

# 65 Regap

## Revista Galega de Administración Pública

Núm. 65 (xaneiro-xuño 2023)

**\_ESTUDIOS [01] FERREIRA FERNÁNDEZ, Antonio Javier.** Os encargos a medios propios: Análise do caso do servizo de limpeza da Universidade de Santiago de Compostela **[02] ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Ignacio.** A liberdade académica como tesouro constitucional **[03] FUENTES I GASÓ, Josep Ramón.** Prevención e seguridade públicas na Administración local de Cataluña: Unha perspectiva integrada **[04] PREVITI, Luigi.** A colaboración entre sector público e privado no sistema de seguridade cibernética: reflexións a partir da estratexia europea e italiana **\_COMENTARIOS E CRÓNICAS [05] NOVOA FALCÓN, José Manuel.** O complemento de produtividade e a súa vinculación cos servizos prestados **[06] REY VARELA, José Manuel.** Dereito social á auga e os principios de solidariedade e eficacia administrativa previstos na lei galega de mellora de xestión do ciclo integral da auga **[07] DE COMINGES CÁCERES, Francisco.** Xurisprudencia contencioso-administrativa **\_RECENSIÓNS [08] SARMIENTO MÉNDEZ, Xosé Antón.** Fundamentos de dereito parlamentario español **[09] RUIZ MAGAÑA, Inmaculada.** Reformas para la cohesión territorial de España **[10] RIQUELME VÁZQUEZ, Pablo.** Los derechos fundamentales como derechos de defensa. Reconstrucción jurisprudencial de su contenido prescriptivo

**\_ESTUDIOS [01] FERREIRA FERNÁNDEZ, Antonio Javier.** Los encargos a medios propios: Análisis del caso del servicio de limpieza de la Universidad de Santiago de Compostela **[02] ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Ignacio.** La libertad académica como tesoro constitucional **[03] FUENTES I GASÓ, Josep Ramón.** Prevención y seguridad públicas en la Administración local de Cataluña: Una perspectiva integrada **[04] PREVITI, Luigi.** La colaboración entre sector público y privado en el sistema de seguridad cibernética: reflexiones a partir de la estrategia europea e italiana **\_COMENTARIOS Y CRÓNICAS [05] NOVOA FALCÓN, José Manuel.** El complemento de productividad y su vinculación con los servicios prestados **[06] REY VARELA, José Manuel.** Derecho social al agua y los principios de solidaridad y eficacia administrativa previstos en la ley gallega de mejora de gestión del ciclo integral del agua **[07] DE COMINGES CÁCERES, Francisco.** Jurisprudencia contencioso-administrativa **\_RECENSIONES [08] SARMIENTO MÉNDEZ, Xosé Antón.** Fundamentos de dereito parlamentario español **[09] RUIZ MAGAÑA, Inmaculada.** Reformas para la cohesión territorial de España **[10] RIQUELME VÁZQUEZ, Pablo.** Los derechos fundamentales como derechos de defensa. Reconstrucción jurisprudencial de su contenido prescriptivo



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

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

#### CONSELLO DE REDACCIÓN:

Directora: **Sonia Rodríguez-Campos González**, Directora de la EGAP, España, directora técnica: **Diana Santiago Iglesias**, Universidade de Santiago de Compostela, España, secretario: **Alejandro Villanueva Turnes**, Universidade de Santiago de Compostela, España, vogais do Consello editorial: **Luis Míguez Macho**, Universidade de Santiago de Compostela, España; **Juan José Raposo Arceo**, Universidade de A Coruña, España; **Marcos Almeida Cerredá**, Universidade de Santiago de Compostela, España; **Beatriz Allegue Requeijo**, Xunta de Galicia, España; **José Manuel Blanco González**, Xunta de Galicia, España; **José Julio Fernández Rodríguez**, Universidade de Santiago de Compostela, España; **Juan José Gallego Fouz**, Consello Consultivo de Galicia, España; **Patricia Iglesias Rey**, Consello de Contas de Galicia, España; **Jacinto Lareo Jiménez**, Universidade de Vigo, España; **Ana María López Guizán**, Consello Consultivo de Galicia, España; **Antonio Cándido Macedo de Oliveira**, Universidade do Minho, Portugal; **Jesús Martínez Girón**, Universidade de A Coruña, España; **Montserrat María Otero Oitavén**, Universidade de Vigo, España; **Santiago Antonio Roura Gómez**, Universidade de A Coruña, España; **Carlos Pérez González**, Consello de Sada, España; **Manuel Pillado Quintáns**, Xunta de Galicia, España; **José Antonio Redondo López**, Universidade de Santiago de Compostela e Consello de Contas, España; **Xosé Antón Sarmiento Méndez**, Universidade de Santiago de Compostela, España

