asunto C-343/09 Afton Chemical, ap. 45. STJUE (Gran Sala) de 9 de noviembre de 2010, asunto C-92/09 Volker und Markus Schecke y Eifert, ap. 74. STJUE (Gran Sala) de 23 de octubre de 2012, C-581/10 Nelson y otros, ap. 71. STJUE (Sala Quinta) de 17 de octubre de 2013, asunto C-101/12 Schaible, ap. 29.

<sup>70</sup> STJUE (Gran Sala) de 22 de enero de 2013, asunto C-283/11 Sky Österreich GmbH y Österreichischer Rundfunk, ap. 50.

<sup>71</sup> El RGPD solamente establece “cuando esté autorizado por el Derecho [...] de los Estados miembros”, pero no lo limita a ley.

amparada en una norma con rango de ley, que podrá establecer requisitos adicionales relativos a su seguridad y confidencialidad (art. 9.2 LOPDGDD). Pero, ¿solo la medida? La respuesta es clara: no. Lo que debe estar amparado con una norma con rango de ley es la medida y todos los presupuestos que hacen posible la medida (“interés público esencial” y las “medidas adecuadas y específicas”).

La siguiente pregunta sería: ¿cualquier norma con rango de ley? Para ello debemos tener en cuenta que el artículo 58 bis de la LOREG puede suponer una injerencia sobre el derecho a la protección de datos, derecho fundamental<sup>72</sup> autónomo<sup>73</sup> que consagra en sí mismo un derecho o libertad fundamental<sup>74</sup>, con sede en el artículo 18.4 de la CE<sup>75</sup>, por lo que, al tratarse de una medida restrictiva de nuestros derechos fundamentales, deberá ser ley orgánica (art. 53.1 CE), respetando siempre su contenido esencial. De lo cual deducimos que, según el RGPD, la LOPDGDD y la propia CE, la habilitación de la letra g) del artículo 9.2 del RGPD y sus presupuestos deben estar recogidos en una ley orgánica.

Debemos tener en cuenta que, según el TC, si bien la reserva de ley orgánica que se aplica al desarrollo de los derechos fundamentales, como parte de la especial protección que la CE dispensa a los derechos y libertades<sup>76</sup>, posee un cierto alcance, a fin de evitar petrificaciones del ordenamiento<sup>77</sup>, cuando se trate de disposiciones que sean restrictivas de derechos fundamentales –aun no siendo de “desarrollo” –, regirá la reserva de ley para fijar las garantías adecuadas y específicas frente a ellas<sup>78</sup>, cumpliendo siempre el principio de calidad de la ley que restringe derechos<sup>79</sup>.

Además de ser ley orgánica, asimismo, el apartado tercero del artículo segundo de la nueva LOPDGDD recoge expresamente que los tratamientos que estén fuera del ámbito de aplicación del RGPD (por no estar comprendidas en el ámbito de aplicación del derecho comunitario) se regirán por su legislación específica (si no la hubiere, por el RGPD y, supletoriamente, por la LOPDGDD) y menciona de forma expresa los “tratamientos realizados al amparo de la legislación orgánica del régimen electoral general”<sup>80</sup>. Esto quiere decir que la LOPDGDD ha recogido expresamente que el tratamiento de datos en ámbito electoral, donde encontramos la elaboración de perfiles que es objeto de análisis, requiere que esté regulado por esa normativa específica: la LOREG.

En suma, que la LOREG (ley orgánica específica de la materia) recoja la medida cumple con el RGPD, la LOPDGDD y la CE; pero ¿y los presupuestos de la habilitación?,

<sup>72</sup> STC 254/1993, de 20 de julio, FJ 6.

<sup>73</sup> SSTC 94/1998, de 4 de mayo, FJ 6, y 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 5.

<sup>74</sup> SSTC 96/2012, de 7 de mayo, FJ 6, y 17/2013, de 31 de enero, FJ 4.

<sup>75</sup> SSTC 254/1993, de 20 de julio, FJ 6, y 96/2012, de 7 de mayo, FJ 6.

<sup>76</sup> SSTC 101/1991, de 13 de mayo, FJ 2; 5/1981, de 13 de febrero; 167/1987, de 27 de octubre; 142/1993, de 22 de abril.

<sup>77</sup> SSTC 173/1998, de 23 de julio, FJ 7; 129/1999, de 1 de julio, FJ 2; 53/2002, de 27 de febrero, FJ 12; 135/2006, de 27 de abril, FJ 2.

<sup>78</sup> STC 290/2000, de 30 de noviembre, FFJJ 11 y 14.

<sup>79</sup> STC 17/2013, de 31 de enero, FJ 8.

<sup>80</sup> Art. 2.3 LOPDGDD.

¿dónde hemos mencionado que se han recogido las medidas adecuadas y específicas? En la Circular 1/2019, de 7 de marzo, de la AEPD, es decir, una norma con rango reglamentario. Se ha intentado validar la injerencia en nuestros derechos fundamentales con un reglamento, lo que es un despropósito absoluto. No “existen”, por lo tanto, esas medidas adecuadas y específicas, porque, aunque estén recogidas en la Circular 1/2019, no podemos tenerlas en cuenta porque vulneran el artículo 9.2 LOPDGDD y el artículo 53.1 CE, artículos que también resultan vulnerados, puesto que la misma disposición no ha establecido cuál es el interés público esencial, como hemos apuntado en el anterior apartado.

El Consejo de Estado, en su dictamen, también declaró sobre esa reserva de ley: “El anteproyecto hace un primer uso de esta habilitación con la finalidad de establecer una reserva de ley para la regulación de los tratamientos de datos fundados en las citadas causas. No se trata, por tanto, de una mera reiteración del contenido del reglamento, sino de una previsión dirigida a garantizar que el desarrollo del mismo se realice con respeto a las exigencias de la Constitución española, en particular de su artículo 53.1”<sup>81</sup>.

### 5.3 El nuevo artículo 58 bis de la LOREG: algunas cuestiones sobre el fondo

Ya hemos visto que el nuevo artículo 58 bis de la LOREG incumple el RGPD en su vertiente material y formal. Sin embargo, nos conviene mencionar también, de manera sucinta, algunas cuestiones sobre el fondo en lo que respecta a este asunto.

Este nuevo precepto podría vulnerar el derecho a la libertad ideológica, y debemos recordar que sin libertad ideológica no serían posibles los valores superiores del ordenamiento jurídico que se propugnan en el artículo 1.1 de la CE para constituir el Estado social y democrático de derecho que en dicho precepto se instaura<sup>82</sup>.

La libertad de expresión e información puede resultar también lesionada, en relación con la libertad ideológica, libertad que comprende una dimensión externa de *agere licere*, con arreglo a las propias ideas sin sufrir por ello sanción o demérito ni padecer la compulsión o la injerencia de los poderes públicos<sup>83</sup>. A la libertad ideológica que consagra el artículo 16.1 CE le corresponde «el correlativo derecho a expresarla que garantiza el artículo 20.1 a)»<sup>84</sup> a comunicarla públicamente, indisolublemente unida al pluralismo político y, por ello, fundamento del funcionamiento de un Estado democrático<sup>85</sup>. Entonces, si los partidos políticos pueden recopilar opiniones personales de páginas web, como redes sociales, entre otras, ¿dónde queda el derecho a comunicar libremente las ideas propias?

<sup>81</sup> Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley orgánica de protección de datos de carácter personal, de 26 de octubre de 2017, n. de expediente 757/2017 (JUSTICIA).

<sup>82</sup> SSTC 20/1990, de 15 de febrero, FJ 3, y 19/1985, de 13 de febrero, FJ 2.

<sup>83</sup> STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 10.

<sup>84</sup> SSTC 20/1990, de 15 de febrero, FJ 5.

<sup>85</sup> SSTC 6/1981, de 16 de marzo, FJ 3, 12/1982, de 21 de marzo, FJ 3, 104/1986, de 17 de julio, FJ 5, 172/1990, de 12 de noviembre, FJ 3, y 240/1992, de 21 de diciembre, FJ 3.

También encontraremos en esta colisión el derecho a la participación política, derecho a participar “libremente”, libertad que es “valor superior” del ordenamiento jurídico español, y reconoce, como principio general inspirador del mismo, la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se le presenten, de acuerdo con sus propios intereses y preferencias<sup>86</sup>.

En este sentido, por último, la AEPD ya ha dejado claro que constituye una vulneración de la protección de datos realizar una encuesta en la que se soliciten datos de ideología y religión sin recabar el consentimiento expreso, escrito e informado de los afectados<sup>87</sup>.

## 6 Síntesis de la Sentencia 76/2019, de 22 de mayo de 2019, del Tribunal Constitucional

La constitucionalidad de este artículo fue analizada por el TC en su Sentencia 76/2019, de 22 de mayo, la cual resolvió el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Defensor del Pueblo y se pronunció sobre la constitucionalidad del apartado 1 del artículo 58 bis. La impugnación central del recurso se refería al artículo 18.4 CE en conexión con el artículo 53.1 CE. A juicio del tribunal, ya que las alegaciones de las partes no lo controvierten, el artículo 58 bis de la LOREG (apartado 1.º) constituye una injerencia en el derecho fundamental a la protección de datos personales garantizado por el artículo 18.4 CE, por lo que lo que debe decidir el TC es si la citada disposición legal (la que habilita la injerencia) cumple con las exigencias que derivan de la CE y de la doctrina constitucional<sup>88</sup>.

El TC basa en tres elementos la impugnación central del recurso, los cuales podrían confluir en una doble vulneración de los artículos 18.4 y 53.1 CE<sup>89</sup>: a) que la disposición legal recurrida no haya determinado por sí misma la finalidad del tratamiento de datos personales que revelen opiniones políticas, más allá de la genérica mención al «interés público»; b) que no haya limitado el tratamiento regulando pormenorizadamente las restricciones al derecho fundamental; y c) que no haya establecido ella misma las garantías adecuadas para proteger los derechos fundamentales afectados. Así, el tribunal razona su decisión en los fundamentos jurídicos 4.º a 9.º, en los que analiza si se cumplen esos tres elementos siguiendo la CE, el RGPD, la LOPDGDD y la doctrina constitucional.

Para resolver el litigio principal, el TC comienza su fundamentación jurídica en el artículo 9 del RGPD<sup>90</sup>, la prohibición del tratamiento de datos personales que revelen las opiniones políticas. Si bien el TC tiene en cuenta la excepción del apartado segundo, como ya hemos mencionado en los anteriores apartados de este trabajo, alude al

<sup>86</sup> STC 132/1989, de 18 de julio, FJ 6.

<sup>87</sup> AEPD. Resolución R/03532/2017, procedimiento n. AP/00036/2017.

<sup>88</sup> STC 76/2019, de 22 de mayo, FJ 2.º

<sup>89</sup> STC 76/2019, de 22 de mayo, FJ 7.º, I.

<sup>90</sup> STC 76/2019, de 22 de mayo, FJ 4.º, II.



requisito de tomar «medidas adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales del interesado» (art. 9.2.g) RGPD) y al de «estar amparados en una norma con rango de ley», así como al considerando n. 56 y a la necesidad de proteger la integridad del proceso democrático, haciendo referencia también al artículo 9.2 LOPDGDD y a su exigencia («deberán estar amparados en una norma con rango de ley, que podrá establecer requisitos adicionales relativos a su seguridad y confidencialidad»)<sup>91</sup>. En suma, según el tribunal el artículo 58 bis (apartado 1) contiene una modificación normativa introducida por el legislador orgánico para hacer posible un tratamiento de datos que, de no existir dicha habilitación, estaría prohibido tanto por el derecho de la Unión como por nuestro ordenamiento jurídico, pues así lo establecen los artículos 9.1 del RGPD y 9.2 de la LOPDGDD<sup>92</sup>.

Continúa el tribunal declarando que los datos personales que pueden recopilarse integran una categoría especial de datos<sup>93</sup> y, siguiendo su doctrina, declara que el derecho a la protección de datos es un derecho fundamental autónomo, pero, además, constituye un derecho instrumental ordenado a la protección de otros derechos fundamentales, esto es, «un instituto de garantía de los derechos a la intimidad y al honor y del pleno disfrute de los restantes derechos de los ciudadanos», por lo que el derecho fundamental a la protección de datos resulta afectado desde una doble perspectiva: como derecho fundamental autónomo y como derecho instrumental, en este caso, ordenado a la protección del derecho fundamental a la libertad ideológica<sup>94</sup>.

El tribunal reconoce, sin embargo, que no es un derecho absoluto y puede ser restringido mediante ley, siempre que ello responda a un fin de interés general, y los requisitos y el alcance de la restricción estén suficientemente precisados en la ley y respeten el principio de proporcionalidad. A los efectos del presente proceso, deben destacarse dos requisitos de esos límites: 1) responder a un fin constitucionalmente legítimo o encaminarse a la protección o la salvaguarda de un bien constitucionalmente relevante, y, además, ser proporcionadas al fin perseguido con ellas y 2) precisar de una habilitación legal, ya incida directamente sobre su desarrollo (art. 81.1 CE), o limite o condicione su ejercicio (art. 53.1 CE)<sup>95</sup>.

En ese ámbito formal de la reserva de ley, continúa el TC, existe una doble exigencia: por un lado, la necesaria intervención de la ley para habilitar la injerencia; y, por otro lado, esa norma legal «ha de reunir todas aquellas características indispensables como garantía de la seguridad jurídica», esto es, «ha de expresar todos y cada uno de los presupuestos y condiciones de la intervención», ya que, aun teniendo un fundamento constitucional, las limitaciones del derecho fundamental establecidas por una ley «pueden vulnerar la Constitución si adolecen de falta de certeza y previsibilidad en los propios límites que imponen y su modo de aplicación», pues «la falta de precisión de la ley en los presupuestos materiales de la limitación de un derecho fundamental es

<sup>91</sup> STC 76/2019, de 22 de mayo, FJ 4.º

<sup>92</sup> STC 76/2019, de 22 de mayo, FJ 4.º

<sup>93</sup> STC 76/2019, de 22 de mayo, FJ 5.º

<sup>94</sup> STC 76/2019, de 22 de mayo, FJ 5.º

<sup>95</sup> STC 76/2019, de 22 de mayo, FJ 5.º

susceptible de generar una indeterminación sobre los casos a los que se aplica tal restricción»; «al producirse este resultado, más allá de toda interpretación razonable, la ley ya no cumple su función de garantía del propio derecho fundamental que restringe, pues deja que en su lugar opere simplemente la voluntad de quien ha de aplicarla»<sup>96</sup>.

En opinión del tribunal, la mera inexistencia de «garantías adecuadas» o de las «mínimas exigibles a la ley» constituye de por sí una injerencia en el derecho fundamental, de gravedad similar a la que causarían intromisiones directas en su contenido nuclear. La exigencia de «garantías adecuadas» se fundamenta, por tanto, en el respeto del contenido esencial del derecho fundamental<sup>97</sup>. La necesidad de disponer de garantías adecuadas es especialmente importante cuando el tratamiento afecta a categorías especiales de datos (datos sensibles), pues el uso de estos últimos es susceptible de comprometer más directamente la dignidad, la libertad y el libre desarrollo de la personalidad; garantías adecuadas que deben velar por que el tratamiento de datos se realice en condiciones que aseguren la transparencia, la supervisión y la tutela judicial efectiva, y deben procurar que los datos no se recojan de forma desproporcionada y no se utilicen para fines distintos de los que justificaron su obtención<sup>98</sup>.

Las opiniones políticas, según sentencia el TC, son datos personales sensibles cuya necesidad de protección es, en esa medida, superior a la de otros datos personales. Por tanto, el legislador está constitucionalmente obligado a adecuar la protección que dispensa a dichos datos personales, en su caso, imponiendo mayores exigencias a fin de que puedan ser objeto de tratamiento y previendo garantías específicas en su tratamiento, además de las que puedan ser comunes o generales<sup>99</sup>.

Por todo lo razonado, el TC expresa que la disposición legal impugnada:

a) No especifica el interés público esencial que fundamenta la restricción del derecho fundamental; presupone que ha de existir, pero no llega a especificarlo, lo que supone que la disposición legal recurrida no ha determinado por sí misma la finalidad del tratamiento de datos personales que revelen opiniones políticas, más allá de la genérica mención al «interés público»<sup>100</sup>.

b) No limita el tratamiento regulando pormenorizadamente las restricciones al derecho fundamental, solo recoge una condición limitativa: la recopilación solo podrá llevarse a cabo «en el marco de sus actividades electorales». Se trata de una condición que apenas contribuye a constreñir el uso de la habilitación conferida. Es decir, no se ha limitado el tratamiento regulando pormenorizadamente las restricciones al derecho fundamental<sup>101</sup>.

c) Su redacción literal ni contiene ni especifica en forma alguna las garantías y se limita a reconocer que deben ofrecerse «garantías adecuadas», sin más precisiones.

<sup>96</sup> STC 76/2019, de 22 de mayo, FJ 5.º

<sup>97</sup> STC 76/2019, de 22 de mayo, FJ 6.º

<sup>98</sup> STC 76/2019, de 22 de mayo, FJ 6.º

<sup>99</sup> STC 76/2019, de 22 de mayo, FJ 6.º

<sup>100</sup> STC 76/2019, de 22 de mayo, FJ 7.º

<sup>101</sup> STC 76/2019, de 22 de mayo, FJ 7.º

No ha establecido ella misma las garantías adecuadas para proteger los derechos fundamentales afectados<sup>102</sup>.