#### COMITÉ CIENTÍFICO:

**Jean-Bernard Auby**, SciencesPo, Francia; **Luis Béjar Rivero**, Universidad Panamericana, México; **Roberto Blanco Valdés**, Universidade de Santiago de Compostela, España; **María José Bravo Bosch**, Universidade de Vigo, España; **María Pilar Canedo Arrillaga**, Deustuko Unibertsitatea, España; **Pedro Costa Gonçalves**, Universidade de Coimbra, Portugal; **Iñigo Del Guayo Castiella**, Universidade de Almería, España; **Antonio Fernández de Buján y Fernández**, Universidad Autónoma de Madrid, España; **Juan Ramón Fernández Torres**, Universidad Complutense de Madrid, España; **Giuseppe Franco Ferrari**, Università Luigi Bocconi, Italia; **Jesús Fuentetaja Pastor**, Universidad Nacional a Distancia, España; **José García Pita y Lastres**, Universidade de A Coruña, España; **Julio González García**, Universidad Complutense de Madrid, España; **Vicente González Radio**, Universidade de A Coruña, España; **Carlos Lema Devesa**, Universidad Complutense de Madrid, España; **María Belén Noguera de la Muela**, Universidade de Barcelona, España; **Fernanda Paula Oliveira**, Universidade de Coimbra, Portugal; **Miguel Pérez Álvarez**, Universidade de A Coruña, España; **Thomas Perroud**, Université Panthéon-Sorbonne, Francia; **Johann-Christian Pielow**, Ruhr-Universität Bochum, Alemania; **Giuseppe Piperata**, Universidade de Venecia, Italia; **Ricardo Rivero Ortega**, Universidade de Salamanca, España; **Jaime Rodríguez-Arana Muñoz**, Universidade de A Coruña, España; **Joan Manuel Trayter Jiménez**, Universidade de Girona, España; **Claudia Tubertini**, Universidade de Bolonia, Italia

#### Entidade editora:

ESCOLA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Rúa de Madrid 2-4 – As Fontiñas

15707 Santiago de Compostela (Galicia, España)

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

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

<b>Periodicidade:</b> semestral <b>Formato:</b> en liña   papel <b>ISSN-L:</b> 1132-8371 <b>DOI:</b> <a href="https://doi.org/10.36402/regap.v0i63">https://doi.org/10.36402/regap.v0i63</a> <b>Depósito legal:</b> C-1.596-91 <b>Tradución e supervisión lingüística:</b> Ramiro Combo García <b>Deseño cuberta:</b> Campus na nube, SL <b>Deseño gráfico e impresión:</b> Campus na nube, SL	<b>Siglas utilizadas:</b> UDC: Universidade da Coruña USC: Universidade de Santiago de Compostela UVigo: Universidade de Vigo UAM: Universidad Autónoma de Madrid UB: Universitat de Barcelona UCM: Universidad Complutense de Madrid UdG: Universitat de Girona UNED: Universidad Nacional de Educación a Distancia USAL: Universidad de Salamanca IUAV: Università IUAV di Venezia RUB: Ruhr-Universität Bochum UC: Universidade de Coimbra UNIBO: Università di Bologna
---	---

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

# Regap

Revista Galega de Administración Pública

ISSN-L: 1132-8371

Núm. 65, xaneiro-xuño 2023 \ Number 65, January-June 2023

## Sumario/Summary

### 1 ESTUDOS / STUDIES

**Antonio Javier Ferreira Fernández**

Os encargos a medios propios: Análise do caso do servizo de limpeza da Universidade de Santiago de Compostela ..... 5  
*Commissioning of own resources: Case study of the University of Santiago de Compostela cleaning service*

**Ignacio Álvarez Rodríguez**

A liberdade académica como tesouro constitucional ..... 49  
*Academic freedom as a constitutional treasure*

**Josep Ramon Fuentes i Gasó**

Prevenção e seguridade públicas na Administración local de Cataluña: Unha perspectiva integrada ..... 73  
*Prevention and public safety at the local Administration of Catalonia: An integrated perspective*

**Luigi Previti**

A colaboración entre sector público e privado no sistema de seguridade cibernética: reflexións a partir da estratexia europea e italiana. .... 105  
*Public-private collaboration in the cybersecurity system: reflections from the European and Italian strategy*

### 2 COMENTARIOS E CRÓNICAS / COMMENTS AND CHRONICLES

**José Manuel Novoa Falcón**

O complemento de produtividade e a súa vinculación cos servizos prestados . 127

*Productivity bonus and its link with the services rendered*

**José Manuel Rey Varela**

Dereito social á auga e os principios de solidariedade e eficacia administrativa previstos na lei galega de mellora de xestión do ciclo integral da auga ..... 139

*The social right to water and the principles of solidarity and administrative efficiency provided for in the Galician law on the improvement of managing the integral water cycle*

**Francisco de Cominges Cáceres**

Xurisprudencia contencioso-administrativa ..... 155

*Contentious-administrative jurisprudence*

### **3 RECENSIÓNS / REVIEWS**

**Xosé Antón Sarmiento Méndez**

Fundamentos de derecho parlamentario español ..... 193

**Inmaculada Ruiz Magaña**

Reformas para la cohesión territorial de España ..... 197

**Pablo Riquelme Vázquez**

Los derechos fundamentales como derechos de defensa.  
Reconstrucción jurisprudencial de su contenido prescriptivo. .... 201

# Regap

Estudios

1





Revista Galega de Administración Pública, EGAP  
Núm. 65\_xaneiro-xuño 2023 | pp. 5-48  
Santiago de Compostela, 2023

<https://doi.org/10.36402/regap.v1i65.5007>

© Antonio Javier Ferreira Fernández

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

Recibido: 21/11/2022 | Aceptado: 29/11/2022

Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

# Os encargos a medios propios: Análise do caso do servizo de limpeza da Universidade de Santiago de Compostela

Los encargos a medios propios:  
Análisis del caso del servicio  
de limpieza de la Universidad  
de Santiago de Compostela

Commissioning of own  
resources: Case study of the  
University of Santiago de  
Compostela cleaning service

65 Regap

Regap



ESTUDIOS

ANTONIO JAVIER FERREIRA FERNÁNDEZ

Catedrático de Dereito Administrativo

Universidade de Santiago de Compostela

ferreira.fernandez@usc.es

**Resumo:** Partindo dun caso real, o encargo á Fundación USC M.P. da xestión do servizo de limpeza da Universidade, preténdense analizar as cuestións problemáticas que presentan os encargos a medios propios e expor as solucións adoptadas, así como as dúbidas que estas solucións suscitaron e suscitan. Trátase de aproximar o lector a unha cuestión complexa, chea de incertezas e dúbidas e que se atopa *sub iudice*. Ao ser un caso aberto, pode servir de pauta a outros operadores xurídicos na medida en que nos atopamos ante unha problemática viva, controvertida e de plena actualidade nun contexto onde a eficiencia debe ser un dos principios basilares da xestión dos recursos públicos.