Concluye el tribunal que todo ello supone que el artículo 58 bis apartado 1 de la LOREG no ha identificado la finalidad de la injerencia para cuya realización se habilita a los partidos políticos, ni ha delimitado los presupuestos ni las condiciones de esa injerencia, ni ha establecido las garantías adecuadas que para la debida protección del derecho fundamental a la protección de datos personales reclama la doctrina constitucional. Esto produce, de esta forma, tres vulneraciones del artículo 18.4 CE en conexión con el artículo 53.1 CE, autónomas e independientes entre sí, todas ellas vinculadas a la insuficiencia de la ley, redundando las tres en la infracción del mandato de preservación del contenido esencial del derecho fundamental (art. 53.1 CE): por una parte, la insuficiente adecuación de la norma legal impugnada a los requerimientos de certeza crea un peligro, en el que reside precisamente dicha vulneración y, por otra parte, la indeterminación de la finalidad del tratamiento y la inexistencia de «garantías adecuadas» o las «mínimas exigibles a la Ley» constituyen en sí mismas injerencias en el derecho fundamental de gravedad similar a la que causaría una intromisión directa en su contenido nuclear<sup>103</sup>.

Por todo ello, el TC falla estimando el recurso y declara inconstitucional el artículo 58 bis de la LOREG señalando que las opiniones políticas son datos personales sensibles cuya necesidad de protección es superior a la de otros datos personales y que la disposición legal impugnada no ha identificado la finalidad de la injerencia para cuya realización se habilita a los partidos políticos, ni ha delimitado los presupuestos ni las condiciones de esa injerencia ni ha establecido las garantías adecuadas.

## 7 Conclusiones

Debemos concluir que, analizado el nuevo artículo 58 bis de la LOREG, este incumple tanto el RGPD como la LOPDGDD y la CE. La disposición no ha recogido los presupuestos que habilitan el tratamiento de los datos personales que revelen opiniones políticas y supone una injerencia desproporcionada en nuestros derechos fundamentales, una injerencia que se ha intentado justificar con una norma reglamentaria. Vulnera, de este modo, el derecho fundamental a la protección de datos y el derecho a la libertad ideológica, y podría vulnerar, del mismo modo, el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la participación política. El precepto obvia toda medida que pueda garantizar el derecho a la protección de datos, permitiendo un uso discriminado y sin legitimación para ello por parte de los partidos políticos, y no resulta proporcional al objetivo perseguido.

La enmienda que introdujo el nuevo precepto de la LOREG se razonó defendiendo que era necesaria para evitar casos como el de *Cambridge Analytica*, pero parece que con este nuevo artículo estaríamos más cerca de un “*Cambridge Analytica* español”

---

<sup>102</sup> STC 76/2019, de 22 de mayo, FJ 8.º

<sup>103</sup> STC 76/2019, de 22 de mayo, FJ 9.º

que sin ella. El legislador debería, por lo tanto, *de lege ferenda*, reformular el artículo 58 bis de la LOREG (actualmente inconstitucional), en un proyecto independiente de reforma de la ley orgánica específica que recoja de un modo concreto todos los requisitos del RGPD y criterios del TJUE, TEDH y TC, para proteger a la ciudadanía y evitar vulneraciones de derechos fundamentales y libertades públicas.

## Bibliografía

- ARZOZ SANTIESTEBAN, X., *Videovigilancia, seguridad ciudadana y derechos fundamentales*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2010.
- HOWARD, P. N., y JONES, S. (eds.), *Sociedad on-line: Internet en contexto*, Editorial UDOC, Barcelona, 2005.
- LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P. L., *El Derecho a la Autodeterminación Informativa. La Protección de los Datos Personales Frente al Uso de la Informática*, Tecnos, Madrid, 1990.
- PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1991.
- REBOLLO DELGADO, L., y SERRANO PÉREZ, M. M., *Manual de Protección de Datos*, Dykinson, Madrid, 2018.
- RUIZ MIGUEL, C., *El derecho a la protección de la vida privada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Civitas, Madrid, 1994.
- SÁNCHEZ BRAVO, Á. A., *La protección del derecho a la libertad informática en la Unión Europea*, Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, Sevilla, 1998.
- SERRANO LÓPEZ, M. M., “El derecho fundamental a la Protección de Datos. Su contenido esencial”, *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, n. 1, 2005.
- TRONCOSO REIGADA, A., *Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, Civitas, Madrid, 2010.

REGAP



COMENTARIOS Y CRÓNICAS



## Xurisprudencia contencioso-administrativa

### Jurisprudencia contencioso-administrativa

## Contentious-administrative jurisprudence



FRANCISCO DE COMINGES CÁCERES

Magistrado (Galicia, España)  
f.cominges@poderjudicial.es

Recibido: 14/01/2020 | Aceptado: 19/01/2019

DOI: <https://doi.org/10.36402/10.36402/regap.v1i58.121>

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

**SUMARIO:** 1 Administración local. 1.1 Convenios de colaboración entre la Xunta de Galicia y los ayuntamientos para la coordinación de los servicios de transporte público. Requisitos procedimentales. 1.2 Personal del cuerpo de extinción de incendios. Legalidad de la prohibición de realización de "horas extra" retribuidas a quien supere una determinada edad. 1.3 Personal de la Administración local. Desempeño de funciones de superior categoría. Equiparación retributiva. Consolidación del grado personal. 1.4 Responsabilidad patrimonial de la Administración municipal por accidente de peatón en la vía pública. El Ayuntamiento no puede achacarle en el proceso judicial la responsabilidad a su contratista si no lo ha declarado previamente en la vía administrativa. 1.5 Reclamación de pago de facturas. Prescripción, determinación y cálculo de los intereses de demora. 2 Contratos públicos. 2.1 Procedimiento administrativo para la imposición de penalidades a las contratistas de servicios públicos que cumplan incorrectamente sus obligaciones. No le resulta de aplicación el instituto de la caducidad. 2.2 Contratación por una universidad del servicio de red inalámbrica. Compatibilidad de las restricciones tecnológicas establecidas en las bases de la licitación con los principios de libre concurrencia y competencia. 3 Medio ambiente y urbanismo. 3.1 Disciplina urbanística. Admisibilidad de recurso extraordinario de revisión frente a orden de demolición firme, por la aparición sobrevenida de fotografías sobre la antigüedad de la obra. 3.2 Obras y actividades permisibles en edificios en situación de fuera de ordenación. 4 Patrimonio cultural. 4.1 Delimitación del Camino de Santiago. Concepción dinámica del trazado. 4.2 Determinación del color de la pintura de la fachada de una edificación protegida estructuralmente. 5 Personal. 5.1 Límites de acceso de los órganos de representación sindical a los datos de los empleados públicos de su Administración. 6 Proceso contencioso-administrativo. 6.1 Medidas cautelares contra órdenes de demolición y multas por infracciones urbanísticas. 6.2 Requisitos de procedibilidad de las administraciones locales para interponer recursos contencioso-administrativos: deben aportar informe jurídico del secretario de la Corporación. 6.3 Legitimación activa en materia de medio ambiente. Límites de la acción popular. 6.4 No cabe instar la ejecución forzosa de una sentencia desestimatoria dictada en proceso promovido frente a una orden de

demolición. 6.5 Procesos contra resoluciones de la Tesorería General de la Seguridad Social de derivación de deuda. Determinación de la cuantía. 7 Tributos. 7.1 Impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos (plusvalía): Responsabilidad patrimonial del Estado legislador. Acreditación de la “minusvalía”. 7.2 Inaplicación a los parques eólicos de la tasa municipal por ocupaciones de la vía pública. 7.3 Las ventas de oro de particulares a comerciantes están sujetas al impuesto de transmisiones. 8 Universidades. 8.1 Ayudas posdoctorales de la Xunta de Galicia. Incompatibilidad con ayudas o contratos previos.

## 1 Administración local

### 1.1 Convenios de colaboración entre la Xunta de Galicia y los ayuntamientos para la coordinación de los servicios de transporte público. Requisitos procedimentales

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (TSJG), en su Sentencia de 13 de septiembre de 2019 (rec. 4013/2017, ponente: Martínez Quintanar), desestima el recurso interpuesto por una empresa de transporte de viajeros frente al convenio suscrito entre la Xunta de Galicia y los Concellos de Santiago de Compostela y Teo para la coordinación del transporte público. Se afirma en ella lo siguiente, sobre cuestiones procedimentales que afectan a los ayuntamientos suscriptores del convenio:

*«(...) Se sostiene en la demanda que el convenio de colaboración es nulo por delegarse competencias de la Xunta de Galicia y del Concello de Teo en el Concello de Santiago al margen del procedimiento legalmente establecido. En este sentido se asevera que el Concello de Santiago de Compostela asume la prestación, mediante su transporte urbano, del servicio interurbano Santiago-Os Tilos, competencia de la Xunta de Galicia, servicio que excede el ámbito territorial de ese municipio o, cuando menos, asume la competencia de regular sus condiciones (tarifas, frecuencias, bonos ordinarios, etc.). En la medida en que hay delegación de competencias de la Administración autonómica, la aprobación de este convenio requeriría la aceptación expresa por acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Santiago en los términos del artículo 8.1 Ley 5/1997 de Galicia y su tramitación de conformidad con lo dispuesto en esta (8.1 y 3, 61.r, 64.2.i, 64.4, 175, 178, 182 y 191.g) y concordantes LRBRL, aprobación que no se ha producido (...).*

*No cabe acoger la alegación procedimental de la actora, porque propiamente no nos encontramos ante un acto de delegación intersubjetiva, entendido como la manifestación unilateral de voluntad de una Administración por la cual se transfiere el ejercicio de una competencia propia a otra Administración, para que pase a desempeñarla con sus medios personales y materiales. Se trata de un convenio de colaboración en el que las administraciones firmantes asumen las obligaciones en él consignadas, respondiendo a una fórmula colaborativa en la que se concreta la forma de prestación del servicio mediante la asunción recíproca de obligaciones por todas las administraciones firmantes del convenio. No se trata de una manifestación unilateral de voluntad de transferencia de ejercicio de una competencia autonómica que haya sido aceptada por una Administración local delegada.*



La Disposición Adicional 12ª de la Ley 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico, presta amparo a esta fórmula convenida en aras de la colaboración interadministrativa, y el propio convenio se remite a esa disposición expresamente, cuyo tenor literal ampara expresamente el convenio firmado, bastando una lectura del mismo para apreciar que dicha disposición no se limita a remitirse a las formas de cooperación previstas en la Ley 6/1996, sino que establece, “además de las mismas”, y a fin de mejorar las condiciones de accesibilidad de las personas usuarias a la red de transporte público, la posibilidad de que la Xunta de Galicia, a través de la consellería competente en materia de movilidad y transporte, formalice convenios de colaboración con otras administraciones públicas gallegas mediante los que se establecerán actuaciones de coordinación de servicios de transporte público de sus respectivas competencias, incluyendo la habilitación de la extensión de los servicios interurbanos al transporte urbano o viceversa.

Teniendo en cuenta que lo que hace el convenio de colaboración impugnado es habilitar al transporte urbano de la ciudad de Santiago de Compostela a extender sus servicios a la urbanización de Os Tilos, situada fuera de su término municipal, para que pueda realizar tráficos interurbanos con dicha urbanización, tanto de entrada como de salida a la ciudad, es claro el amparo jurídico de la disposición adicional 12.ª de la Ley 14/2013, que habilita a la Xunta de Galicia a firmar convenios de colaboración como el presente que incluyen no la habilitación de la extensión de los servicios interurbanos al transporte urbano sino a la inversa, esto es, la extensión del transporte urbano a los servicios interurbanos, lo que es el caso.

(...) Por ello, y por no tratarse ni de una transferencia de funciones o actividades, ni la aceptación de una delegación o encomienda de gestión, no cabe sostener la nulidad del convenio por ausencia de informes municipales de los servicios de asesoría jurídica e intervención, aducida por la actora en el punto cuarto de la fundamentación jurídica de la demanda. Precisamente el objeto del convenio es coordinar el ejercicio de las respectivas competencias, y no se aprecia que del mismo pudieran derivarse gastos adicionales que hicieran precisos los informes de fiscalización económica, máxime cuando se prevé expresamente que el régimen de prestación de estos servicios convenidos no supondrá incremento de costes para el Concello de Santiago de Compostela (cláusula 4.ª), y sí se prevé el sometimiento del convenio en su cláusula 5.ª a la función interventora y de control financiero ejercidas por la Intervención Xeral de la Comunidad Autónoma. (...)

La parte actora alega que el Convenio de colaboración debía haber sido aprobado por el Pleno del Concello de Santiago de Compostela y en cambio fue aprobado por la Comisión de Gobierno del Concello de Santiago. También debería haber sido aprobado por acuerdo del Consello de la Xunta de Galicia, por ser un convenio de duración indefinida y comportar la asunción de obligaciones económicas plurianuales de importe superior a 200.000 euros al año, y este acuerdo no consta adoptado. También por este motivo aduce que el convenio de colaboración es nulo de pleno derecho al amparo del artículo 62.1.b) de la Ley 30/1992.

El alegato debe ser desestimado, porque la aprobación por los plenos municipales sería requisito de validez para la aceptación de una delegación de competencias, que es lo que contempla el artículo 8 de la Ley 5/1997 de Administración local de Galicia. Conforme al artículo 123.1.j) de la Ley de bases de régimen local la competencia del Pleno en los

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

ayuntamientos sujetos al régimen de municipios de gran población se refiere a la transferencia de funciones o actividades a otras administraciones públicas, así como la aceptación de las delegaciones o encomiendas de gestión realizadas por otras administraciones, salvo que por ley se impongan obligatoriamente, y ya se ha expuesto en el fundamento de derecho anterior que no nos encontramos ante ninguno de estos supuestos, atendiendo a la naturaleza convenida de las actuaciones de coordinación, en el marco de una fórmula de colaboración competencial que no supone en puridad ni transferencia de funciones o actividades a otras administraciones públicas, ni la aceptación de las delegaciones ni encomiendas de gestión. (...)

En la demanda se alega que, como se desprende del expediente y del complemento del expediente del Ayuntamiento de Teo, además de no constar los referidos informes de Secretario e Interventor, no se sometió dicho expediente a información pública (art. 123 y 136.1 LRBRL y 8.3 y 64.d) de la Ley local de Galicia); tampoco consta su publicación en el BOP una vez aprobado, siendo pues este nulo en atención a lo previsto en el 62.1 de la Ley 30/1992. Por lo que respeta al acuerdo del Ayuntamiento de Santiago, además de no ser adoptado por el Pleno, de no haberse emitido los preceptivos informes del Secretario asesor jurídico y del Interventor en relación con el texto del convenio suscrito, no ha sido sometido a información pública el texto definitivo del convenio, y, una vez aprobado, no se publicó en el BOP (art. 123 y 136.1 LRBRL y 8.3 y 64.d) de la Ley local de Galicia), siendo pues este nulo en atención a lo previsto en el 62 de la Ley 30/1992. Por último, señala que la Xunta de Galicia, tampoco sometió el expediente y el texto definitivo del convenio a información pública ni publicó el acuerdo por el que se aprobó en el DOG.

Ninguna de las circunstancias alegadas determina la nulidad del convenio de colaboración aprobado, por tratarse de un instrumento de coordinación interadministrativa con un amparo legal específico en la disposición adicional 12.<sup>a</sup> de la Ley 14/2013, en cuyo procedimiento de aprobación no está previsto como trámite preceptivo el sometimiento a información pública. Ni lo exige esa disposición ni el artículo 57 de la Ley de bases de régimen local y en la demanda no se cita ningún precepto legal aplicable al caso que determine el carácter preceptivo de ese trámite de información pública, de lo que se colige que se trata de un trámite potestativo, de conformidad con lo previsto en el artículo 86.1 de la LRJPAC 30/1992.

Debe precisarse que no se trata de ninguna ordenanza ni de una disposición de carácter general, ni de una delegación de competencias, por lo que los preceptos citados por la actora no son aplicables. Además, sí hubo un trámite de información pública por uno de los ayuntamientos parte del convenio en relación con un borrador y la actora pudo realizar alegaciones, lo que descarta, como ya se ha expuesto, la existencia de indefensión. Tampoco se aprecia la omisión de ningún informe preceptivo, al tratarse de un procedimiento de colaboración interadministrativa con un amparo legal específico que no determina la preceptividad de ningún informe que se haya omitido.

Las mismas consideraciones cabe realizar en relación a la ausencia de publicación del convenio de colaboración, ya que en la demanda no se cita ninguna disposición legal o reglamentaria que lo establezca como requisito de validez, que sería lo exigible para que su omisión determinase su anulación, que es lo que se solicita en la demanda. Se trata de

un instrumento de colaboración administrativa, y para el caso de que alguna disposición estableciese la exigencia de su publicación en diario oficial, sería condicionante de su eficacia, no de su validez, por lo que no podría fundamentarse en esa omisión la pretensión anulatoria. (...)».

## 1.2 Personal del cuerpo de extinción de incendios. Legalidad de la prohibición de realización de “horas extra” retribuidas a quien supere una determinada edad

El TSJG, en su Sentencia de 18 de diciembre de 2019 (rec. 152/2019, ponente: Seoane Pesqueira), desestima el recurso interpuesto por personal del cuerpo de extinción de incendios del Concello de Vigo contra una resolución en la que se le prohíbe realizar “horas extras” retribuidas a quien alcance la edad mínima de prejubilación:

«(...) Consideran los recurrentes que con dicho decreto se les discrimina por razón de su edad, vulnerando su derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia. (...)»

A fin de salir al paso de cada uno de los argumentos que se exponen en el recurso de apelación para fundar la alegación de discriminación, hemos de decir:

A) Son datos reales y hechos objetivamente constatados los que revelan la mayor peligrosidad y penosidad del desempeño de la actividad de bombero cuando se alcanza la edad de jubilación anticipada y se lleva mayor tiempo de prestación de servicios, pues, al margen de los estudios llevados a cabo a nivel estatal, dentro del Concello de Vigo son reveladores los que ofrece el informe de 18 de octubre de 2017 de la técnica de prevención de riesgos laborales, a los que anteriormente hemos hecho referencia, por lo que no debe extrañar que el Comité de Seguridad y Salud Laboral, en su reunión de 14/12/2017, hubiese adoptado el acuerdo unánime de que los bomberos menos indicados para realizar trabajos fuera de jornada eran los que quedaban afectados por el RD 383/2008, y que, si se veían abocados a hacerlas, debían ser compensados con descansos. Desde luego, el establecimiento de una normativa local sobre la jornada laboral de los empleados públicos que han alcanzado la edad de jubilación anticipada, en aplicación de lo dispuesto en el RD 383/08, no puede quedar condicionada por la declaración de aptitud de condiciones físicas y psíquicas de quienes en el Concello se encuentran en esa situación, porque esa declaración no hace desaparecer el carácter peligroso y penoso de la actividad que desempeñan, y tampoco puede hacer olvidar que a partir de aquella edad se incrementa el riesgo de mayor siniestralidad porque correlativamente las aptitudes psicofísicas se ven reducidas.

B) En el informe de la técnica de prevención de riesgos laborales se pone de manifiesto que el hecho de que la plantilla del cuerpo de bomberos de Vigo presenta una media de edad elevada incide en el índice de siniestralidad, pero es que, al margen de ello, ya hemos visto que de todos los estudios previos se ha deducido indiscutiblemente la influencia de la edad en una actividad penosa y peligrosa como la de bombero, y por ello se aprueba la normativa relativa a la posibilidad de su jubilación anticipada, lo cual, por lo demás, se adecúa a la lógica y racionalidad.

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

C) *Ha de reiterarse que para la aprobación del decreto impugnado no puede atenderse al estado psicofísico de los recurrentes, porque se trata de una normativa que regula la cuestión con carácter permanente y estable, debiendo aclararse que 33 miembros del servicio no realizaron el reconocimiento voluntario en 2017, lo cual es muy diferente a la afirmación de que no hayan resultado aptos para el servicio.*

D) *También se aclaró anteriormente que el hecho de que existan bomberos que con 59 años se les permite seguir realizando refuerzos y excesos de jornada es debido a que no se hallan dentro del ámbito de aplicación del RD 383/2008 porque no llevan prestando servicios el número suficiente de años, de modo que en ellos no concurre el segundo factor que, junto con la edad, hace especialmente penosa y peligrosa la actividad. Además, con ello se demuestra que no existe una intención de perjudicar a quienes tienen mayor edad.*

E) *El hecho de que se vengan realizando más refuerzos de categoría superior que los debidos o aconsejados no contradice su carácter excepcional, siendo así que ello se produce por lo reducido de la plantilla, y en cualquier caso ello no podría servir de fundamento para considerar contrario al principio de igualdad el decreto impugnado, porque aquello nada tiene que ver con la alegada discriminación por razón de edad.*

*(...) conviene advertir que la naturaleza de las funciones exige una aptitud psicofísica específica, en la medida en que los fallos que pueden producirse en el ejercicio de dichas funciones pueden tener consecuencias importantes, no sólo para los propios funcionarios, sino también para sus compañeros y para terceros, además de para la seguridad pública».*

### **1.3 Personal de la Administración local. Desempeño de funciones de superior categoría. Equiparación retributiva. Consolidación del grado personal**

El TSJG, en su Sentencia de 17 de julio de 2019 (rec. 195/2019, ponente: Rivera Frade), resuelve la reclamación de un funcionario de carrera municipal motivada en el desempeño efectivo de funciones de una categoría superior a la suya. Reconoce su derecho a percibir las mismas retribuciones del puesto que está desempeñando *de facto*. Pero deniega su pretensión de consolidación del grado personal de ese puesto superior al suyo:

*«(...) hemos de dar la razón al apelante pues la realidad constatada a través del expediente administrativo se traduce en que la cobertura del puesto de trabajo que viene ocupando desde hace más de dos años no lo ha sido para sustituir una ausencia temporal, como puede ser una ausencia por enfermedad, por disfrute de permiso, o por otros motivos, sino para cubrir una vacante por jubilación de su titular, aunque esta cobertura sea provisional mientras no se provea el puesto por los cauces y a través de los procedimientos legalmente establecidos. Y también hemos de compartir con el apelante en que, al margen de cuál sea la verdadera naturaleza jurídica de su nombramiento, debe de reconocérsele el derecho al abono de las retribuciones complementarias que lleva aparejado el puesto de oficial efectivamente desempeñado durante todo este tiempo.*

*El criterio que exigía una adscripción formal al puesto de trabajo de categoría superior ha de entenderse superado desde que la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero*

de 2018 (recurso: 874/2017) no lo impone, bastando con el ejercicio material de ese otro puesto en su totalidad o en sus contenidos esenciales o sustantivos.

Y por tanto con mayor razón ha de reconocerse aquel derecho cuando se desempeña un puesto de trabajo de categoría superior al amparo de una sustitución por vacante, como sucede en este caso, que además implica el desempeño de sus funciones de forma completa y continuada. Ya lo había anticipado esta Sala y Sección en la Sentencia de 14 de junio de 2017 (recurso de apelación 409/2016), con cita de la anterior de 18 de mayo de 2016, recaída en el recurso de apelación 329/2015, cuando argumentamos: “en el plano práctico y en las concretas circunstancias, el derecho debe remediar las situaciones abusivas o discriminatorias si concurre un escenario en que alguien prueba que realiza funciones de otra categoría o puesto y las acomete bien por investidura expresa de la Administración o bien por complacencia y tolerancia tácita e inequívoca, en condiciones de frecuencia, intensidad y modos que se impone evitar el enriquecimiento injusto de aquélla o el desequilibrio en el binomio prestación-contraprestación que inspira toda relación de servicios, laboral o funcional. En consecuencia, sería suficiente con que la situación de la realización de funciones de categoría superior de modo pleno, continuo y estable, se realizase por complacencia o tolerancia tácita de la Administración, pues de ese modo puede prevenirse el enriquecimiento injusto, ya que resultaría paradójico que quien incumple el deber de velar porque la distribución del trabajo en las diversas dependencias se lleve a cabo con arreglo a los distintos niveles recogidos en la relación de puestos de trabajo, se pudiera beneficiar de aquel desempeño de tareas de un puesto de categoría superior por parte de un empleado público”.

La doctrina que se recoge en la sentencia de Tribunal Supremo de 18 de enero de 2018 (recurso: 874/2017) ha sido reiterada en sentencias posteriores, citando entre las más recientes la de 7 de mayo de 2019 (recurso: 1780/2018), que sale al paso de la cita de las sucesivas leyes generales de presupuestos del Estado que limitaban el abono de los complementos de destino y específico, reconociendo únicamente los que se correspondían con el puesto ocupado en virtud de los procedimientos de provisión previstos en la ley.

El Tribunal Supremo sostiene que las previsiones que se recogen en las leyes presupuestarias parten del principio de que los funcionarios desarrollan las tareas correspondientes a su puesto de trabajo. Y añade: “Ahora bien, la jurisprudencia ha constatado que hay supuestos en que la Administración consiente situaciones en que los funcionarios tienen que realizar todas o la parte esencial de las tareas de un puesto distinto, reservado a funcionarios de grupos de titulación superior y de superior nivel de complemento de destino. Este último es un supuesto que no contempla la ley, pues esta se refiere solamente al desempeño de tareas concretas de otro puesto de trabajo, no de todas o de las esenciales del mismo” (...).

Sin embargo, el apelante no podrá verse favorecido en la pretensión encaminada al reconocimiento de la consolidación de grado personal en dos niveles superiores al que tiene consolidado en su puesto de trabajo de suboficial, pues este derecho solo se puede reconocer cuando un funcionario de carrera, como es en este caso el recurrente, ocupa un puesto de trabajo con carácter definitivo, pero no cuando lo ocupa de forma temporal. Durante el tiempo de desempeño de este puesto solo podrá percibir el nivel consolidado

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS



*del puesto que le pertenece con carácter definitivo, tal como establece la normativa objeto de cita en la sentencia de instancia (disposición transitoria octava de la Ley de empleo público de Galicia, y el artículo 70 del Real decreto 364/1995, de 10 de marzo).*

*La situación en la que se encuentra el apelante no es la de personal interino, que es el personal al que el Tribunal Supremo le ha reconocido, en la sentencia que cita aquel en su recurso (sentencia de 7 de noviembre de 2018) el derecho de adquisición de grado personal a la luz de la jurisprudencia del TJUE sobre la aplicación de la Directiva 1999/70/CE, relativa al acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada».*

#### **1.4 Responsabilidad patrimonial de la Administración municipal por accidente de peatón en la vía pública. El Ayuntamiento no puede achacarle en el proceso judicial la responsabilidad a su contratista si no lo ha declarado previamente en la vía administrativa**

Así lo concluye el TSJG en su Sentencia de 30 de octubre de 2019 (rec. 112/2019, ponente: Seoane Pesqueira), en la que se afirma lo siguiente:

*«(...) En el suplico de la demanda y del escrito de formalización de la apelación se solicita exclusivamente la condena del Ayuntamiento de Santiago de Compostela, sin alusión alguna a la empresa Ferrovial Servicios S.A., que tiene la concesión de los servicios de mantenimiento, conservación y mejora de los espacios verdes y del arbolado urbano (informe del Departamento Municipal de Parques y Jardines).*

*En el caso presente no puede prosperar la alegación de falta de legitimación pasiva del Ayuntamiento de Santiago de Compostela, porque si este estimaba que la responsabilidad correspondía a la concesionaria, debió declararlo así expresamente en el expediente, notificándolo a la reclamante para que adoptase, en su caso, las medidas oportunas.*

*Pero lo que no cabe es permanecer inactivo en vía administrativa y posteriormente alegar falta de legitimación pasiva en vía jurisdiccional en base a la invocación del artículo 214.1 del Texto refundido de la Ley de contratos del sector público.*

*En efecto, en los casos de silencio, de dirigirse la reclamación en vía judicial únicamente frente a la Administración, ésta no podrá alegar su falta de responsabilidad, atribuyéndola al contratista, pues como han declarado las sentencias de la Audiencia Nacional de 17 de septiembre de 2003 y la de 25 de octubre de 2016 de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, “cuando la Administración demandada incumple lo dispuesto y no da a conocer al perjudicado si de los daños por él sufridos debe responder la propia Administración, o bien la contratista de las obras, a tenor del art. 98 citado, la Administración no puede exonerarse de responsabilidad, imputándola a ella el resarcimiento de los daños causados”. Esta doctrina ya fue aceptada por esta misma Sala en la sentencia de 4 abril de 2003 (recurso contencioso-administrativo n. 4561/1999). En este sentido no se puede olvidar que la Administración ostenta la titularidad del servicio y un deber de supervisión del cumplimiento del contrato.*

*Esta misma doctrina se ha mantenido en las sentencias del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 2009, recurso 10680/2004, 30 de noviembre de 2011, recurso 5978/2009, y 11 de febrero de 2013, recurso 5518/2010.*

*El/la ciudadano/a que ha sufrido el daño puede acudir directamente a la Administración que crea responsable (titular del servicio público en cuyo ámbito se ha producido el daño), o también podrá dirigirse frente al contratista, o prestador del servicio público.*

*El artículo 214 del Real decreto legislativo 3/2011 (era el que estaba vigente cuando ocurrieron los hechos, pero hoy ha sido sustituido por la Ley 9/2017), establecía que:*

*“3. Los terceros podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que este, oído el contratista, se pronuncie sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción. 4. La reclamación de aquellos se formulará, en todo caso, conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto”.*

*Pero si el reclamante ha decidido acudir directamente frente a la Administración, puede hacerlo, sin perjuicio del derecho de repetición que, en su caso, se ejercite frente al concesionario (así se deduce de la Sentencia de 20 de noviembre de 2018 de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo, recurso de casación 1685/2017).*

*Por tanto, no cabe acoger la alegación de falta de legitimación pasiva de la Administración local en este caso».*

## **1.5 Reclamación de pago de facturas. Prescripción, determinación y cálculo de los intereses de demora**

El TSJG, en su Sentencia de 25 de octubre de 2019 (rec. 4124/2018, ponente: Díaz Casales), clarifica lo relativo a la prescripción, determinación y cálculo de los intereses de demora en las reclamaciones de contratistas frente a ayuntamientos por retrasos en el pago de facturas, en los siguientes términos:

*«(...) De la prescripción de los intereses en los contratos de servicios.*

*En relación con la falta de cómputo de la prescripción en tanto el contrato no sea liquidado en los contratos de gestión de servicios públicos, alegada por la apelante, ha de advertirse que en estos contratos las prestaciones tienen carácter autónomo y se facturan, en función del contrato, los servicios prestados cada mes, por lo que no están sujetos a una liquidación final, como ocurre en los contratos de obra, en los que los pagos parciales se entienden efectuados “a buena cuenta” de lo que resulte de la liquidación final. Por lo que no puede acogerse al argumento contenido en el recurso de apelación, lo que determina la desestimación del primero de los motivos de impugnación de la sentencia. (...) esta Sala en relación con esta cuestión dejó sentado que hay que estar a la fecha de presentación de la factura y, en su caso, la reclamación, así lo dijimos en la St. de 1 de febrero de 2019 (dictada en el recurso 4204/2017) (...). En el caso enjuiciado nos encontramos ante un contrato administrativo de servicios, de forma que es indiscutible que el derecho al cobro del contratista prescribe en todo caso a los cuatro años, siendo el día inicial del cómputo del plazo de prescripción anterior, en la hipótesis más favorable para dicho contratista, el*

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS



correspondiente a la fecha de la presentación de su reclamación a la Administración, estando de acuerdo en este punto tanto la parte recurrente como la Administración demandada, que en el único punto en el que discrepan es el de la fecha de aquella reclamación, que la primera defiende que es el día 8 de octubre del año 2008, mientras que la Administración considera que es el día 5 de febrero del año 2010, de forma que lo que hay que resolver es una cuestión de prueba de un punto de hecho controvertido. En relación a esta cuestión lo primero que hay que dejar sentado es que es exacta la afirmación de la demandante de que “la inexistencia de la prescripción queda acreditada por el reconocimiento que la Administración hace de la deuda y de los servicios prestados por la contratista que origina dicha deuda”, pues, como fácilmente se advierte, el hecho de que el deudor de una obligación reconozca ante la reclamación judicial de la deuda realizada por el acreedor que la deuda es cierta, ese reconocimiento no tiene eficacia interruptiva de la prescripción si esta ya se ha consumado antes (...). Así pues lo que hay que resolver es la fecha en la que el contratista reclama de manera fehaciente ante la Administración, reclamación fehaciente que como acto propio del contratista, es este el que se halla en condiciones de acreditar cumplidamente, no correspondiendo por el contrario a la Administración acreditar la fecha de la reclamación, al no ser ella la reclamante, y todo ello conforme a lo dispuesto en el artículo 217.2 y 6 de la Ley 1/2000, de enjuiciamiento civil. Aplicando el anterior criterio al presente caso es evidente que se produjo la prescripción de la deuda que documenta la factura presentada en septiembre de 2008 por los servicios correspondientes a limpieza viaria prestados en el mes de agosto, porque desde su presentación la única reclamación que tiene virtualidad interruptiva se produjo en el mes de noviembre de 2012, cuando ya habían transcurrido los 4 años para que operara la prescripción, sin que podamos considerar la solicitud de certificación de deudas presentada en febrero de 2009 (...).

TERCERO. De la renuncia a los intereses cuando se acude al mecanismo del RDL 2/2004. Una pretensión idéntica a la presente ya la resolvimos en la St. 49/2019, de 25 de enero, recaída en el recurso 4414/2017 (...).

La entidad recurrente pretende fundamentar su falta de voluntariedad en el acogimiento al plan de pagos en la necesidad de mejorar su situación financiera, ya que, por un lado, no tenía medios efectivos para cobrar íntegra la deuda y, por otro, había solicitado un procedimiento concursal. Ciertamente entendemos lo delicado de la situación pero, por una parte, no podemos asumir que su situación viniera exclusivamente provocada por la falta de abono de las facturas por el Ayuntamiento de (---) cuando, según mantiene en el recurso de apelación, mantiene la condición de concesionaria del servicio en 45 ayuntamientos y, por otra, es evidente que su decisión de acogimiento al plan de pagos venía condicionada por la situación en la que se encontraba e incluso que a viabilidad de la alternativa de la reclamación judicial de la deuda con los intereses se tornara dudosa, pero en cualquier caso lo que no puede es tratar de evitar la consecuencia que el acogimiento al plan de pagos prevé en el art. 9, que supone la total extinción de la deuda por principal, intereses y costas, máxime cuando, como reiteramos, la situación que describe resulta coincidente con la tenida en cuenta por el legislador para habilitar este procedimiento extraordinario de abono de las deudas de las entidades locales (...).

CUARTO. De la inclusión de los gastos de asesoramiento.

Respecto a los costes de cobro, el art. 8 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, en el momento en que URBASER formuló la reclamación el precepto dispone: 1. Cuando el deudor incurra en mora, el acreedor tendrá derecho a cobrar del deudor una cantidad fija de 40 euros, que se añadirá en todo caso y sin necesidad de petición expresa a la deuda principal. Además, el acreedor tendrá derecho a reclamar al deudor una indemnización por todos los costes de cobro debidamente acreditados que haya sufrido a causa de la mora de este y que superen la cantidad indicada en el párrafo anterior. 2. El deudor no estará obligado a pagar la indemnización establecida en el apartado anterior cuando no sea responsable del retraso en el pago. En el presente caso la sentencia de instancia, que no fue recurrida por el Ayuntamiento demandado, condena a este a abonar la cantidad fija de 40 € por factura, lo que, multiplicado por las 85 facturas, hacen un total de 3.400 € (85 facturas x 40 €) por lo que no cabe incrementar esta cantidad con otros 3.600 € por los honorarios de abogado cuando, por una parte, la reclamación en vía administrativa no aparece formulada por un letrado y, por otra parte, su procedencia parece limitada a aquellos casos en los que los costes excedan de la prima fija por lo que solo cabría en relación con la diferencia y no de forma acumulativa, como pretende la concesionaria.

QUINTO. Del anatocismo.

En relación con esta cuestión resulta oportuno reiterar el claro criterio sentado por el TS recordado en la St. de 13 de junio de 2019 (dictada en el recurso 328/2016) del TSJ de Valencia, conforme al cual solo cabe el anatocismo cuando la deuda es líquida, no siéndolo cuando se discuten los parámetros sobre los que han de realizar los cálculos. (...)».