**Palabras clave:** Contratación pública, medio propio, xestión de servizos públicos, universidades, xestión directa.

**Resumen:** Partiendo de un caso real, el encargo a la Fundación USC M.P. de la gestión del servicio de limpieza de la Universidad, se pretende analizar las cuestiones problemáticas que presentan los encargos a medios propios y exponer las soluciones adoptadas, así como las dudas que estas soluciones han plan-

teado y plantean. Se trata de aproximar al lector a una cuestión compleja, llena de incertidumbres y dudas y que se encuentra *sub iudice*. Al ser un caso abierto, puede servir de pauta a otros operadores jurídicos en la medida en que nos encontramos ante una problemática viva, controvertida y de plena actualidad en un contexto donde la eficiencia debe ser uno de los principios basilares de la gestión de los recursos públicos. **Palabras clave:** Contratación pública, medio propio, gestión de servicios públicos, universidades, gestión directa.

**Abstract:** Based on a real case, the commission to the USC M.P. of the management of the cleaning service of the University, it is intended to analyze the problematic issues raised by the commissions to own media and expose the solutions adopted, as well as the doubts that these solutions have raised and raise. It is about bringing the reader closer to a complex issue, full of uncertainties and doubts and that is *sub iudice*. Being an open case, it can serve as a guideline for other legal operators to the extent that we are faced with a lively, controversial and current problem in a context where efficiency must be one of the basic principles of public resource management.

**Key words:** Public contracting, own means, management of public services, universities, direct management.

**SUMARIO:** 1 Introducción. 2 Caracterización xeral dos encargos a medios propios. 2.1 Requisitos do medio propio. En particular, o control análogo e o obxecto do encargo. 2.2 Os encargos a medio propio e a libre concorrencia. 3 O encargo do servizo de limpeza á Fundación USC. 3.1 Normativa na USC. 3.2 Os precedentes. 3.3 A declaración como medio propio da Fundación USC-Deportiva. 3.4 O encargo. 3.5 Os resultados do encargo. 3.6 O litixio. 4 A modo de reflexión final.

## 1 Introducción

En 2018, coa chegada dun novo equipo reitoral, o encabezado pola candidatura de Antonio López, a Universidade de Santiago de Compostela (en diante USC) atopouse coa urxencia de facer fronte a unha delicada situación económica que obrigaba a presentar un plan económico-financieiro, cos consecuentes temidos recortes. Non era a primeira vez que a USC debía presentar un plan de axuste. En concreto, en 2014 o anterior equipo tivera que enfrontarse a un plan de reequilibrio económico-financieiro, cuxa base foi, fundamentalmente, o aforro no capítulo de persoal, o que conduciu, por un lado, a acudir sistematicamente á contratación de persoal temporal, coa consecuente precarización, e, por outro, á mingua dos dereitos do colectivo de profesorado, creando unha inmensa bolsa de acreditados sen perspectiva de promoción. Polo tanto, a única posibilidade de xerar un efectivo aforro sen comprometer aínda máis as políticas de persoal era actuar no gasto corrente.

En todo caso cómpre destacar, desde o principio, que as decisións adoptadas no seu momento pola USC no marco do plan mencionado se tomaron sobre unha base obxectiva, sen carga ideolóxica ningunha e cun único fin: xestionar de forma máis eficiente e eficaz os servizos instrumentais da Universidade e, singularmente, o seu servizo de limpeza de edificios, ao que dedicaba nada menos que un 3 % do seu orzamento (máis de 7 millóns de euros).

É neste contexto no que se enmarca o encargo realizado á Fundación USC para a xestión do servizo de limpeza de edificios. Ao longo destes catro anos –pandemia

polo medio–, fóronse dando os pasos precisos que culminaron co encargo realizado en 2021 e de cuxos resultados poderemos tamén dar conta nestas páxinas.

O encargo a medio propio, tal como o configurou o lexislador na Lei 9/2017, do 8 de novembro, de contratos do sector público, é un recurso que adquiriu no noso ordenamento xurídico unha dimensión nada desdeñable. Os datos máis recentes, publicados polo Tribunal de Contas no *Informe de fiscalización da adaptación dos medios propios existentes no ámbito empresarial estatal non financeiro ás exixencias da Lei 40/2015, de réxime xurídico do sector público, e da Lei 9/2017, de contratos do sector público*<sup>1</sup>, aprobado polo Pleno o 31 de marzo de 2022, sinalan que, no ámbito do sector estatal non financeiro, a partir da entrada en vigor da LCSP e ata o 31 de decembro de 2019 se formalizaron un total de 908 encargos, por un importe de 426.909.083,09 euros.