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

## 2 Contratos públicos

### 2.1 Procedimiento administrativo para la imposición de penalidades a las contratistas de servicios públicos que cumplan incorrectamente sus obligaciones. No le resulta de aplicación el instituto de la caducidad

Así lo declara la Sentencia del TSJG de 30 de octubre de 2019 (rec. 7087/2019) en la que se confirman las multas impuestas por un Ayuntamiento a la mercantil concesionaria del servicio de abastecimiento de agua potable por su deficiente prestación, realizando las siguientes consideraciones:

«Con fecha de 21 de mayo de 2019 el TS dictó sentencia (...) en la que, entre otras cosas, manifiesta lo siguiente:

La Sala (del Alto Tribunal) entiende que la imposición de penalidades conforme a la normativa antes expuesta por incumplimiento contractual, no está sujeta a un plazo de caducidad y esto por las siguientes razones:

1.º Es punto común y pacífico que en lo sustantivo tales penalidades no responden al ejercicio de una potestad sancionadora, luego para su imposición no se sigue un procedimiento específico de naturaleza sancionadora ni este es aplicable supletoriamente.

Al respecto es jurisprudencia de esa Sala que responden al ejercicio de una facultad de coerción sobre el contratista para la correcta ejecución del contrato, facultad que implica poderes de dirección, inspección y control que, en garantía del interés público, se atribuye a la Administración (cf. Sentencia de esta Sala, Sección Quinta, de 6 de marzo de 1997, recurso de apelación 4318/1991).

2.º Su naturaleza ciertamente se acerca a la lógica de la multa coercitiva como instrumento cuyo fin es forzar, mediante su reiteración y hasta lograr el cumplimiento de determinada obligación contractual. Tal similitud se acentúa cuando con la penalidad se reacciona ante retrasos del contratista u otro cumplimiento defectuoso mantenido en el tiempo; ahora bien, cuando se impone como consecuencia de un incumplimiento puntual o ejecutado del contrato, ya no implica coerción alguna y su naturaleza se asemeja ciertamente a la sancionadora o cumple un fin resarcitorio.

3.º Aun así, como tal penalidad tiene una sola regulación y no puede ostentar diversa naturaleza dependiendo de su finalidad, hay que estar al criterio jurisprudencial según el cual carece de una vocación sancionadora en sentido estricto, y se configura como una suerte de cláusula penal contractual (cf. artículo 1152 del Código civil, legislación citada CC art. 1152) cuya razón radica en el interés público que se satisface con el contrato y que es necesario tutelar.

4.º En lo procedimental la imposición de penalidades se ubica sistemáticamente en la LCSP 2007 en sede de ejecución contractual, sin que se prevea para su ejercicio un procedimiento específico y diferenciado, lo que no es el caso de esos otros supuestos del artículo 194 de la LCSP de 2007 en los que se prevé que la Administración contratante ejerza ciertas potestades mediante concretos procedimientos: es el caso de los supuestos de interpretación, modificación, resolución, reclamación de deudas, cesión o subcontratación (cf. artículo 195.1 de la LCSP 2007).

5.º Cobra así sentido la cita de la Sentencia del Pleno de esa Sala, de 28 de febrero de 2007, recurso de casación 302/2004, que constituye la ratio decidendi de la sentencia impugnada. Pese a dictarse para un supuesto distinto, de ella cabría deducir que la imposición de penalidades no implica un procedimiento autónomo o diferenciado dentro del procedimiento contractual iniciado con la adjudicación, sino una decisión o trámite en particular de la fase de ejecución.

6.º Esto no quita que para su adopción haya una regulación mínima en el artículo 196.8 de la LCSP 2007, lo que evita la idea de imposición de plano: se prevé así que haya propuesta y decisión, y que haya trámite de audiencia o alegaciones es una exigencia no expresamente prevista, sino que responde a un cabal entendimiento del principio de proscripción de la indefensión, exigencia común a todo acto mediante el cual el poder público imponga un gravamen.

7.º Las previsiones del citado artículo 196.8 de las LCSP lleva a la idea cierta de que hay un expediente, pero no un procedimiento. En efecto, la idea de expediente supone la documentación de la sucesión de actuaciones que integran un procedimiento, pero puede implicar sólo la constancia documental de decisiones, lo que asemeja las penalidades con las multas coercitivas adoptadas para la ejecución de acto incumplido que sí pone fin a un procedimiento.

8.º De esta manera, como ya la denominó la Sentencia de esa Sala, Sección Quinta, de 30 de octubre de 1995 (recurso de apelación 5203/1991) con la imposición de penalidades se está ante una “decisión ejecutiva”, si bien acordada en el curso del procedimiento de ejecución de un contrato, prevista en los contratos a modo de estipulación accesoria cuya regulación mínima se agota, en este caso, en el artículo 196.8 de la LCSP 2007. No precisa, por tanto, la aplicación supletoria de la Ley 30/1992 – hoy Ley 39/2015 – para su regulación.

9.º Quiebra de esta manera el presupuesto normativo del artículo 44.2 de la Ley 30/1992, pues la fase de ejecución contractual, dentro del procedimiento administrativo, no tiene por objeto ejercitar una potestad de “intervención” susceptible de producir efectos desfavorables o de gravamen: se está ante la regulación de dicha fase dentro del procedimiento contractual, cuya finalidad es la correcta ejecución de un contrato mediante el que se satisfacen intereses públicos (...).

La Sala concluye que en la imposición de penalidades contractuales al amparo del artículo 196.8 de la LCSP de 2007 aplicable al caso – actualmente, artículo 194.2 de la vigente Ley 9/2017 –, no son aplicables los artículos 42.3.a) y 44.2 de la Ley 30/1992 – actualmente, artículos 21.3.a) y 25.1.b) de la Ley 30/2015... – porque constituyen trámites, decisiones o incidencias dentro del procedimiento de ejecución».

## 2.2 Contratación por una universidad del servicio de red inalámbrica. Compatibilidad de las restricciones tecnológicas establecidas en las bases de la licitación con los principios de libre concurrencia y competencia

Afirma al respecto el TSJG en su Sentencia de 11 de octubre de 2019 (rec. 4193/2017, ponente: Martínez Quintanar) lo siguiente:

«(...) El núcleo de la argumentación de la demandante se basa en la alegación de incompatibilidad del sistema de gestión Airwawe (del fabricante Aruba) con terceros fabricantes no nativos y la inexistencia de una API que permita la integración de terceros. (...) solo cuatro de los quince principales fabricantes (dieciséis, si se incluye Aruba) presentarían algún tipo de compatibilidad, pero aún en esos casos, los modelos soportados son antiguos o ya no están en venta y/o no cumplen con los requisitos técnicos de la licitación. (...) Por todo ello la demandante considera que se han traspasado los límites de la discrecionalidad, por establecerse una restricción injustificada de la competencia, impidiendo el acceso a los licitadores en condiciones de igualdad, por imponer una restricción a la tecnología Aruba y Airwawe, no pudiendo ser sustituida por otra.

En respuesta a las alegaciones de la demandante, debemos valorar la prueba practicada a su instancia, y concluir que de la misma lo que se deriva es que el PPT no impone un único fabricante, marca o modelo, sino que establece unos requisitos técnicos y la obligatoriedad de utilizar una determinada herramienta de gestión y unos determinados puntos de acceso, que son la herramienta y puntos de acceso con los que ya cuenta la Universidad, dejando libertad para la elección del fabricante para los puntos de acceso adicionales que se deben ofertar por los licitadores y para las controladoras (salvo una, que ha de ser de Aruba). Por tanto, para la implantación del servicio contratado, no determina que sea

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

necesariamente uno el fabricante que se deba ofertar, sino que se ha elegido una herramienta que es compatible con una variedad de fabricantes. (...)

La prueba pericial aportada versa sobre el resultado restrictivo a que conduce el pliego de prescripciones técnicas a la hora de elegir los fabricantes con los que poder concurrir a la licitación, pero no desvirtúa que esa restricción está sobradamente justificada, en función de la finalidad de conservar y no desaprovechar la infraestructura y equipamiento ya existente, la cual, de aceptar el planteamiento de la recurrente, la Universidad se vería abocada a sustituir íntegramente, y ello para satisfacer los intereses particulares de la demandante.

(...) La ausencia de prueba sobre una alternativa tecnológica más abierta a la compatibilidad de más fabricantes y que permitiera integrar el equipamiento ya existente, hay que ponerla en relación con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en particular la plasmada en la Sentencia del Tribunal General de 8 de octubre de 2015, Asunto T-90/14, conforme a la cual: “el principio de igualdad de trato de los licitadores no requiere que se obligue al órgano de contratación a neutralizar absolutamente todas las ventajas de las que goza un licitador cuyo contratista actual es el subcontratista (sentencia *Evropaiki Dynamiki*). Comisión, apartado 75 supra, EU:T:2008:67, apartado 73). Para preservar en la mayor medida posible el principio de igualdad de trato de los licitadores, la neutralización de las posibles ventajas del contratista titular aún debe llevarse a cabo, solo en la medida en que esta neutralización sea técnicamente fácil de realizar, cuando sea económicamente aceptable y cuando no infringe los derechos del contratista titular o de ese licitador (*Evropaiki Dynamiki/Comisión*, apartado 75 supra, EU:T:2008:67, apartado 76).”

Por tanto, hay causa justificada para la definición en el PPT de una herramienta de gestión, de la que ya dispone la Universidad, que conceptualmente es compatible con varios fabricantes y no solo con Aruba, con independencia de los problemas que puedan surgir en el análisis técnico de esa compatibilidad a la hora de cumplir el estándar tecnológico impuesto en el PPT con algunos de ellos. Y esa causa justificada radica en la necesidad de aprovechar la infraestructura y equipamiento preexistente.

Téngase en cuenta que el artículo 117.2 del TRLCSP citado en la demanda obliga a permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores, sin crear obstáculos injustificados a la apertura de los contratos, y aquí las dificultades de compatibilidad con otros fabricantes distintos de Aruba no se derivan de una elección caprichosa o arbitraria, sino de la necesidad de aprovechar y amortizar un equipamiento, con una determinada tecnología, ya existente. Aunque la regla general establecida en el apartado tercero del artículo 117 del TRLCSP es la de prohibición de mencionar en las especificaciones técnicas una fabricación o una procedencia o un procedimiento concreto, o una concreta marca, patente, origen o producción determinados, ello se hace con la finalidad de evitar que se favorezca o descarte a ciertas empresas y productos y expresamente se establece una salvedad a esa regla general: salvo que lo justifique el objeto de contrato».

## 3 Medio ambiente y urbanismo

### 3.1 Disciplina urbanística. Admisibilidad de recurso extraordinario de revisión frente a orden de demolición firme, por la aparición sobrevinida de fotografías sobre la antigüedad de la obra

Se analiza esta cuestión en la Sentencia del TSJG de 23 de julio de 2019 (rec. 4324/2018, ponente: Díaz Casales), en sentido favorable a la admisión a trámite del recurso extraordinario de revisión, con las siguientes consideraciones:

«(...) Ciertamente coincidimos con el Juzgador de Instancia en que determinados documentos no merecen la consideración de “aparecidos” sino que más bien se trata de documentos “provocados” a instancia de los recurrentes, por lo que no ostentan la virtualidad para motivar la revisión de un acuerdo firme y confirmado judicialmente (este es el caso del informe pericial aportado, la copia del acta de la sesión plenaria e incluso de la inscripción registral –por la carencia de efectos probatorios respecto a los datos de hecho–).

*Pero hay un documento gráfico que podría resultar extremadamente relevante para acreditar la fecha de terminación de las obras y la caducidad o no de la acción de reposición al tiempo de la incoación del expediente, cual es la fotografía del vuelo de 2005 que se omitió por la APLU en su informe en el expediente de reposición donde se recogen las fotos aéreas de la construcción. Resulta evidente que se trata de un documento “aparecido” en tanto que desconocido para los recurrentes y ha de ser valorado para resolver con criterios de estricta legalidad la cuestión capital para este asunto, cual es sí la acción de reposición estaba o no caducada por el transcurso de más de 6 años desde la total terminación de las obras cuando se inició el expediente.*

*La relevancia es evidente si tenemos en cuenta que, mientras el Juzgador de Instancia consideró que la fecha límite de terminación era octubre de 2006 en la sentencia de apelación se indica que algunas de las obras se habrían llevado a cabo en 2007, por lo que la fotografía del vuelo de 2005 podría resultar determinante para decidir la cuestión.*

*Lo anterior, unido a que la resolución de inadmisión del recurso extraordinario de revisión se fundamenta en una causa distinta de las que permiten acordarla, determinan que el recurso haya de ser estimado, la sentencia revocada y la resolución recurrida anulada, ordenando la tramitación por parte de la APLU del recurso extraordinario de revisión dictando la resolución que proceda respecto de la cuestión de fondo».*

### 3.2 Obras y actividades permisibles en edificios en situación de fuera de ordenación

El TSJG, en su Sentencia de 18 de junio de 2019 (rec. 4523/2016, ponente: Martínez Quintanar), anula la licencia de obras concedida por un Ayuntamiento para la instalación de un tanatorio en un edificio en situación de fuera de ordenación, con estos argumentos:

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS



«(...) se practicó prueba que acredita notorias divergencias y excesos constructivos en las construcciones (nave-almacén y bajo de edificio de viviendas) en las que se proyecta la obra de reforma para implantar el tanatorio.

Habida cuenta de la notoria antigüedad de las construcciones, es obvio que los excesos respecto a lo autorizado por las licencias no pueden ser objeto de un expediente de reposición de la legalidad urbanística y que las mismas quedan sujetas al régimen de fuera de ordenación previsto en el artículo 103 de la LOUGA. Pero no se pueden beneficiar del régimen más flexible del régimen de fuera de ordenación parcial, porque son edificaciones que, en su consideración unitaria, no puede decirse que tengan la cobertura de una licencia, por los notorios excesos constructivos en que han incurrido respecto a lo autorizado y porque ninguna licencia ampara la totalidad de la superficie objeto del proyecto de reforma como integrante de un mismo inmueble autorizado por la misma.

Téngase en cuenta que el régimen de fuera de ordenación parcial está previsto en el artículo 103.3 de la LOUGA para construcciones solo parcialmente incompatibles con un nuevo planeamiento. Está pensada dicha previsión para los casos de desajuste sobrevenido con el planeamiento por un cambio de este que determina una parcial incompatibilidad con el mismo. Pero aquí el desajuste no se produce por un cambio en el planeamiento, sino en relación con lo autorizado en la licencia de obra originaria.

Esta falta de cobertura total de la licencia solo puede determinar la aplicación del régimen de fuera de ordenación total. Así se deriva de la aplicación conjunta de los artículos 210.2, 103 de la LOUGA y disposición transitoria tercera de la Ley 2/2010. (...) Una construcción sin licencia, al igual que una construcción ejecutada prescindiendo de las condiciones autorizadas en una licencia otorgada, es merecedora, en ambos casos, de medidas de reposición de la legalidad urbanística, y si transcurre el plazo establecido para el ejercicio de esa acción, el propietario podrá eludir el sometimiento al expediente en el que se ordene su demolición, pero en cualquiera de los dos casos verá limitado el tipo de obras de reforma que se podrá realizar a las permisibles en el régimen de fuera de ordenación total.

No basta con invocar el otorgamiento de una licencia para eludir la aplicación de la disposición transitoria tercera de la Ley 2/2010 si no hay concordancia entre lo autorizado y lo construido, divergencia que se ha acreditado en este caso, en el que no consta que las construcciones en las que se autoriza la reforma estén amparadas, en su configuración física de superficie, volumen y número de plantas actual, por ninguna licencia. (...).

Por tanto, las obras de reforma proyectadas, cuya envergadura se justifica precisamente por la necesidad de dotar a espacios sin uso previo de los servicios necesarios para desarrollar una actividad nueva nunca antes desarrollada –la de tanatorio– exceden claramente de las permisibles en régimen de fuera de ordenación total, que es el aplicable, al tratarse de una realidad constructiva que como tal no está amparada en ninguna licencia, sino solo partes determinadas de las construcciones independientes que la integran. En ese régimen de fuera de ordenación total solo son permisibles las obras de mera conservación y las necesarias para el mantenimiento del uso preexistente, y siendo construcciones previas al año 2003, cuando se acredite la preexistencia de un uso continuado, por aplicación de la disposición transitoria tercera de la Ley 2/2010 de modificación de la LOUGA.



*Ni se acredita ese uso continuado preexistente (sino lo contrario), ni tampoco las obras autorizadas son de mera conservación –extremo incontrovertido–, ya que comprenden aspectos tan variados para dotar de nuevos servicios y funcionalidades inexistentes a esas construcciones (...). El propio informe pericial judicial del Sr. Leopoldo valora que las obras proyectadas y autorizadas originan nuevas instalaciones, techos, pavimentos, carpinterías, apertura de huecos en forjado para colocar ascensor, nuevas escaleras, desmontaje de las existentes, etc. Y concluye que no se trata de mera conservación, higiene y ornato, aunque las considera autorizables dentro del régimen de fuera de ordenación parcial, régimen no aplicable por lo que hemos expuesto.*

*(...) La sentencia apelada solo valoró que, con arreglo al artículo 103 de la LOUGA, serían permisibles en régimen de fuera de ordenación parcial obras de ampliación, pero una cosa es que una obra de ampliación se pueda realizar dentro de ese régimen y otra cosa distinta es que toda obra, en cualquier régimen jurídico –también en edificios no incursos en régimen de fuera de ordenación– debe cumplir el planeamiento, y este aspecto se encuentra huérfano de motivación, ya que se limita a valorar el carácter desmontable, obviando que si se desmonta la obra de reforma no puede ser autorizada porque el tanatorio incumpliría la normativa de accesibilidad y contra incendios, por lo que debe ser valorada como elemento permanente, elemento que como tal impide cerrar la banda edificatoria y es incompatible con la ordenanza de aplicación. (...).*

*No hay ningún precepto en el planeamiento aplicable al caso que contemple la posibilidad de obras de ampliación de superficie en el régimen de fuera de ordenación parcial. Pero ello no implica condenar a la edificación a la imposibilidad de realizar ninguna obra y de privarla de cualquier posibilidad de uso, porque sí contiene una regulación de las obras permisibles, en el artículo 50 del Plan general de ordenación municipal de O Carballiño, que para los edificios que como el caso no está prevista su expropiación o demolición en un plazo de 15 años, permite conceder licencias para obras parciales de consolidación, modernización y reparaciones que exigiesen la higiene, ornato y conservación del inmueble. (...). Pero las de ampliación debe considerarse que requieren una previsión expresa en el planeamiento, que las delimite y acote en su alcance objetivo y en la determinación de los casos que se considere justificada su admisibilidad, ya que las mismas solo son permisibles según la LOUGA “en casos justificados que se determinen por el plan general respectivo”».*

## 4 Patrimonio cultural

### 4.1 Delimitación del Camino de Santiago. Concepción dinámica del trazado

La Sentencia del TSJG de 25 de noviembre de 2019 (rec. 4717/2012, ponente: Recio González) desestima el recurso interpuesto contra el Decreto de la Xunta de Galicia 144/2012, de 29 de junio, aprobatorio de la delimitación de un tramo de la ruta principal del Camino de Santiago, Camiño Francés, en el término municipal de O Pino,

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

incluyendo los límites del territorio histórico que conforma el bien de interés cultural y ámbito de amortiguamiento. Incide el tribunal en que:

*«(...) siempre hay varios caminos posibles y a la hora de escoger entre ellos, todos históricos, acudiendo al carácter inmaterial del Camino, mutable y dinámico, será el identificado por las comunidades portadoras del contexto cultural por el que discurre, y en este caso es el Camino Real. Y según los documentos más recientes de la Unesco, el foco ha de estar centrado sobre los aspectos inmateriales de la cultura, subordinando lo histórico, dado que por ser más antiguo no tiene más valor, sino que el valor está en lo vivo y dinámico, en la conservación dinámica de los aspectos culturales como señal de autenticidad. En el ámbito objeto de autos hay varios caminos que se denominan, ambos, Camiño Real o Camino Francés: el Camiño Central que es un trecho del camino tradicional; y la antigua carretera de Lugo, diseñada en 1851 y construida en 1853. (...).*

*De la prueba practicada resulta que la identificación del Camino es conforme a Derecho, combinando dicha delimitación con la adecuada protección de los elementos vinculados al camino en desuso.*

*(...) En la LPCS no se establece de forma precisa la metodología de delimitación a emplear, lo cual ocurre en todas las comunidades autónomas, ni se refiere a la necesidad de llevarla a cabo, exclusivamente, en base a momentos históricos concretos ni trazas originarias, configurando el legislador el Camino de forma viva y dinámica. De hecho, las variaciones en las rutas del camino han sido constantes a lo largo de la historia y han estado motivadas en la concurrencia de distintas circunstancias: dar continuidad funcional al trazado, seguridad, infraestructuras públicas, etc. Pero si la historicidad fuese el único criterio, habría de acreditarse por qué no lo es el trazado contenido en el decreto, puesto que nos hallamos ante conceptos jurídicos indeterminados y de la pericial en la forma en que ha quedado expuesto, resulta la dificultad de recuperar de forma exacta el trazado de los caminos medievales, salvo en puntos esenciales y muy concretos, habiendo de partir, como ocurre en este caso, de la motivación de las decisiones de la Administración y la composición del equipo técnico encargado de dicha tarea.*

*Y lo que resulta es que no se acredita suficientemente la falta de rigor histórico de la delimitación por el decreto.*

*En este sentido y tal y como se indicaba en la Sentencia de esta misma Sala y Sección de 30 de octubre de 2014, en autos de PO n. 4680/2012, la parte demandante sigue un concepto puramente historicista y estático del Camino de Santiago, conforme al cual todo lugar por el que se produjo durante un tiempo el paso de quienes peregrinaban a Santiago de Compostela tiene que ser considerado traza del camino y recuperada y protegida como tal, aunque actualmente no pueda, en razón de su estado, utilizarse como lugar de tránsito. Pero el Camino, más que pertenecer al patrimonio de bienes materiales, forma parte del patrimonio inmaterial, que es vivo, dinámico y sujeto a los cambios de la cultura que lo sostiene (concepción dinámica). (...) “La concepción dinámica del trazado del Camino de Santiago se considera más funcional y razonable, pues es evidente que desde su origen y a lo largo de varios siglos sufrió variaciones; y además lo que la parte actora considera traza histórica está incluida en la zona de protección del Camino y calificada como trazado con vestigios históricos, por lo que no hay ni el desconocimiento ni la desprotección que la*

*parte actora denuncia (...)». De forma que el Camino, más que pertenecer al patrimonio de bienes materiales, forma parte del patrimonio inmaterial, que es vivo, dinámico y sujeto a los cambios de la cultura que lo sostiene. De vivo y cambiante lo califica la Comisión Territorial de Patrimonio Histórico, y la Facultad de Geografía e Historia de la Universidad de Santiago de Compostela entiende que un camino intransitable pierde su funcionalidad y, en consecuencia, los valores asociados al bien, concepción más funcional y razonable, pues es evidente que desde su origen y a lo largo de varios siglos sufrió variaciones».*

## 4.2 Determinación del color de la pintura de la fachada de una edificación protegida estructuralmente

El TSJG, en su Sentencia de 13 de septiembre de 2019 (rec. 4201/2018, ponente: Recio González), estima el recurso interpuesto por una comunidad de propietarios contra una resolución de la Consellería de Cultura denegatoria de la autorización para pintar la fachada de su edificio con un color determinado, con las siguientes consideraciones:

*«(...) La Ley 5/2016, de 4 de mayo, del patrimonio cultural de Galicia, dispone en su artículo 41 los niveles de protección al establecer que “1. En los bienes integrantes del patrimonio arquitectónico o industrial, el diferente alcance de la protección, derivada de la relevancia de su valor cultural y su estado de conservación, puede clasificarse en los siguientes niveles: (...) b) Protección estructural: conservación de los elementos más significativos y relevantes de los bienes, así como de aquellos que resulten más característicos tipológicamente o que sean objeto de una concreta apreciación cultural (...)”. Y lo que resulta de la prueba practicada es que el edificio tiene un nivel de protección estructural que ha sido respetado.*

*De la prueba pericial practicada –y del examen de la resolución recurrida–, resulta que lo que se exigía es que el color de la pintura fuera igual al existente y lo que se pretendía era que se mantuviera la unidad con el resto de la fachada correspondiente a otros portales y que ahora no se van a pintar. El perito considera que son órdenes de imposible ejecución y que lo que se pretendía por la Dirección General de Patrimonio solo podría haberse conseguido en el caso de que se exigiese el tratamiento de todo el conjunto inmobiliario y que dada la variabilidad cromática que presentaban las fachadas existentes, el resultado es válido, y que el tiempo ha venido demostrando que la homogeneización se está produciendo. También considera el arquitecto autor del informe que se aporta con la demanda que sería de imposible cumplimiento la condición impuesta y que podría haberse impuesto una tonalidad concreta para evitar la indefinición y arbitrariedad –si bien por la Administración se considera que se podían haber realizado muestras de color–. De la pericial de la demandante también resulta que las diferencias se deben al mal estado de los edificios colindantes y que hay hasta 10 tonalidades distintas. (...) Es imposible conocer la tonalidad originaria. Y la parte baja es de diferente color que la parte alta. Lo que imponía la Administración demandada era que fuera el mismo color que antes y que fuera el mismo color que los otros dos edificios, pero los otros no fueron pintados al mismo tiempo ni consta que fuera con el mismo tono, además de que el paso del tiempo afecta al color y de que hay elementos del edificio como son las cornisas, etc., con distinta tonalidad, y todo ello afecta*

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

*al color. Con el paso del tiempo habrá menos diferencias. No puede asegurarse cuál era el tono inicial de los edificios con el n. xx por lo que nunca se van a poder igualar. Pero con el paso del tiempo habrá menos diferencias. En todo caso, el tono usado es similar. Aunque fuera el mismo tono, se iba a notar al pintarlo nuevo. De la fachada salen 20 ó 22 tonos (diferenciando entre las cornisas, la parte baja, etc.). Y lo normal es hacer muestras en la pared para probar tonos, pero para conjuntos enteros y si se hubiera pintado el conjunto no habría habido problema. (...) De forma que no se trata de discutir los criterios estéticos impuestos, pero sí que ha de insistirse en que la protección del edificio se ha conseguido y que no se evidencia ningún deterioro, cuando no aparenta ser sustancialmente diferente al que se mantiene en los tramos de la fachada de los portales sobre los que no se ha actuado, por lo que el nivel de protección estructural ha sido respetado.»*

## 5 Personal

### 5.1 Límites de acceso de los órganos de representación sindical a los datos de los empleados públicos de su Administración

El TSJG, en su Sentencia de 23 de octubre de 2019 (rec. 158/2019, ponente: López González), resuelve, en sentido desfavorable, la solicitud de varios sindicatos de personal facultativo al Servicio Galego de Saúde de información relativa a los nombramientos estatutarios de todos los facultativos por servicio, especificando el tipo y fecha de inicio de prestación del servicio, incluyendo en ese registro tanto los nombramientos por “acúmulo de tareas” como las “sustituciones” y otras plazas “no estructurales”, con la siguiente motivación:

*«(...) resulta necesario recordar que, según lo informado por la Agencia Española de Protección de Datos, la función de vigilancia y protección de las condiciones de trabajo atribuida a las Juntas de Personal por la Ley 7/2007 (y, antes, por el artículo 9 de la Ley 9/1987) puede llevarse a adecuado desarrollo sin necesidad de proceder a una cesión masiva de los datos referentes al personal que presta sus servicios en el órgano o dependencia correspondiente. Sólo en el supuesto en que la vigilancia o control se refieran a un sujeto concreto, que haya planteado la correspondiente queja ante la Junta de Personal, será posible la cesión del dato específico de dicha persona. En los demás supuestos, la función de control quedará plenamente satisfecha mediante la cesión a la Junta de Personal de información debidamente dissociada, según el procedimiento definido en el artículo 3.f) de la Ley orgánica 15/1999, que permita a aquella conocer las circunstancias cuya vigilancia le ha sido encomendada sin referenciar la información en un sujeto concreto, esto es, sobre personas identificadas o identificables.*

*En efecto, y a juicio de esta sala, el derecho a recabar información a través de listados de los nombramientos estatutarios de todos los facultativos por servicio, con especificación del tipo y fecha de inicio de prestación del servicio, incluyendo en ese registro tanto los nombramientos por acúmulo de tareas como las sustituciones y otras plazas no estructurales, no puede entenderse comprendido bajo la genérica facultad que se atribuye a las Juntas*

de personal (y menos aún a los Sindicatos recurrentes) en el artículo 9 de la Ley 9/1987, de recibir información sobre “la política del personal” del departamento, organismo o entidad local, o la de “Vigilar el cumplimiento de las normas vigentes en materia de condiciones de trabajo, Seguridad Social y empleo, y ejercer, en su caso, las acciones legales oportunas ante los organismos competentes”, de modo que una información en los términos en los que ha sido solicitada por las actoras entraría en colisión con la protección que dispensa la Ley orgánica 15/1999, constituyendo una cesión o comunicación de datos de carácter personal, para la cual es necesario el previo consentimiento de los interesados.

La pretendida finalidad de comprobación a través del conocimiento de los datos recabados puede alcanzarse prescindiendo de la identificación de las personas que ocupan los concretos puestos de trabajo. Y si lo que se persigue es valorar la aplicación de los criterios de adscripción del personal a esos puestos, la información debe venir referida respecto a la persona en concreto que ocupa un puesto determinado, si hay una queja denunciada ante la Junta de Personal».

## 6 Proceso contencioso-administrativo

### 6.1 Medidas cautelares contra órdenes de demolición y multas por infracciones urbanísticas

En su Sentencia de 19 de septiembre de 2019 (rec. 4109/2019, ponente: Bolaño Piñeiro), el TSJG sintetiza su último criterio sobre el particular, favorable a la suspensión de las multas (con la constitución de una caución) y desfavorable a la de las órdenes de demolición:

«(...) respecto a la solicitud de suspensión de la multa impuesta por importe de 41.001 euros, debe concluirse que los efectos económicos para la parte recurrente del acto recurrido son de una importancia cuantitativa que permite acceder a la medida cautelar solicitada mientras se tramita el recurso contencioso-administrativo, por lo que procede acordar la suspensión de su ejecución, por la incidencia en la liquidez de la parte recurrente de un pago inmediato. En definitiva, cabe concluir que concurren todos los requisitos legalmente establecidos para la concesión de la medida en cuanto a la multa. Dicho lo cual, toda vez que la suspensión acordada podría causar perjuicios directamente cuantificables para la Administración y el interés público en la ejecución inmediata de las resoluciones administrativas, debe exigirse a la parte solicitante de la medida cautelar la prestación de una fianza o caución en cantidad suficiente para garantizar la indemnización de los daños y perjuicios que pudieran ocasionarse con la inejecutabilidad del acto impugnado, caución que, conforme a lo que dispone el artículo 133.2 de la LJCA podrá constituirse en cualquiera de las formas admitidas en derecho. (...) Con la prestación de la caución queda suficientemente salvaguardado el interés público, referido al aseguramiento de la posibilidad de cobro de la multa para el caso de desestimación del recurso, y se evitan riesgos de perjuicios de difícil reparación en la situación financiera de la parte apelante, presumibles por la cuantía de la multa. En cuanto al importe de la garantía, debe indicarse que la LJCA

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

29/1998 no concreta reglas para fijar el importe de la caución más que por referencia en su artículo 133 a la necesidad de responder de los “daños y perjuicios que se puedan derivar de la medida cautelar”. Por ello en el presente caso se concluye que el importe de la misma debe ascender al importe de las multas impuestas, esto es, 41.001 euros.

En tercer lugar, en lo que se refiere la solicitud de suspensión respecto a la obligación de reposición de la legalidad, de retirada de las plantaciones y demás elementos colocados en el lugar por la parte recurrente, ha de recordarse que la jurisprudencia ha señalado en reiteradas ocasiones que no procede la concesión de medidas cautelares respecto a resoluciones administrativas firmes que ordenen la demolición de edificaciones, construcciones, y/o plantaciones, como ocurre en el presente caso, toda vez que los perjuicios que se podrían ocasionar a la parte recurrente serían de naturaleza económica y por ello perfectamente resarcibles.

Igualmente ha señalado la jurisprudencia que ese criterio general cede en aquellos casos en que la edificación sea la vivienda habitual de quien la solicite o se desarrolle en la edificación una actividad profesional, circunstancias ambas que deben acreditarse al menos indiciariamente por quien solicita la medida cautelar.

La razón de ser de esas excepciones tiene su fundamento legal en que, en esos casos, efectivamente, al margen de los perjuicios económicos que ocasionaría la no concesión de la medida en caso de que se dictase sentencia estimatoria del recurso presentado, se causarían además otro tipo de perjuicios, difícilmente resarcibles, en caso de sentencia estimatoria, con lo que el supuesto planteado cumpliría el requisito legalmente establecido respecto a las medidas cautelares, acerca de que si no se concediesen, el recurso podría perder su legítima finalidad (artículo 130 Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa)».

## **6.2 Requisitos de procedibilidad de las administraciones locales para interponer recursos contencioso-administrativos: Deben aportar informe jurídico del secretario de la Corporación**

La Sentencia del TS de 1 de octubre de 2019 (rec. 2273/2016, ponente: Borrego Borrego) confirma la del TSJG que inadmitió el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Ayuntamiento de As Neves contra el Decreto de la Xunta de Galicia 219/2012, de 31 de octubre, aprobatorio del expediente de deslinde entre los términos municipales de Arbo, As Neves y A Cañiza, por no haber aportado con el escrito inicial de interposición del recurso el informe del secretario municipal exigido por el artículo 54.3 del Real decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril, aprobatorio del texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local.

Considera el Alto Tribunal, en primer lugar, que, una vez que la parte demandada invoca este defecto procesal al contestar a la demanda, la Administración recurrente debe proceder a subsanar el defecto procesal sin necesidad de que el órgano judicial se lo requiera expresamente. En segundo lugar, incide en la relevancia de este requisito procesal, obligando su omisión a la inadmisión del recurso contencioso. Afirma en tal sentido que:



«(...) esta sala ha venido matizando el requisito formal de acreditar la previa emisión del dictamen del letrado para el acuerdo del ejercicio de acciones por las corporaciones locales, estableciendo que la sola falta de presentación inicial no es causa de inadmisión del recurso contencioso administrativo, pudiendo subsanarse en cualquier momento, incluso de forma convalidante; que no es imprescindible cuando se trata de procesos a los que es traída la Corporación en concepto de demandada o recurrida; que solo ha de producirse en el ejercicio inicial de las acciones y no para los sucesivos recursos o instancias; que el informe o dictamen puede incluso formularse “in voce”, etc., pero lo que no ha dicho la jurisprudencia ni podía hacerlo –como finalmente no tiene más remedio que reconocer la recurrente– es que dicho requisito formal no sea ya exigible.

En efecto, la necesidad de una previa opinión experta en derecho para la adopción de acuerdos de las corporaciones locales, sobre el ejercicio de acciones, para la que se dan amplias facilidades (puede prestarla el secretario del Ayuntamiento, los servicios jurídicos de asesoramiento municipal, cuando existen, y en defecto de ambos, cualquier letrado), tiene por finalidad –aunque no sea vinculante– hacer más difícil que un órgano administrativo inicie un pleito irreflexivamente o sin conocimiento de lo que son sus derechos, el modo de ejercitarlos y las razonables posibilidades de obtener una respuesta favorable.