Pola súa parte, o *Informe da Intervención Xeral da Administración do Estado relativo aos principais resultados de control en materia de contratación pública*<sup>2</sup>, conforme o artigo 332.11 da LCSP, afirma que os 5 maiores medios propios estatais facturaron en 2019 1.020 M €.

Se a ese volume lle sumamos os encargos realizados polo resto das administracións (comunidades autónomas, entidades locais, universidades, etc.), podemos ter unha idea do que esta figura supón en termos económicos.

O caso que aquí se estuda<sup>3</sup> destaca tamén pola súa importancia cuantitativa no contexto estatal, ao supor a subrogación de 241 traballadores e traballadoras que prestaban servizo nas empresas adxudicatarias dos dous contratos de limpeza existentes, nas cidades de Santiago de Compostela e Lugo, nas que ten a súa sede a USC.

A quen segue o tema dos encargos a medios propios soaralle a internalización do servizo de limpeza viaria do Concello de León, en 2015, na que 116 traballadores da anterior empresa adxudicataria, EMILSA, pasaron a formar parte do persoal da entidade local; ou a recuperación da xestión do servizo de abastecemento urbano de augas no Concello de Valladolid, que en 2016 subrogou a través da empresa municipal Aquavall 163 empregados.

Non atopamos casos que afectasen a un número maior de traballadores. Este factor, como se explicará máis adiante, tivo un peso importante na decisión adoptada,

<sup>1</sup> Tribunal de Contas. Informe de fiscalización da adaptación dos medios propios existentes no eido empresarial estatal non financeiro ás exixencias da Lei 40/2015, de réxime xurídico do sector público, e da Lei 9/2017, de contratos do sector público: <https://www.tcu.es/repositorio/1d6a42f6-0cca-483d-bf5c-70f13301dc1e/11470.pdf>

<sup>2</sup> Informe da Intervención Xeral da Administración do Estado relativo aos principais resultados de control en materia de contratación pública: <https://www.igae.pap.hacienda.gob.es/sitios/igae/es-ES/Control/CFPyAP/Documents/Informe%20I-RESCON%20PCFP19.pdf.xsig.pdf>

<sup>3</sup> O estudo de caso é un dos métodos de investigación comúns nas ciencias sociais e xurídicas e, en particular, nos ámbitos relacionados coa xestión pública. A investigación experimental neste eido non é viable pola imposibilidade de controlar as variables relevantes. Outras técnicas, como a entrevista, os cuestionarios ou a observación son de difícil execución neste ámbito, sendo o estudo de caso unha das técnicas máis recoñecidas (KAUFMAN, H., *The Forest Ranger: A Study in Administrative Behavior*, H. Hopkins Press, Baltimore, 1960; MCGREGOR, E.B., "Toward a Theory of Public Management Success", Bozeman, B. (coord.), *Public Management*, 40-54, Jossey-Bass Inc. Publishers, San Francisco, 1993; BEHN, R.D., "Case-Analysis Research and Management Effectiveness: Learning How to Lead Organizations Up Sand Dunes", Bozeman, B. (coord.), *Public Management*, 40-54, Jossey-Bass Inc. Publishers, San Francisco, 1993). O obxectivo da investigación a través do estudo de caso é, mediante a técnica dedutiva, identificar prácticas que poidan ser relevantes e proporcionarlles aos xestores públicos ferramentas para a toma de decisións. Estaríamos ante o que se denomina "*action science*", é dicir, ciencia que se enriquece a través do estudo de prácticas consideradas relevantes tal como a desenvolveron ARGYRIS, C. e SCHÖN, D., *Strategy, Change and Defensive Routines*, Ballinger, Cambridge, MA, 1985.

pola responsabilidade social da institución cos traballadores e traballadoras que levaban anos prestando ese servizo a través de empresas externas, e porque o custo de persoal era un dos feitos diferenciais nos contratos vixentes.

Antes de entrar na análise do caso, cómpre analizar aquelas cuestións máis controvertidas dos encargos, cuestións que se tiveron moi presentes e condicionaron en gran medida a decisión adoptada pola USC.

## 2 Caracterización xeral dos encargos a medios propios

Os encargos a medios propios están actualmente regulados na lexislación estatal nos artigos 32 e 33 e na disposición adicional vixésimo cuarta da Lei 9/2017, do 8 de novembro, de contratos do sector público, pola que se traspoñen ao ordenamento xurídico español as directivas do Parlamento Europeo e do Consello 2014/23/UE e 2014/24/UE, do 26 de febreiro de 2014.

Esta figura é a fórmula a través da cal os poderes públicos poden encargar a execución das prestacións propias dos contratos de obras, subministracións, servizos, concesión de obras e concesión de servizos a outra persoa xurídica distinta, xa sexa de dereito público ou de dereito privado, sempre e cando esta teña a cualificación xurídica de medio propio personificado respecto deles.