Esa finalidad, que es diferente a la que persigue la acreditación del acuerdo de la Corporación, no se cumple si el dictamen, aunque sea verbal, no consta realmente pronunciado.

Ciertamente no es indiferente al interés general, tanto desde el punto de vista de las propias corporaciones, como desde el común de los ciudadanos a los que sirven, que las instituciones administrativas referidas puedan sumergirse sin el adecuado conocimiento previo en una conflictividad jurídica estéril y por ello la exigencia de ese mínimo requisito de la procedibilidad, en la forma flexible que se viene interpretando, no puede considerarse contrario al principio de tutela judicial efectiva, del art. 24 de la Constitución».

### 6.3 Legitimación activa en materia de medio ambiente. Límites de la acción popular

La Sentencia del TSJG de 8 de julio de 2019 (rec. 4507/2017, ponente: Díaz Casales) realiza un prolijo análisis sobre los requisitos de la legitimación activa en materia de medio ambiente, exigibles para poder promover un proceso contencioso-administrativo frente a la inactividad de la Administración en el ejercicio de sus potestades obligatorias de protección de la naturaleza, con especial atención a lo dispuesto en los artículos 22 y 23 de la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente (directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE).

Finalmente, le deniega la legitimación al recurrente, porque:

«(...) no ha acreditado la titularidad de un interés personal –recuérdese que es una persona física– que le atribuya una posición de ventaja por el hecho de que la sanción hubiese sido otra, no resultado suficiente su condición de propietario de varios bienes inmuebles en las inmediaciones del establecimiento en el que se produjo el vertido, aunque acredite

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS



su arraigo por el hecho de haberlos adquirido en herencia o alegue la imposibilidad de disfrutar del entorno de conformidad con los recuerdos de su infancia, por lo que se impone la íntegra desestimación del recurso al resultar conforme a derecho la denegación de su legitimación pese a su condición de denunciante».

#### **6.4 No cabe instar la ejecución forzosa de una sentencia desestimatoria dictada en proceso promovido frente a una orden de demolición**

Así lo concluyó el TSJG en su Sentencia de 25 de octubre de 2019 (rec. 4133/2018, ponente: Martínez Quintanar), con las siguientes consideraciones:

*«La Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n. 1 de Pontevedra de 7 de mayo de 2010, recaída en los autos del procedimiento ordinario 271/2009, no ordenó la demolición de ninguna edificación, sino que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución de 15/07/2008 del director de la APLU, que declaró ilegalizables las obras de construcción de dos naves contiguas de 1.000 m<sup>2</sup>, por resultar incompatibles con el ordenamiento urbanístico vigente, y ordenó su demolición por cuenta de la interesada, prohibiendo los usos a que diesen lugar.*

*Visto el contenido desestimatorio de la sentencia, confirmatoria del acto impugnado, la ejecución que procede es la del acto administrativo, no de la sentencia, la cual, en cuanto a su contenido dispositivo, deja intacto el acto administrativo que ordena la demolición, sin quitar ni añadir nada a su fuerza ejecutiva. Por ello, como no ha alterado en nada la situación del acto administrativo impugnado, su ejecución le corresponde al órgano autor del acto y no al juzgado. Así lo apreció ya en un supuesto similar la Sentencia de esta Sala y Sección de 20 de diciembre de 2012, n. 1147/2012, recurso 4536/2012, invocada en la oposición a la apelación. Por este motivo es correcta la remisión que hace la sentencia recurrida en apelación a los artículos 94, 95 y 99 de la LRJPAC 30/1992 y 99, 100, 103 de la LPAC 39/2015, ya que la sentencia desestimatoria no tiene en este caso ningún contenido susceptible de ejecución, al dejar intacto el mandato del acto administrativo, que ha de ejecutar la Administración autora del mismo, por imperativo de los preceptos transcritos en la sentencia».*

#### **6.5 Procesos contra resoluciones de la Tesorería General de la Seguridad Social de derivación de deuda. Determinación de la cuantía**

El TS, en su Sentencia de 18 de diciembre de 2019 (rec. 1098/2017), confirma el criterio de la Sección 3.<sup>a</sup> del TSJG, conforme al cual, en los procesos promovidos frente a resoluciones de la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), de derivación de deuda a un tercero (por responsabilidad solidaria o subsidiaria), la cuantía del litigio no se corresponde con el importe principal reclamado por la Administración al demandante. Entiende el alto tribunal que habrá que considerar, desglosadamente y por separado, el importe de cada una de las cuotas de cotización adeudadas

originariamente por el obligado principal, como acumulación de acciones. Si ninguna de ellas supera los 30.000 euros, no cabrá interponer recurso de apelación contra la sentencia de instancia.

## 7 Tributos

### 7.1 Impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos (plusvalía): Responsabilidad patrimonial del Estado legislador. Acreditación de la “minusvalía”

La Sentencia del TS de 21 de noviembre de 2019 (rec. 6097/2017, ponente: Tolosa Tribiño) estimó la reclamación indemnizatoria formulada por un particular contra el “Estado legislador”, por los perjuicios padecidos como consecuencia de la aplicación de los preceptos del Texto refundido de la Ley de haciendas locales reguladores del impuesto municipal sobre el incremento de valor de los terrenos (plusvalía) que fueron declarados nulos por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 59/2017, de 11 de mayo. Afirma el Alto Tribunal en esta sentencia que:

*«(...) la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, introduce en nuestro ordenamiento jurídico la primera regulación legislativa específica de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas por leyes contrarias a derecho. En efecto, como hemos visto, el precepto distingue entre los casos en que la lesión deriva de una norma con rango de ley declarada inconstitucional y aquellos en los que los daños fueron ocasionados por la aplicación de una norma contraria al derecho de la Unión Europea. (...)»*

*Sólo procederá la indemnización “cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la inconstitucionalidad [o la infracción del derecho de la Unión Europea] posteriormente declarada”. Es decir, los perjudicados por la aplicación de la ley posteriormente declarada inválida, que no agotaron todas las instancias judiciales contra dicha aplicación o no adujeron en ellas la correspondiente inconstitucionalidad o infracción del ordenamiento jurídico comunitario, no podrán luego exigir el resarcimiento de los daños sufridos.*

*CUARTO. En cuanto a la antijuricidad del daño, en los casos en que el título de imputación de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador lo es la posterior declaración de inconstitucionalidad de la ley o norma con fuerza de ley cuya aplicación irrogó el perjuicio, debe imponerse como regla general o de principio la afirmación o reconocimiento de la antijuricidad de éste (...).*

*En cuanto la existencia y acreditación de un daño indemnizable, debemos tener en cuenta que la reclamación de responsabilidad patrimonial, la formula la parte a partir de la declaración de inconstitucionalidad contenida en la STC 59/2017. La Sentencia 1163/2018, de 9 de julio, de este Tribunal interpreta el alcance de la declaración de inconstitucionalidad contenida en la STC 59/2017, considerando, de una parte, que los artículos 107.1 y 107.2.a) del TRLHL, a tenor de la interpretación que debe darse al fallo y fundamento jurídico 5*

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

de la STC 59/2017, “adolecen solo de una inconstitucionalidad y nulidad parcial”. Es, precisamente, esta nulidad total del artículo 110.4 del TRLHL la que, de acuerdo con la sentencia de esta Sala, “posibilita que los obligados tributarios puedan probar, desde la STC 59/2017, la inexistencia de un aumento del valor del terreno ante la Administración municipal o, en su caso, ante el órgano judicial, y, en caso contrario, es la que habilita la plena aplicación de los artículos 107.1 y 107.2.a) del TRLHL”. (...)

Partiendo de la anterior doctrina, nos corresponde ahora examinar si la parte ha logrado acreditar la inexistencia de un incremento de valor por alguno de los medios previstos en derecho.

La parte recurrente ha procedido en este procedimiento a la aportación de distintos medios probatorios para tratar de acreditar la inexistencia del incremento del valor. En efecto, en defensa de su tesis ha aportado (1) las escrituras de contraste (de adquisición y venta del inmueble del caso), (2) la prueba pericial, (3) las declaraciones de IRPF del actor y (4) las propias tablas de la Administración demandada (nos referimos a su Ministerio de Fomento). (...). Para resolver esta discrepancia, debemos señalar cómo, tras la Sentencia de 9/7/2018 del Tribunal Supremo, las escrituras de adquisición y transmisión del terreno constituyen un sólido principio de prueba de la inexistencia de incremento de valor del terreno. Este Tribunal Supremo, en Sentencia de 18/7/2018 (rec. 4777/2017), les atribuye la misma presunción de certeza que a las autoliquidaciones presentadas por un contribuyente. Se presumen ciertas para los contribuyentes (artículo 108.4 de la LGT). Y la Administración puede darlas por buenas, o comprobarlas (artículo 101.1 LGT). Por otra parte, frente a la exigencia, en todo caso, de una prueba pericial completa, como única forma de acreditar que el valor del terreno no se ha incrementado. Los costes que dicha prueba conlleva han disuadido a muchos contribuyentes de su derecho a recurrir, el Tribunal Supremo ha reaccionado y en Sentencia de 5/3/2019 (rec. 2672/2017) ha estimado un recurso de casación contra una resolución del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que había desestimado el recurso del contribuyente “con fundamento en que, para que el obligado tributario acredite la inexistencia de plusvalía no es suficiente, como ha sucedido en este caso, aportar como indicio las escrituras de compra y venta, sino que es precisa una tasación pericial contradictoria”.

Es cierto, sin embargo, que los valores resultantes de las escrituras no son válidos en todos los casos (...). Hemos de tener en cuenta, igualmente, el contenido de la Sentencia del Tribunal Constitucional n. 107/2019 (...) estima el recurso, declarando vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del contribuyente, por no haberse valorado las pruebas (escrituras de adquisición y transmisión del terreno) conforme a las reglas de la sana crítica. (...)

Siendo esta la teoría general, en el caso enjuiciado el obligado tributario presentó la escritura pública, donde se reflejaba una disminución de valor del terreno, mientras que la Administración presentó la evolución positiva de las referencias al valor catastral del suelo.

Pues bien, el Tribunal no estima que esa prueba aportada sea eficaz para desvirtuar el decremento de valor, y no solo por cuanto no se justifica la correspondencia de dichos valores catastrales con el valor de mercado del suelo en las fechas de compra y venta –dichos valores se apartan claramente de los precios declarados de compra y venta, siendo en no pocas ocasiones la discrepancia entre valor catastral y de mercado manifiesta–, sino

porque parece sorprendente que pueda sostenerse que entre 2006 y 2014, con la crisis inmobiliaria padecida entre dichas anualidades, y sin que se aporte ninguna circunstancias justificativa de ello, el valor del suelo haya subido la cantidad que se alega.

En atención a lo expuesto, ha de concluirse que se estima producido el decremento patrimonial entre adquisición y transmisión del inmueble, tal y como se hace constar en la correspondiente escritura y, en consecuencia, procede estimar el recurso interpuesto».

## 7.2 Inaplicación a los parques eólicos de la tasa municipal por ocupaciones de la vía pública

El TSJG, en su Sentencia de 28 de junio de 2019 (rec. 15008/2019, ponente: Núñez Fiaño), confirma en apelación la sentencia de instancia en la que se declaró que la entidad mercantil explotadora de un parque eólico situado en terrenos de titularidad privada carece de la condición de sujeto pasivo de la tasa municipal por ocupaciones del suelo, subsuelo y vuelo de la vía pública, atendiendo a las siguientes consideraciones:

«(...) La apelada es una sociedad generadora de electricidad a partir de energía eólica, no es titular de redes ni tiene licencia alguna de aprovechamiento especial del suelo, subsuelo o vuelo de la vía pública en Avión (al menos no consta).

El artículo 3 de la mentada ordenanza establece que: “Son sujetos pasivos de la tasa regulada en esta ordenanza, en concepto de contribuyentes, las personas físicas y jurídicas (...), a cuyo favor se otorguen las licencias para disfrutar del aprovechamiento especial, o quienes se beneficien del mismo sin haber solicitado la oportuna autorización. En cualquier caso, habrá de tratarse de empresas explotadoras de servicios de suministros que afecten a la generalidad o a una parte importante de la población del Municipio, tanto cuando sean propietarias de la red que materialmente ocupa el subsuelo, suelo o vuelo de las vías públicas municipales como en el supuesto de que utilicen redes que pertenecen a un tercero”.

Del tenor literal de este precepto que no puede ser interpretado extensivamente, resulta que la consideración de sujeto pasivo depende de la condición de empresa explotadora de servicios de suministros que afecten a la generalidad o a una parte importante de la población del Municipio, tanto si son titulares o no de la red que discurre por el dominio público municipal.

Para delimitar el concepto de empresas explotadoras en los efectos analizados resulta fundamental la acotación del concepto que hace el artículo 24.1.c) del 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, que incluye entre las empresas explotadoras de dichos servicios de suministros a las distribuidoras y comercializadoras de estos.

En efecto, como reseña el juzgador de instancia no abarca ni la Ordenanza ni el artículo 24.1.c) LRHL a las empresas generadoras de energía eléctrica y tal inclusión entendemos que no cabe hacerla en relación al hecho imponible pues, obviamente, puede limitarse el ámbito subjetivo de la tasa al regular el sujeto pasivo. Y por ello, precisamente, tampoco cabe invocar la jurisprudencia del Tribunal Supremo o la normativa reguladora del sector eléctrico. Por cierto, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 10 de mayo de 2005 (FD Quinto), cuya doctrina reiteran las de 18 de mayo de 2005 (FD Tercero), de 21 de

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

*noviembre de 2005, de 18 de junio de 2007 (FD Cuarto) o 22 de enero de 2009 (FD Cuarto) inciden en la consideración del aprovechamiento especial en el sentido de que supone un uso cualificado en beneficio propio que no implica necesariamente la ocupación efectiva ni la exclusión del uso de los demás, y en que la utilidad del uso o aprovechamiento del dominio público local afecta a todo el sector eléctrico con independencia de la titularidad de las redes, para concluir la procedencia de comprender en el concepto de empresas explotadoras a las comercializadoras por su evidente relación con el suministro, pero esto no afecta a las empresas generadoras como lo es la recurrente».*

### **7.3 Las ventas de oro de particulares a comerciantes están sujetas al impuesto de transmisiones**

El TS, entre otras, en su Sentencia de 16 de diciembre de 2019 (rec. 4744/2017, ponente: Maurandi Guillén), modifica su jurisprudencia sobre el particular, atendiendo al criterio establecido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Confirma en casación la sentencia del TSJG recurrida, que había considerado sujeta al impuesto de transmisiones la venta de metales preciosos de particulares a empresarios, pese a que las siguientes transmisiones tributarían por IVA. Incide el alto tribunal en esta sentencia en que:

*«(...) siendo conscientes de que las operaciones que aquí analizamos están encuadradas en el proceso de producción y comercialización del oro de inversión, planteamos al TJUE una cuestión prejudicial de interpretación sobre la medida en que la sujeción a TPO de estas compraventas podría afectar al principio de neutralidad del IVA. Tuvimos en cuenta, en efecto (y así lo expusimos en el auto planteando la cuestión prejudicial de interpretación), que cuando un particular revende sus joyas a un comerciante, el bien se reintroduce en el circuito empresarial para su procesamiento y posterior transmisión a otro empresario dedicado a la elaboración del oro de inversión, dando inicio nuevamente al ciclo de producción de ese oro de inversión; y cuando este empresario vende el oro (adquirido a un particular) a otro empresario, la base imponible del IVA es el importe de la venta que vuelve al circuito del IVA por su valor total, siendo así que al sujetar la venta del particular al empresario (como aquí sucede con TPO), podría producirse un doble gravamen sobre el valor del oro en el momento de su adquisición y en el de su reventa, pues no habría posibilidad de deducir el impuesto pagado en la primera fase (adquisición) en la fase ulterior (venta). (...)*

*La Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de junio de 2019 ha resuelto la duda en el sentido de que no está afectado el principio de neutralidad, de forma que –según su parte dispositiva–: “La Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido, y el principio de neutralidad fiscal deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que somete a un impuesto indirecto que grava las transmisiones patrimoniales, distinto del impuesto sobre el valor añadido, la adquisición por una empresa a los particulares de objetos con alto contenido en oro o en otros metales preciosos, cuando tales bienes se destinen a la actividad económica de dicha empresa, la*

cual, para su transformación y posterior reintroducción en el circuito comercial, revende los bienes a empresas especializadas en la fabricación de lingotes o piezas diversas de metales preciosos”.

*Esta sentencia despeja cualquier duda que pudiera plantearse sobre la posibilidad de que nuestra decisión (declarar sujetas a TPO estas operaciones) pueda afectar, distorsionándolo, al principio de neutralidad del IVA. (...)*

*La respuesta ha de ser afirmativa, declarando –por tanto– la sujeción de estas operaciones al tributo indicado en la medida en que lo esencial –como se ha dicho– es analizarlas desde la perspectiva del particular que enajena el bien por cuanto (i) es dicho particular el que realiza la transmisión y, por tanto, el hecho imponible del impuesto y (ii) no hay ningún precepto legal que exonere del gravamen por la circunstancia de que el adquirente sea un comerciante que actúa en el seno del giro o tráfico empresarial de su actividad».*

## 8 Universidades

### 8.1 Ayudas posdoctorales de la Xunta de Galicia. Incompatibilidad con ayudas o contratos previos

El TSJG, en su Sentencia de 9 de octubre de 2019 (rec. 47/2019, ponente: Seoane Pesqueira), interpreta restrictivamente la condición establecida por la Xunta de Galicia para el otorgamiento de sus ayudas posdoctorales, sobre incompatibilidades con otros contratos o becas previas:

*«(...) En el artículo 6.1.a de la orden de convocatoria se establece que con cada solicitud deberá aportarse documento firmado por la persona candidata a ser destinataria de la ayuda en el que se hagan constar, entre otros aspectos:*

*– Que la persona candidata no fue seleccionada en los programas posdoctorales de la Xunta de Galicia, en una convocatoria estatal de las actuaciones Juan de la Cierva, Formación posdoctoral, Juan de la Cierva-Formación o Juan de la Cierva-Incorporación.*

*– Que no disfrutó con anterioridad de ninguna ayuda y/o contrato postdoctoral que recoja estancias en centros de investigación en el extranjero de dos o más años de duración. (...)*

*El recurrente se atiene a que (...) el disfrute durante dos años se tiene que haber cumplido con anterioridad a la convocatoria. Y considera que tal causa no concurre en el demandante, porque en el momento de la convocatoria (publicada en mayo de 2018, siendo el 24 de junio de 2018 la fecha límite para presentación de las solicitudes) no había concluido el disfrute de la estadía en el extranjero (enero de 2019).*

*Dado que las bases de la convocatoria vinculan a todos los intervinientes, Administración, órganos calificadoros y aspirantes, la clave para decidir en este litigio se halla en el último inciso del artículo 2.d de la orden de convocatoria que anteriormente se ha transcrito, en concreto en la interpretación de la expresión “no haber disfrutado con anterioridad de ninguna ayuda y/o contrato posdoctoral que recoja estancias en centros de investigación en el extranjero de dos o más años de duración”.*

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS



Con arreglo al artículo 3.1 del Código civil, para una correcta interpretación no ha de atenderse sólo al sentido propio de las palabras, sino también al contexto, espíritu y finalidad de la norma.