Trátase dunha técnica de cooperación vertical, coñecida en terminoloxía comunitaria como contratación doméstica ou *in house*, na que as notas características son catro, como sinala, entre outros, VILALTA REIXACH<sup>4</sup>:

- a existencia de control análogo ao que o ente adxudicador exerce sobre os seus propios servizos;
- a realización da parte esencial da actividade do medio propio co ente adxudicador, complementario do requisito anterior;
- a titularidade integramente pública do capital ou patrimonio do medio propio cando a súa personificación teña carácter xurídico-privado;

---

<sup>4</sup> VILALTA REIXACH, M., "De novo sobre os negocios xurídicos excluídos da Lei de contratos do sector público: encargos a medios propios personificados e transferencias de competencias entre entidades públicas", *Revista Galega de Administración Pública (REGAP)*, n. 56, xullo-décembro 2018, pp. 37-70. Sobre a delimitación conceptual desta figura existe unha abundante doutrina que non vén ao caso reproducir aquí, pero entre a que pode destacarse SOSA WAGNER, F. e FUERTES LÓPEZ M., "¿Pueden los contratos quedar en casa? (La polémica europea sobre la contratación in house)", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n. 3, 2007; NOGUERA DE LA MUJELA, B., "Los encargos in house en la Ley de contratos del sector público (LCSP): especial referencia a los mismos en el ámbito local a la luz de la reciente jurisprudencia comunitaria", *Revista de Administración Pública (RAP)*, n. 182, maio-agosto 2010; AMOEDO SOUTO, C., "En torno al concepto jurídico de autoprovisión administrativa: dimensión europea y desajustes internos", *Revista de Administración Pública (RAP)*, n. 205, 2018, pp. 81-129; AMOEDO SOUTO, C. 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 (RAP)*, n. 210, 2019, pp. 393-432; GIMENO FELIÚ, J.M., "Las fronteras del contrato público: depuración conceptual de los negocios jurídicos excluidos desde la perspectiva funcional del Derecho europeo", *Revista española de Derecho Administrativo*, n. 205, abril-xuño 2020; AMOEDO SOUTO, C., "¿Hacer en el sector público o comprar al sector privado? La regulación de la autoprovisión administrativa en España", *Revista IUS ET VERITAS*, n. 62, 2021, pp. 98-110.

- por último, o medio propio debe ter esa condición formalmente recoñecida con respecto ao ente adxudicador.

Trátase dunha institución de construción, fundamentalmente, xurisprudencial. Pode considerarse a Sentenza do 18 de novembro de 1999 do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas (agora TXUE) no asunto C-107/98, coñecido como *Asunto Teckal*, como o inicio da construción xurisprudencial e doutrinal desta institución. Nesta sentenza o alto tribunal resolve unha cuestión prexudicial sobre a interpretación do artigo 6 da Directiva 92/50/CEE do Consello, do 18 de xuño de 1992, sobre coordinación dos procedementos de adxudicación dos contratos públicos de servizos, establecendo no fundamento 50 unha das características principais dos encargos a medios propios por parte de poderes adxudicadores:

*«A este respecto, conforme o artigo 1, letra a), da Directiva 93/36, basta, en principio, con que o contrato fose formalizado entre, por unha parte, un ente territorial e, por outra, unha persoa xuridicamente distinta deste. Só pode ser doutro xeito no suposto de que, á vez, o ente territorial exerza sobre a persoa de que se trate un control análogo ao que exerce sobre os seus propios servizos e esta persoa realice a parte esencial da súa actividade co ente ou os entes que a controlan».*

Da posterior evolución xurisprudencial dáse conta no considerando 31 da Directiva 2014/24/UE nos seguintes termos:

*«Existe unha considerable inseguridade xurídica en canto á medida en que os contratos asinados entre entidades do sector público deben estar regulados polas normas de contratación pública. A correspondente xurisprudencia do Tribunal de Xustiza da Unión Europea foi obxecto de diferentes interpretacións por parte dos distintos Estados membros e mesmo polos distintos poderes adxudicadores. Polo tanto, fai falta precisar en que casos os contratos asinados no sector público non están suxeitos á aplicación das normas de contratación pública.*

*Esta precisión debe guiarse polos principios establecidos na correspondente xurisprudencia do Tribunal de Xustiza da Unión Europea. O feito de que as dúas partes dun acordo sexan poderes públicos non exclúe por si mesmo a aplicación das normas de contratación. Non obstante, a aplicación das normas de contratación pública non debe interferir coa liberdade dos poderes públicos para exercer as funcións de servizo público que lle foron conferidas utilizando os seus propios recursos, o cal inclúe a posibilidade de cooperación con outros poderes públicos».*

Pola súa banda, o considerando 34 da mencionada directiva describe as relacións xurídicas entre medios propios e entes instrumentais e os poderes adxudicadores declarándoas non suxeitas á contratación pública:

*«Danse casos nos que unha entidade xurídica actúa, conforme as disposicións pertinentes do dereito nacional, como un instrumento ou servizo técnico para determinados poderes adxudicadores, e está obrigada a cumprir as instrucións recibidas destes poderes adxudicadores, sen exercer influencia sobre a retribución*

*da súa execución. Dado o seu carácter non contractual, esta relación meramente administrativa debe quedar fóra do ámbito de aplicación dos procedementos de contratación pública».*

É interesante, pola súa relevancia para a concreción xurídica desta figura, destacar o principio de liberdade de administración das autoridades públicas, reflectido no artigo 2 da Directiva 2014/23/UE<sup>5</sup> e que, na mesma liña, podemos atopar nos considerandos da Directiva 2014/24/UE, especialmente no 5, complementario dos considerandos 31 e 34 mencionados anteriormente:

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

Así pois, da xurisprudencia e directivas europeas e da súa transposición á Lei de contratos do sector público derivan catro modalidades de xestión de servizos públicos polos poderes públicos en función dos suxeitos que participan, non da natureza do servizo. A saber:

- Xestión directa con medios propios e encomendas de xestión (arts. 6.3 e 30 LCSP). Trátase de relacións administrativas *non suxeitas* á regulación da contratación pública e que, polo tanto, non teñen consideración contractual. Nesta modalidade incluíríase tamén a xestión de servizos públicos prevista no artigo 85.2.A) da Lei 7/1985, do 2 de abril, reguladora das bases do réxime local<sup>6</sup>.
- Cooperación horizontal (arts. 6.1 e 31 LCSP): convenios de cooperación entre poderes públicos coa consideración de poderes adxudicadores que son *excluídos* do ámbito da contratación pública.
- Cooperación vertical (arts. 32 e 33 LCSP): como técnica de *autoorganización* que non ten a consideración xurídica de contrato, como declara o artigo 32.1 *in fine*

<sup>5</sup> Artigo 2 da Directiva 2014/23/UE: "1. Esta directiva reconece o principio de liberdade de administración das autoridades nacionais, rexionais e locais, de conformidade co dereito nacional e da Unión.

As ditas autoridades teñen liberdade para decidir a mellor forma de xestionar a execución de obras ou a prestación de servizos, en particular garantindo un alto nivel de calidade, seguridade e accesibilidade económica, a igualdade de trato e a promoción do acceso universal e dos dereitos dos usuarios nos servizos públicos.

As ditas autoridades poderán optar por realizar as súas funcións de interese público con recursos propios ou en colaboración con outras autoridades ou confiarlas a operadores económicos".

<sup>6</sup> A vixente Lei 9/2017, do 8 de novembro, de contratos do sector público, eliminou unha previsión ao respecto desta forma de xestión que contiña o artigo 8.2 da Lei 30/2007, do 30 de outubro, de contratos do sector público, en referencia aos contratos de xestión de servizos públicos: "2. As disposicións desta lei referidas a este contrato non serán aplicables aos supostos en que a xestión do servizo público se efectúe mediante a creación de entidades de dereito público destinadas a este fin, nin a aqueles en que esta se lle atribúa a unha sociedade de dereito privado cuxo capital sexa, na súa totalidade, de titularidade pública". Non obstante, no artigo 32.7.b) da Lei 9/2017, en relación coa porcentaxe de subcontratación permitida a medios propios na execución de encargos, subsiste unha referencia en termos similares: "Igualmente non será de aplicación nos supostos en que a xestión do servizo público se efectúe mediante a creación de entidades de dereito público destinadas a este fin, nin a aqueles en que esta se lle atribúa a unha sociedade de dereito privado cuxo capital sexa, na súa totalidade, de titularidade pública". Malia as dúbidas que pode suscitar ao respecto, entendemos que a modalidade de xestión directa prevista no artigo 85.2.A) non implica o recurso a medio propio e que a eliminación da referencia na nova LCSP responde á desaparición do contrato de xestión de servizos públicos.

da LCSP cando establece que o encargo que cumpra os requisitos legalmente establecidos para ter a condición de tal “*non terá a consideración de contrato*”, pero na que interveñen dous suxeitos cunha relación de dependencia.

- Contratos públicos (art. 2 LCSP): *relación xurídica bilateral, recíproca e onerosa* que realicen as entidades do sector público definidas no ámbito de aplicación da lei e na que o contratista obteña algún tipo de beneficio económico, xa sexa de forma directa ou indirecta.

Os encargos a medios propios articúlanse, polo tanto, como unha técnica de autoorganización ou cooperación vertical que non pode ser considerada como relación contractual ao faltar un dos elementos esenciais dos contratos: o acordo de vontades. Nesta figura, a relación xurídica, e o fundamento da súa exclusión, caracterízase pola obrigatoriedade da relación para unha das partes, que executa unha orde de forma obrigada. Non obstante, esta figura é obxecto de regulación no noso ordenamento xurídico na LCSP pola súa proximidade co contrato público, mesmo cando careza de natureza contractual<sup>7</sup>.

O recurso a unha ou outra modalidade debe facerse tendo en conta os principios xerais que rexen a actuación da Administración (*ex* 103 CE) e, en particular, o principio de boa administración, que, como ben dixo SÁNCHEZ MORÓN<sup>8</sup>, “*indica que a Administración é necesaria para a sociedade e que o importante non é só limitar e controlar os seus poderes en beneficio da liberdade de decisión do individuo, senón ademais lograr que cumpra correcta e diligentemente as tarefas que a sociedade lle encomenda. Conseguir unha boa administración, non só no plano das garantías xurídicas, senón aumentando a calidade dos servizos e actividades que realiza, é a finalidade primordial do dereito administrativo do noso tempo*”.

## 2.1 Requisitos do medio propio. En particular, o control análogo e o obxecto do encargo

Os encargos a medios propios, como xa se dixo, regúlanse fundamentalmente nos artigos 32 e 33 da LCSP, contendo o primeiro a regulación relativa aos poderes adxudicadores que realizan encargos aos seus medios propios personificados e, o segundo,

<sup>7</sup> Como confirma a Xunta Consultiva de Contratación Pública do Estado, nas conclusións sobre o expediente 27/2020: “*Os denominados encargos a medios propios personificados non son contratos públicos e non se poden considerar como tales para os efectos da aplicación do artigo 34 do Real decreto lei 8/2020*”. Non obstante, a LCSP dispón a súa aplicación directa nalgúns casos, como pon de manifesto o mesmo órgano nas conclusións do expediente 14/2021, e procedería mesmo a súa aplicación supletoria como indica a Xunta: “*A todo iso cabe engadir que, a diferenza do que acontecía co suposto analizado no noso informe 27/2020 sobre a aplicación aos encargos do disposto no artigo 34 do Real decreto lei 36/2020, neste caso si procedería a súa aplicación supletoria no hipotético caso de que non coubese admitir a aplicación directa da norma (aínda que polas razóns que xa expuxemos tal cousa si é posible e necesaria), posto que estaríamos en presenza de dúas figuras xurídicas (contrato público e encargo) que teñen unha finalidade ou razón de ser común e equivalente, pois ambas as dúas son tendentes á inmediata realización dunha prestación ou actividade materialmente coincidente que trata de paliar os posibles efectos danosos dunha situación de emerxencia prevista legalmente*”. Finaliza o expediente a Xunta indicando que, para maior seguridade xurídica, sería conveniente que se aclarase a cuestión no propio texto legal mediante as medidas que o lexislador considere oportunas.