No existe base para entender que el término “no haber disfrutado” sólo pueda comprender a quien ya ha agotado los dos o más años de duración de la estancia en centro de investigación en el extranjero, y, por el contrario, la expresión disfrute se refiere a obtención (“no haber obtenido”), de modo que quedaría excluido quien hubiera sido seleccionado con anterioridad para una ayuda y/o contrato de ese tenor, tanto en el caso de que en el momento de la convocatoria de la nueva ayuda ya se haya agotado aquel período de dos o más años, como en el de que todavía se esté disfrutando de esa anterior ayuda y estancia. Bastaría con haber logrado con anterioridad una ayuda y/o contrato postdoctoral que recoja una estancia en centro investigador extranjero de dos o más años de duración, para que el beneficiario haya de quedar excluido de la nueva ayuda.

En efecto, carecería de sentido excluir de la ayuda que se anuncia a quienes en el momento de la convocatoria de la nueva ayuda ya hayan agotado el período de dos o más años, y sin embargo incluir a quienes no lo hayan concluido, porque esta última inclusión podría conducir a la consecuencia de que se pudieran disfrutar al mismo tiempo las dos ayudas y/o contratos postdoctorales (la ya obtenida y la convocada), que incluso podrían disfrutarse en países extranjeros diferentes, lo que no resulta lógico.

El contexto abona la misma conclusión porque en su primer inciso el artículo 2.d de la orden de convocatoria, en relación a los programas posdoctorales de la Xunta de Galicia, la ayuda en una convocatoria estatal de las actuaciones Juan de la Cierva, Formación posdoctoral, Juan de la Cierva-Formación o Juan de la Cierva-Incorporación, se refiere a no haber sido seleccionado, y no tendría lógica que para la ayuda y/o contrato posdoctoral que recoja estancias en centros de investigación en el extranjero de dos o más años de duración no exigiese la misma condición.

La finalidad que parece perseguirse con aquel precepto de la orden de convocatoria es que quien ya ha obtenido una ayuda y/o contrato postdoctoral con estancia en el extranjero de dos años o más de duración no pueda ser seleccionado para conseguir esta ayuda, quizás para evitar la concentración de ayudas postdoctorales en un sólo candidato, y con ello tratar de distribuir las ayudas de ese tipo entre el mayor número de candidatos. Debido a que el señor ----- había obtenido un contrato de trabajo en el Centre National de la Recherche Scientifique (CNRS) de la Universidad de Montpellier de Francia con un período de duración de dos años, del 1 de enero de 2017 al 31 de enero de 2019, aunque en el momento de la convocatoria no hubiera concluido, concurre la causa de exclusión, y es conforme a derecho la actuación de la Administración».



# Regap

Recensiones

3



## Responsabilidad patrimonial de la Administración y privatización de servicios públicos



MARÍA VICTORIA ÁLVAREZ BUJÁN

Abogada  
Doctora en Derecho  
Universidad de Vigo

Recibido: 27/11/2019 | Aceptado: 19/12/2019

DOI: <https://doi.org/10.36402/10.36402/regap.v1i58.74>

regap



RECENSIONES

YÁÑEZ DÍAZ, C.: *Responsabilidad patrimonial de la Administración y privatización de servicios públicos*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, 432 pp. ISBN 978-84-1309-045-0.

La obra que comentamos, cuyo prólogo fue redactado por Juan José Rastrollo Suárez, consiste en una monografía de la autoría individual de Carlos Yáñez Díaz, letrado de la Comunidad Autónoma de Madrid, y reviste especial interés para todo jurista que se dedique al campo del derecho administrativo, ya que se centra en el estudio en profundidad de una de las instituciones más importantes para el derecho público, como es la responsabilidad patrimonial, que, como indica RASTROLLO SUÁREZ, a pesar de las deficiencias de su articulación que se deben corregir, constituye una de las principales razones de ser del derecho administrativo porque permite “*controlar los excesos del poder y garantizar que nada ni nadie se encuentre por encima de la ley*”.

Centrándonos ahora en la estructura de la propia obra, extensa necesariamente debido a la densidad de sus contenidos, pero no por ello menos amena y útil, debemos referir que, tras las abreviaturas empleadas, la redacción del prólogo y una introducción que sintetiza los aspectos más destacables de esta monografía, esta se encuentra distribuida en diez capítulos, organizados de una forma muy bien enfocada, que resulta clarificadora y didáctica para el lector o lectora.

En resumen, en el primero de ellos se realiza un estudio aproximativo acerca del fenómeno de la privatización a través del análisis de su concepto en la economía y en la sociología global para descender a su sentido en el derecho administrativo español, donde se desarrolla un examen de los pasos emprendidos para proceder a la privatización en nuestro país desde el siglo XIX, con las reformas de LÓPEZ-RODÓ hasta nuestros días, donde curiosamente sigue destacando la ausencia de un marco regulador.

A continuación, en el segundo capítulo, se trata la privatización como método empleado por el derecho privado para el cumplimiento de fines públicos. Se detiene aquí el autor, entre otros extremos y desde una óptica crítica, en el concepto funcional de privatización e en este fenómeno como huída del derecho administrativo.

En el capítulo tercero, que en nuestra opinión es uno de los *quids* de la monografía, se aclaran cuestiones de tanta relevancia como aquellas que se refieren a las diferencias entre derecho público y derecho privado, a los problemas que suscita la privatización en otros modelos de derecho comparado, a la relación de la privatización con el Estado social de derecho, a la necesidad de un control público de las actividades privadas, y al mecanismo de la responsabilidad patrimonial como un derecho de la ciudadanía y de las usuarias y usuarios de servicios públicos externalizados.

El capítulo cuarto desarrolla ese concepto de responsabilidad patrimonial de los poderes públicos, partiendo del postulado consagrado en el artículo 9.3 de nuestra Carta magna, para acto seguido continuar profundizando, en el capítulo quinto, en el ámbito subjetivo de la aplicación de la responsabilidad patrimonial del Estado. Estudia aquí el autor su aplicación a los distintos poderes públicos y el complejo concepto de “servicios públicos”. Más concretamente, resalta problemáticas relativas a los organismos autónomos, a las entidades públicas empresariales y a las sociedades mercantiles públicas, haciendo asimismo alusión a la relación de dependencia y a la teoría de levantamiento del velo como mecanismos de imputación de responsabilidad por los actos de entes instrumentales a la Administración matriz. Se detiene además en el examen de tres supuestos prácticos en el campo judicial: “Correos y Telégrafos, S.A.”, “Metro de Madrid, S.A.” y el “Canal de Isabel II”; realiza propuestas de reforma en este ámbito y estudia con un interesante enfoque el artículo 35 de la LRJSP, poniendo sobre la mesa la interrogante de si se trata de una solución o más bien de un espejismo.

Además de lo anterior, en el capítulo sexto se incide en la actuación indirecta de la Administración, haciendo peculiar mención a la problemática responsabilidad de contratistas y concesionarios tanto en el marco del derecho civil como del derecho administrativo.

Complementariamente, en el capítulo séptimo, se estudia la actuación de sujetos privados, denominados “colaboradores” de la Administración, junto con los riesgos que entraña esa colaboración entre administraciones públicas y entes privados, llevando a cabo, tras hacer referencia a la liberalización de servicios a partir de la Directiva “Bolkenstein”, un análisis de las posiciones existentes en la doctrina sobre la responsabilidad de estas entidades y la respuesta jurisprudencial dada por nuestros

tribunales, así como una comparativa de los modelos existentes sobre la responsabilidad de este tipo de entidades en otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno.

Los últimos capítulos se reservan para ser dedicados a determinadas entidades y figuras. Así, en el capítulo octavo se alude a las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social y al mutualismo administrativo, poniendo el acento en el caso “Muface”, como supuesto de responsabilidad derivada de la asistencia sanitaria prestada en el seno del mutualismo administrativo. En el capítulo noveno se recogen consideraciones de interés en lo que se refiere a los notarios y notarias, como funcionarios/as públicos/as cuya actividad está regulada por el derecho privado, y a los registros de la propiedad en su calidad de entes que proporcionan un servicio público. Finalmente, en el capítulo décimo, se tratan las entidades urbanísticas como colaboradoras de la Administración pública, destinando un epígrafe a profundizar en la figura de las juntas de compensación y entidades urbanísticas de conservación, su naturaleza y responsabilidades.

Como colofón a su obra, el autor plasma una serie de reflexiones finales, a modo de conclusiones, sobre la necesidad de reformular la responsabilidad patrimonial, su configuración y regulación en el ámbito jurídico español, donde destaca especialmente, entre otras ideas, conectadas con problemas que ya anunciaba en la introducción, la necesidad de *“una reacción del derecho administrativo que, eliminando rigideces innecesarias, posibilite que los ciudadanos no se vean privados de derechos ni de garantías”*.

En suma, a la vista del contenido global de la obra objeto de comentario, podemos concluir que, sin lugar a dudas, estamos ante un excelente trabajo de investigación, llevado a cabo con mucho rigor científico y académico y con un pulcro manejo de las fuentes bibliográficas y jurisprudenciales, pero no por ello se queda en un libro de mera aplicación teórica, sino que reviste al mismo tiempo un marcado carácter práctico que lo enriquece notablemente.

Por todo lo aquí expuesto, no podemos hacer otra cosa que no sea recomendar encarecidamente la lectura de esta obra jurídica a todos/as los/as profesionales del derecho y, con singularidades, a quienes tengan interés o curiosidad por profundizar en las temáticas relativas a la responsabilidad patrimonial de la Administración y la privatización de servicios públicos, así como a la relación entre ambas acepciones, teniendo en cuenta como horizonte que, como ya apunta en la introducción YÁÑEZ DÍAZ, *“Procede una reflexión sobre el objeto del derecho administrativo que cada vez resulta más difícil limitar a las relaciones entre una Administración con naturaleza jurídico-pública y los ciudadanos. Las nuevas formas de prestación de los servicios públicos exigen una actualización de este derecho para evitar que pierda su indiscutible carácter garantista”*.

Regap



RECENSIONES



# La dogmática del principio de subsidiariedad horizontal. Liberalización de sectores y el surgimiento de la Administración Pública Regulatoria en Perú



ALBA LORENZO GARCÍA

Universidade de Santiago de Compostela

Recibido: 05/12/2019 | Aceptado: 19/12/2019

DOI: <https://doi.org/10.36402/10.36402/regap.v1i58.95>

Regap



RECENSIONES

VIGNOLO CUEVA, O.: *La dogmática del principio de subsidiariedad horizontal. Liberalización de sectores y el surgimiento de la Administración Pública Regulatoria en Perú*, Editorial Palestra, Perú, 2019, 338 pp. ISBN: 978-61-2325-068-3.

Este interesante libro de Orlando Vignolo Cueva trata un tema que certamente está de actualidade tanto en Europa como en América. Presenta unha estrutura sistemática e precisa en que, de forma maxistral, se expoñen tres argumentos clave: a dogmática do principio de subsidiariedade horizontal, a liberalización de sectores económicos e o xurdimento da Administración Pública Regulatoria, en particular, no Perú.

Antes de pasar a comentar o fondo deste denso estudo, cómpre en primeiro lugar destacar o acerto do enfoque sistemático desta obra. Así, nela introdúcese a problemática e a realidade do seu obxecto de estudo tanto en España como no Perú, en principio, por separado, para facilitar a comprensión dos fenómenos, aínda que páxina tras páxina se incorpora unha elocuente comparativa entre as manifestacións do asunto estudado en ambos os dous países no contexto das súas realidades rexionais. E, en segundo lugar, hai que eloxiar a precisa e coidada redacción desta obra, a cal fai que a súa lectura non só sexa enriquecedora, senón mesmo amena para os seus destinatarios.

Deixando atrás as cuestións formais e estruturais, procede indicar brevemente o contido substantivo deste eminente traballo.



Nesta monografía comézase sinalando que no dereito peruano existe unha antiga tendencia cara ao principio de subsidiariedade social, tamén denominado horizontal. Así, é posible considerar esta figura como un invento baseado no consenso que o lexislador constituínte alcanzou no ano 1993. Do mesmo xeito, este principio tampouco é alleo á tradición española de finais do século pasado.

Como sinala o profesor Vignolo Cueva, é un concepto que recoñece numerosas variantes, ben que todas elas, realmente, son subnocións que van da man unhas doutras e na cúspide central da cal se atopan a natureza e dignidade humanas. Esta realidade sintetízase pola maior parte dos autores baixo a premisa de “primacía absoluta do home, de cada persoa humana e da súa irrenunciable dignidade, con cantas liberdades e dereitos iso supón”.

Pola súa vez, a liberalización de sectores económicos en España é un tema de discusión recorrente e que foi constantemente criticado pola nosa doutrina. Hoxe en día, o estudo desta cuestión céntrase, en esencia, en salvagardar a universalidade de acceso aos servizos públicos coa que se conta e en protexer os dereitos que esta leva consigo, dereitos que, nun Estado social e democrático, deben ser e son garantidos polos poderes públicos, sen prexuízo de concesións ou prerrogativas. O Estado español, dada a súa condición democrática, non vai poder permitirse a insatisfacción destes dereitos fundamentais prestacionais, pero non soamente debe garantir aqueles que de xeito expreso se recoñecen na Constitución, senón tamén aqueloutros que de maneira implícita se agochan nela.

Entrando xa no proceso de liberalización, débese pór de manifesto que este presenta, quizais, un aspecto máis social que político. Pero, en todo caso, non se ten que esquecer que onde política e sociedade se mesturan é onde cabe reducir ao mínimo a participación estatal en sectores que presentan unha gran transcendencia para a sociedade, como poden ser, por exemplo, os servizos en rede. Trátase de permitir o abandono das técnicas e institutos do dereito administrativo para adoptar institucións propias do dereito privado, máis dúctiles. Este paso constitúe a xa famosa “fuxida do dereito administrativo”, sobre a que moito se escribiu e discutiu.

Os procesos liberalizadores acontecidos en ambos os dous países presentaron catro notas características comúns: a) o repregamento do Estado; b) a articulación mediante reformas de carácter estatal e propiamente administrativas; c) a privatización, que, aínda que tivo un papel predominante, non foi suficiente para levar a cabo este proceso, de modo que se complementou con outras figuras, como a desregularización e a recuperación de protagonismo prestacional por parte dos suxeitos particulares; e d) a amplitude dos procesos, non só no campo material, xa que abrangueron numerosísimos aspectos, tanto sociais como xurídicos, senón tamén no ámbito cronolóxico, pois estendéronse durante longas etapas temporais.

A existencia duns marcos constitucionais o suficientemente fortes como para amparar un réxime económico de tipo mixto, tanto en España como no Perú, foi determinante, pois permitiu que os axentes económicos privados interviñesen con maior intensidade en diversos sectores económicos sen que se puidesen levantar trabas insuperables. Así, pouco a pouco, substituíuse a prestación directa de múltiples

servizos por parte do Estado aos cidadáns pola erogación das devanditas prestacións aos mesmos por outros suxeitos privados. Configurouse, deste xeito, un novo rol público: o Estado regulador, que de forma tan precisa analizou José Esteve Pardo.

Neste marco de creación do Estado regulador, o Estado non desaparece como actor nin se mostra pasivo. Así, aínda que se vai desfacer de prestacións directas, imporalle obrigas públicas ou de servizo público a todo aquel operador que interveña no mercado liberalizado en réxime de competencia regulada.

As cargas ou obrigas públicas a que se fai referencia van estar previstas nos mecanismos de regulación e a súa función consiste en garantir o acceso universal dos cidadáns aos servizos económicos de interese xeral. É dicir, basicamente o Estado quere asegurar que se oferte unha maior cobertura a nivel cuantitativo, pero sen perder calidade a nivel cualitativo.

A liberalización, como fenómeno, vai traer tras si consecuencias non só a nivel xurídico, senón tamén noutros ámbitos, aínda que sexa de xeito máis indirecto. Deste modo, créase unha nova forma de intervención pública, tanto na propia sociedade como na economía, que vai transformar a técnica de servizo público e que se centra nos seguintes puntos: 1) o alcance da cobertura dos servizos; 2) a garantía de acceso aos ditos servizos con tarifas e custos accesibles; e 3) o deseño e a implementación de mecanismos económico-financeiros para facer posible o anterior.

Prodúcese unha retirada do Estado da xestión directa de certos servizos; non obstante, de maneira paralela, desprégase unha regulación sectorial que impide “a desviación do cumprimento das obrigas que teñen as empresas prestadoras” (Eduardo Virgala).