<sup>8</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho administrativo. Parte general*, 16.ª ed., Editorial Tecnos, Madrid, 2020, p. 64.

a regulación dos encargos de entidades pertencentes ao sector público que non teñan a consideración de poder adxudicador a medios propios personificados.

A regulación do encargo a medio propio da LCSP é exhaustiva en canto aos requisitos que debe cumprir o medio propio para ter esa condición. Xunto a estas previsións, debe terse en conta o previsto no artigo 86 da Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público (en diante LRXSP), artigo declarado básico<sup>9</sup>.

Así, á marxe das interpretacións posibles sobre a súa aplicabilidade fóra do sector público estatal, este artigo exige determinados requisitos adicionais para que un ente con personalidade xurídica propia poida ser considerado medio propio e servizo técnico. En particular, o apartado 2 dispón o seguinte:

*«2. Terán a consideración de medio propio e servizo técnico cando se acredite que, ademais de dispor de medios suficientes e idóneos para realizar prestacións no sector de actividade que se corresponda co seu obxecto social, de acordo coa súa norma ou acordo de creación, se dea algunha das circunstancias seguintes:*

*a) Sexa unha opción máis eficiente que a contratación pública e resulte sostible e eficaz, aplicando criterios de rendibilidade económica.*

*b) Resulte necesario por razóns de seguridade pública ou de urxencia na necesidade de dispor dos bens ou servizos subministrados polo medio propio ou servizo técnico.*

*Formará parte do control de eficacia dos medios propios e servizos técnicos a comprobación da concorrencia dos mencionados requisitos.*

*Na denominación das entidades integrantes do sector público institucional que teñan a condición de medio propio deberá figurar necesariamente a indicación “Medio Propio” ou a súa abreviatura “M.P.”».*

Xa se apuntaron anteriormente os requisitos esenciais que foi configurando a xurisprudencia comunitaria.

De todos eles, o máis complexo e controvertido é que o medio propio realice a maior parte da súa actividade co ente adxudicador do encargo. Este requisito concrétese en que máis do 80 % das actividades do ente destinatario do encargo se leven a cabo no exercicio de labores que lle foron confiados polo ente adxudicador do encargo e que o controla, ou por outras persoas xurídicas controladas do mesmo modo pola entidade que fai o encargo.

Co fin de determinar esta porcentaxe, a lei toma en consideración a media do volume global de negocios, os gastos soportados polos servizos prestados ao poder adxudicador en relación coa totalidade dos gastos en que incorrese o medio propio por razón das prestacións que realizase calquera entidade, ou outro indicador alternativo

---

<sup>9</sup> Disposición derradeira cuarta da Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público: “3. En relación co réxime xurídico dos medios propios personificados, no non previsto nesta lei resultará de aplicación o establecido na Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público”.

de actividade que sexa fiable dos tres exercicios anteriores ao de formalización do encargo. No caso de medios de nova ou recente creación, o artigo 32.2.b) establece unhas regras especiais para o cómputo.

En desenvolvemento desta previsión legal, ditouse a *Circular conxunta, do 22 de marzo de 2019, da Avogacía Xeral do Estado – Dirección do Servizo Xurídico do Estado e da Intervención Xeral da Administración do Estado sobre criterios para o cálculo do cómputo do requisito de actividade exixido pola Lei 9/2017, do 9 de novembro, de contratos do sector público, naquelas entidades que sexan consideradas medios propios*<sup>10</sup>, que ten por fin “establecer unhas pautas ou orientacións co obxecto de cubrir un baleiro normativo froito da ausencia dun desenvolvemento regulamentario da LCSP, en relación cos parámetros a considerar para o cálculo do indicador de actividade, requisito delimitado pola normativa contractual como esencial co obxecto da consideración do ente público institucional como medio propio personificado dos poderes adxudicadores ou de entidades pertencentes ao sector público que non teñan a dita consideración”.

Esta circular foi complementada coa *Nota técnica da Oficina Nacional de Auditoría 1/2019 sobre a consideración da condición de medio propio na auditoría de contas co obxecto de homoxeneizar os traballos de verificación a realizar polo auditor público*<sup>11</sup>.

A disposición derradeira cuadraxésima da Lei 11/2020 eliminou, así mesmo, a necesidade de que o cumprimento do requisito de actividade, ou regra 80/20, quedase reflectido na memoria integrante das contas anuais do medio propio. Porén, isto non significa que o auditor de contas non deba verificar o seu cumprimento nas auditorías de contas anuais, tal como consta na nova *Nota técnica da Oficina Nacional de Auditoría 1/2021 sobre a consideración da condición de medio propio na auditoría de contas*<sup>12</sup>.