En España impúxose o fenómeno da competencia, así como o proceso liberalizador, xa ben entrada a década dos noventa do século pasado por imposición da Unión Europea. Pola súa parte, o proceso liberalizador debe o seu nacemento á existencia dun novo Estado baseado en dous piares: o seu carácter regulador e a súa natureza profundamente administrativa. Pola súa banda, no Perú adóptase este fenómeno da liberalización a xeito de política de carácter público. O motivo foi a súa inserción no plano económico internacional, nun contexto de debilidade económica, e a consecuente submisión ás regras neoliberais de xogo do Consenso de Washington (un conxunto de dez fórmulas que se erixiron como o paquete de reformas «estándar» que han de pór en práctica os países en desenvolvemento azoutados por crises, segundo o Fondo Monetario Internacional ou o Banco Mundial, entre outras institucións internacionais). Deste xeito, a liberalización no Perú foi un mecanismo desenvolvido de forma urxente para tratar de pór punto final á mala calidade de servizos públicos que se estaban a prestar.

En conclusión, os procesos de liberalización español e peruano aseméllanse en canto aos seus aspectos xurídico e social, e diferéncianse no contexto socioeconómico en que se produce o propio fenómeno. Cómpre salientar tamén a influencia da doutrina europea sobre a intervención prestacional do Estado, da cal bebeu o dereito administrativo de toda Hispanoamérica ata os nosos días.

regap



RECENSIONES

Por último, é imperativo rematar esta recensión afirmando que, sen dúbida ningunha, esta monografía do profesor Orlando Vignolo Cueva constitúe, tanto polo rigor científico con que foi elaborada como pola claridade das súas explicacións, un libro de cabeceira para todos os estudosos do dereito administrativo económico, xa que nesta obra, á marxe dun exhaustivo exame do tema abordado, se atopan non poucas reflexións novidosas respecto do principio de subsidiariedade horizontal que a fan merecedora de especial atención pola doutrina.

## La docencia universitaria en el ámbito de las ciencias sociales y jurídicas. Entre la innovación y la tradición



JULIA MARÍA GARCÍA MORALES

Graduada en Historia del Arte  
Máster en Tutela del Patrimonio Histórico-Artístico  
Estudiante Máster de Enseñanza Obligatoria y Bachillerato  
Universidad de Granada  
juliagarciamo@correo.ugr.es

Recibido: 10/12/2019 | Aceptado: 19/12/2019

DOI: <https://doi.org/10.36402/10.36402/regap.v1i58.119>

Regap



RECENSIONES

GARCÍA LOZANO, L. M. (dir.), y NICOLÁS GARCÍA, J. N. (dir.): *La docencia universitaria en el ámbito de las ciencias sociales y jurídicas. Entre la innovación y la tradición*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019, 188 pp. ISBN: 978-84-1309-822-7.

Por medio de esta reseña tratamos de analizar el libro colectivo dirigido por los profesores García Lozano y Nicolás García en el que se examina el sistema educativo universitario español en el ámbito de las ciencias jurídicas y sociales, comparándolo con el de otras universidades europeas, demostrando cómo ha crecido y ha avanzado el primero en los últimos años –a pesar de que no se haya producido el suficiente reconocimiento social– con el fin de: “mejorar la vida y prestar un servicio público de calidad a los nuevos estudiantes universitarios y a la sociedad”. Esto se pone de manifiesto por medio de los diecinueve capítulos que vertebran el libro, escritos por diferentes docentes universitarios, probando la gran calidad que están adquiriendo y atesorando las universidades españolas.

El primer capítulo, cuya autoría corresponde al profesor de la Universidad Carlos III D. Luis Miguel García Lozano, lleva por título: “La impregnación de Europa y los valores de la Unión en los estudios universitarios”. En esta investigación se analiza la pérdida de los valores europeos y la presencia de otros nuevos que están llevando a la

población hacia un cambio de mentalidad contra el sistema democrático y el Estado de Derecho. Si bien es cierto que, desde que se formó la Universidad, su objetivo fue impartir conocimiento pero no formar en valores, ya que estos eran uniformes en toda Europa, la situación cambió a partir del siglo XX con la llegada de un flujo de inmigrantes que proporcionó: “[...] en la escena europea valores y principios de civilizaciones realmente distintas a la nuestra, y que incluso supusieron una confrontación clara y directa contra nuestros valores”.

El profesor sustituto interno de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada D. Antonio Pérez Miras y la profesora ayudante doctora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada D.<sup>a</sup> Valentina Faggiani han realizado el segundo capítulo de este estudio sobre: “La transversalidad de los valores constitucionales en el espacio europeo de educación superior”. Este trabajo aborda la nueva regulación de las enseñanzas superiores en España por medio del Real decreto 1393/2007, de 29 de octubre, que tiene como objetivo no solo una formación académica, sino también humana, integral, plural y diversa, incluida en los planes educativos, entendiéndose así la Universidad como: “la gran institución de formación profesional de Europa”.

El tercer capítulo corre a cargo, nuevamente, de D. Luis Miguel García Lozano, designado como: “La presencia de los valores religiosos en los planes de estudios universitarios a la vista de los tratados de la Unión”. En él se estudia cómo los valores religiosos no han quedado en una dimensión privada, sino que han acompañado a la sociedad potenciando su formación, aunque en las últimas décadas han quedado relegados a un segundo plano, cargados de ciertos prejuicios. Sin embargo, es necesario volver a rescatarlos, junto a otros valores cívicos europeos, con el fin de integrarlos dentro de los programas educativos, señalando el interés que tienen para los jóvenes universitarios: “para que tengan un conocimiento claro de su importancia para la evolución de nuestro continente y la construcción de la ciudadanía europea”.

El profesor ayudante doctor de la Universidad Nacional de Educación a Distancia D. Rafael Sanz Gómez y D. José Miguel Martín Rodríguez, profesor ayudante doctor de la Universidad Pablo de Olavide, llevan a cabo el cuarto capítulo de esta monografía, con el epígrafe: “Estructuración de los títulos y calidad de la enseñanza”. Ambos autores investigan la implantación del Real decreto 43/2015, que ha modificado la organización de los estudios universitarios, dando lugar a instaurar 3+2 de grado y máster en lugar del 4+1, estudiando la repercusión y las consecuencias que tiene en el sistema universitario español.

El capítulo quinto está elaborado por D. Francisco Miguel Bombillar Sáenz, profesor contratado doctor de la Facultad de Derecho en la Universidad de Granada, y D. Luís Miguel García Lozano, profesor de la Universidad Carlos III, bajo el título: “Una reflexión acerca de los TFGS por tutores y tribunales”. Estos investigadores examinan las problemáticas que ha supuesto el establecimiento de los TFGS debido a: “[...] una falta de tradición investigadora entre el alumnado español, unido a un sobrepasado profesorado, con apenas tiempo para dedicarlo a tal menester”. Ante esta situación, se intenta buscar una solución que permita una adecuada tutorización y realización

de los trabajos de iniciación a la investigación que suponen el colofón a los estudios de grado.

D.<sup>a</sup> Cristina Moreno Martínez, profesora contratada doctora de la Universidad de Murcia, es la encargada de efectuar el sexto capítulo, dedicado a: “La tutorización de los trabajos de fin de título. Ventajas y desventajas para el docente”. Esta autora reflexiona sobre la existencia del trabajo fin de grado, por un lado, como “una puesta a prueba” de las competencias que se han obtenido durante los estudios de grado; por otro, investiga las ventajas e inconvenientes que se presentan para el tutor y/o tutores de dicho trabajo.

El séptimo capítulo, realizado por D. Antonio Pérez Miras, profesor sustituto interino del departamento de Derecho Constitucional en la Universidad de Granada; D. Fernando Pérez Domínguez, profesor de Derecho Público y del Trabajo de la Universidad de Huelva; y D. Germán Manuel Teruel Lozano, profesor ayudante doctor de Derecho Constitucional en la Universidad de Murcia, con el título: “A propósito de los TFGS y TFMS de disciplinas jurídicas”. Estos autores se centran en un análisis sobre la necesidad de hacer los trabajos finales para la obtención del título en cada uno de los ciclos en el ámbito jurídico, y la comparación de estos con otros trabajos llevados a cabo en diferentes universidades europeas.

D. Pedro Jesús Pérez Zafrilla, profesor titular del Departamento de Filosofía de la Universidad de Valencia, aborda el octavo capítulo, denominado: “Repensando los procesos de acreditación docente: el horizonte de la excelencia”. El doctor Pérez Zafrilla revisa en este punto el término de “calidad docente” según lo planteado por los organismos de acreditación del profesorado universitario. Además, sugiere un nuevo modelo basado menos en la cantidad y más en la “excelencia del profesional”.

El noveno capítulo, “Sobre la idónea incorporación del profesorado interino: una visión práctica desde la Universidad de Granada”, ha sido redactado por diferentes profesores vinculados al Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada, como son: D. Augusto Aguilar Calahorra, D. Miguel José Arjona Sánchez, D.<sup>a</sup> Eloísa Pérez Conchillo y D. Antonio Pérez Miras. En este punto se trata la incorporación de nuevo personal docente universitario a un departamento, partiendo de la experiencia reflexiva, personal y práctica de los miembros que figuran como autores del artículo, marcados por una premisa: la precariedad laboral que sufre la Universidad.

El décimo capítulo versa sobre: “Los ránkines y la determinación de la calidad universitaria”. Este ha sido desarrollado por: D. Antonio Pérez Miras, profesor del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada; D. Joaquín Sarrión Esteve, profesor del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Educación a Distancia; y D.<sup>a</sup> Belén Burgos Garrido, doctoranda de la Universidad de Granada. Dichos autores centran esta investigación en el estudio de los diferentes ránkines universitarios, ya sea a nivel nacional o internacional, desde una perspectiva crítica, resaltando su déficit de transparencia, sus discrepancias, entre otros aspectos.

D. José Neftalí Nicolás García, profesor asociado de la Universidad de Murcia, es el encargado de realizar el undécimo capítulo, con el epígrafe: “La calidad en el sistema

Regap



RECENSIONES

universitario”. Dicho estudio analiza los parámetros de calidad, impuestos a los docentes y a las universidades, que han sido desarrollados por agencias independientes, así como los creados en el seno de las propias universidades.

El duodécimo capítulo de esta monografía pertenece a la doctoranda de la Universidad Católica de Murcia D.<sup>a</sup> Inmaculada Olmos Rubio, titulado: “La calidad docente como forma de excelencia”. Esta autora examina la concepción del término de la excelencia en la esfera de la docencia universitaria. Por tanto, un profesor excelente no es solo aquel que imparte y recibe conocimiento, sino también el que “realiza investigaciones que pone por escrito y se consultan e incluso se venden en modo sensible”.

El decimotercero capítulo es obra de D. Juan Francisco Sánchez Barrilao, profesor titular del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada, con el título: “Páginas webs departamentales en apoyo de la docencia”; en él se pone de manifiesto la evolución que estas han sufrido y su importancia para los alumnos universitarios con el fin de obtener una mayor información de interés docente.

La doctoranda de la Universidad de Granada D.<sup>a</sup> Belén Burgos Garrido ha desarrollado el decimocuarto capítulo, acerca de: “Las nuevas tecnologías en las profesiones jurídicas: una necesidad formativa”. La autora resalta el gran proceso de informatización que vive la sociedad actual y que, por ende, afecta al mundo del derecho, en el modo de interrelacionarse, de trabajar, etc., lo que ha conllevado la aparición de nuevas metodologías laborales.

A la profesora contratada doctora del Departamento de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad Católica de Murcia D.<sup>a</sup> Patricia Blanco Díez le corresponde la autoría del decimoquinto capítulo: “Las tareas evaluativas a través de las plataformas digitales”. Esta autora efectúa una revisión de la opinión de distintos autores que se han dedicado al análisis del aprendizaje (métodos, transmisión del conocimiento, modalidades, etc.) en la educación a distancia, concretamente en la modalidad *online*, arrojando nuevas percepciones sobre la metodología de este tipo de enseñanza.

El decimosexto capítulo está dedicado a: “Las TIC en la docencia universitaria: el uso de plataformas digitales”. Ha sido redactado por los profesores D. Antonio Pérez Miras, D. Luis Miguel García Lozano, D.<sup>a</sup> Patricia Blanco Díez y D.<sup>a</sup> Cristina Benlloch Domènech. Los mencionados autores indican la innovación que se ha producido a la hora de impartir docencia universitaria, con la introducción de plataformas de campus virtuales para apoyar la enseñanza, obteniendo una mayor cercanía con los alumnos, superando el espacio físico que tiene el aula a partir de sus propias experiencias educativas.

El doctorando D. Francisco Ramón Villaplana Jiménez, profesor asociado de Ciencias Políticas y de la Administración en la Universidad de Murcia, es el autor del decimoséptimo capítulo, titulado: “La conformación de los tribunales examinadores: ¿unidad de materia o multidisciplinariedad?” Este profesor hace hincapié en la importancia de la conformación de los tribunales examinadores de los trabajos finales de grado y máster para obtener un óptimo resultado en cada caso. Para ello,



parte de investigar las ventajas e inconvenientes que presentan los dos métodos que existen para la configuración de dichos tribunales, unidisciplinar y multidisciplinar, aportando una serie de conclusiones y recomendaciones.

El decimoctavo capítulo corre a cargo del doctorando D. Francisco Ramón Villaplana Jiménez y la profesora D.<sup>a</sup> Antonia González Salcedo, bajo el título: “La adaptación práctica de la metodología docente a estudiantes con TEA en estudios universitarios de ciencias sociales y jurídicas”. Ambos investigadores abordan los diferentes retos sociales y de interrelación que presentan los estudiantes universitarios con Trastornos del Espectro del Autismo, profundizando en las aplicaciones de diferentes adaptaciones –de materiales, de prácticas entre otras–, desde una perspectiva teórico-práctica en el ámbito de las ciencias sociales con el objetivo de conseguir una enseñanza adecuada y de éxito para este tipo de alumnos.

El libro conjunto se cierra con el capítulo elaborado por el profesor D. Miguel José Arjona Sánchez sobre: “Los planes de acogida para los estudiantes universitarios de primer curso”. Este autor expone la necesidad de estructurar un buen plan de acogida para la llegada de los nuevos alumnos, a través de cinco fases clave, que cuente con la colaboración de todo el personal universitario –docente, administrativo y de servicios–, con el fin de asegurar una excelente integración social y académica en la Universidad, reduciendo así la tasa de abandono.

regap



RECENSIONES



# 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 estar 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 “Notas”.
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 autor/a/es/as, o nome da institución de adscrición, o país da institución e o enderezo electrónico do 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 "Notas".
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 autor/a/es/as, el nombre de la institución de adscripción, el país de la institución y la dirección electrónica del autor/a/es/as.
  - b) Un resumen (de un máximo de 120 palabras) en el idioma en que se presenta el texto principal y su traducción al inglés, si no es ésta la lengua utilizada en su redacción.
  - c) Una relación de un mínimo de cinco palabras clave, y un máximo de diez, que identifiquen las materias sobre las que versa el texto principal, y su versión al idioma

inglés, si no es ésta la lengua usada en su redacción.

d) Sumario siguiendo la estructura de la CDU. (Ejemplo: 1, 1.1, 1.1.1, 1.1.1.a ...).

e) El cuerpo principal del texto.

f) La bibliografía.

5. Los trabajos deberán ser cuidadosamente revisados por la(s) persona(s) responsable(s) de su autoría en lo tocante al estilo, y respetarán además los siguientes requisitos:

a) Todos los trabajos deberán ser presentados a un espacio y medio, con formato de fuente *Times New Roman*, tamaño 12.

b) Las notas figurarán a pie de página, guardarán una numeración única y correlativa para todo el trabajo, y se ajustarán al siguiente modelo:

- LIBRO: AUTOR, *Título de la publicación*, núm. Edición, lugar de la publicación, editor, año, página.

- AUTOR, "Título del artículo". *Título de la fuente* (revista u otra colectiva), número, año, páginas.

c) La bibliografía deberá contener con exactitud toda la información de los trabajos consultados y citados (autoría, título completo, editor, ciudad y año de publicación; si se trata de una serie, serán indicados el título y el número del volumen o la parte correspondiente).

d) Los documentos, fuentes o bases de datos publicados en Internet deberán indicar el URL respectivo, indicando la fecha de consulta. Por ejemplo: <http://egap.xunta.es/publicacions/publicacionsPorCategoria/12> (26 de septiembre de 2013)

6. Derechos de autoría. Una vez que el Consejo Editorial acepte publicar cualquier material (artículo o recensión) recibido, los derechos exclusivos e ilimitados para reproducir y distribuir los trabajos en cualquier forma de reproducción, idioma y país serán transferidos a la *Escola Galega de Administración Pública* (EGAP).





## SELECTION AND EVALUATION PROCESS OF ORIGINALS

The selection of texts that will be included in the *Galician Magazine of Public Administration* is based on the following criteria; originality, novelty, relevance and accuracy. Original texts that do not meet requirements listed below will be returned to the authors to be corrected before being submitted for evaluation. Once originals have been received and checked that comply with publication requirements, the Secretary will confirm that the original texts have been received and give an estimated date to be accepted. Texts will be reviewed by two (Phd or equivalent) experts from out of the editorial board. Evaluation process will be anonymous to ensure the independence in the selection. The texts will be evaluated as accepted, accepted with modifications or rejected. In the case the text is accepted with modifications, the publishing team will be in charge of following up the resubmission of the text (author will be informed). In the case of the text being rejected, the original will be returned to the author together with the evaluation assessment. Before the text is published the author will receive by email a final copy to make any changes on the final edition if needed in the next fifteen days.

## PUBLICATION REQUIREMENTS

1. Proposals of collaboration with the *Galician Magazine of Public Administration* will be through the electronic platform available at the following link: <https://egap.xunta.gal/revistas/REGAP>
2. The original texts will be received before 15<sup>th</sup> of May and of May and before 15<sup>th</sup> 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 "Notes".
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> (26<sup>th</sup> 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).











Escola Galega de  
Administración  
Pública



Xacobeo 2021

galicia



XUNTA  
DE GALICIA