O criterio da IXAE para o cómputo do requisito de actividade, manifestado na Circular conxunta do 22 de marzo de 2019, é restritivo, entendendo que só debe terse en conta a actividade que como medio propio preste a entidade en cuestión e que teña a súa orixe en encargos de obrigatoria execución<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> Circular conxunta, do 22 de marzo de 2019: <https://www.igae.pap.hacienda.gob.es/sitios/igae/es-ES/Documents/Circular%20firmada%20AGE-IGAE%20Medios%20propios.pdf>

<sup>11</sup> <https://www.igae.pap.hacienda.gob.es/sitios/igae/es-ES/Control/CFPyAP/Documents/Nota%20Tecnica%20ONA%201-2019%20Medio%20Propio.pdf>

<sup>12</sup> Nota técnica da Oficina Nacional de Auditoría 1/2021 sobre a consideración da condición de medio propio na auditoría de contas: <https://www.igae.pap.hacienda.gob.es/sitios/igae/es-ES/Control/CFPyAP/Documents/Nota%20Tecnica%20de%20la%20ONA%201-2021%20sobre%20la%20consideracin%20de%20la%20condicin%20de%20medio%20propio%20en%20la%20auditora%20de%20cuentas.pdf.xsig.pdf>

<sup>13</sup> Circular conxunta, do 22 de marzo de 2019, da Avogacía Xeral do Estado – Dirección do Servizo Xurídico do Estado e da Intervención Xeral da Administración do Estado sobre criterios para o cálculo do cómputo do requisito de actividade exixido pola Lei 9/2017, do 9 de novembro, de contratos do sector público, naquelas entidades que sexan consideradas medios propios: “Con carácter previo, cabe sinalar que non debe perderse de vista que o artigo 32.2.b) e o 33.2.c) da LCSP regulan a forma de computar a referida porcentaxe de actividade do 80 %. Dado que a vontade do lexislador foi a de establecer distintos indicadores de referencia a utilizar e que se produce unha diversidade de circunstancias acreditativas, cómpre partir da premisa de que estes deberán ser obxecto dunha interpretación restritiva e que, en todo caso, incumbe a xustificación do seu cumprimento a quen se queira beneficiar. A comprobación da veracidade, fiabilidade e integridade do dito indicador debe tomar base na necesidade de que a entidade que se configura como medio propio personificado articule sistemas de información que permitan comprobar as citadas características, é dicir, o seu cálculo debe estar soportado nos sistemas ou rexistros contables e/ou auxiliares que permitan validar este.

En consecuencia, partindo destes parámetros, débese constatar a cifra do indicador que figure na memoria de contas anuais verificando aquelas operacións que o medio propio realice por encargo (adxudicación) do mandante, é dicir, en relación con encargos específicos dimanantes dos poderes adxudicadores e doutros entes públicos que non reúnen tal condición. É dicir, a actividade a

Non obstante, o Tribunal de Contas, no Informe de fiscalización da adaptación dos medios propios existentes no ámbito empresarial estatal non financeiro ás exigencias da Lei 40/2015, de réxime xurídico do sector público, e da Lei 9/2017, de contratos do sector público, do Tribunal de Contas, aprobado polo Pleno o 31 de marzo de 2022<sup>14</sup>, non comparte esa concepción restritiva baseándose nos seguintes argumentos:

«[...] A lei regula os requisitos que unha entidade debe cumprir para ter a condición de medio propio doutra ou doutras entidades e ter a posibilidade de executar encargos, con independencia da importancia relativa que estes encargos teñan respecto do conxunto da súa actividade, aspecto sobre o que nada exige expresamente. O que si exige a lei é o control efectivo da entidade que realiza o encargo sobre a actividade e obxectivos estratéxicos da entidade obrigada a executalo e que esta última realice a parte esencial da súa actividade en beneficio da entidade que a controla ou doutras controladas por aquela, “parte esencial” que se cuantificou na LCSP nun 80 %. Pero a lei non exige que esta “parte esencial” se leve a cabo baixo a forma xurídica de encargos. É esclarecedor neste sentido o preámbulo da LCSP, no que, en relación co requisito de actividade que deben cumprir os medios propios personificados, se fai referencia nos seguintes termos “que non poida realizar libremente no mercado máis dun 20 por cento da súa actividade”. Como pode observarse, o preámbulo da lei apela á falta de liberdade para actuar no mercado que debe caracterizar o medio propio personificado, unha falta de liberdade que é consecuencia necesaria do control que sobre el deben exercer as entidades que lle poden conferir encargos e de destinar a parte esencial da súa actividade aos labores realizados en beneficio destas entidades.

[...] Os medios propios de natureza xurídico-privada desenvolven as actividades para as que foron creados e, en consecuencia, executan o obxecto social acordado polos poderes adxudicadores que os controlan. A normativa europea o que fai é limitar a súa actuación no mercado, precisando que a súa actividade para persoas distintas dos poderes adxudicadores que os controlan non pode exceder o 20 %, ou, o que é o mesmo, exige que a súa actividade sexa esencialmente doméstica, o que non impide, e mesmo fai desexable, que poidan ter unha actividade residual no mercado libre que contribúa ao seu financiamento».

Na miña opinión, este criterio máis laxo, que permite computar nese 80 por cento actividades de ningún xeito relacionadas con encargos do ente ou entes de que depende, incrementa o risco de que os entes adxudicadores, máis se cabe no caso de control conxunto por parte de dous ou máis, non teñan un control real dos obxectivos estratéxicos e as decisións significativas do medio propio, como require o requisito

---

*tomar en consideración será aquela que se realiza “en virtude dunha adxudicación levada a cabo polo poder adxudicador, e iso con independencia da cuestión de quen remunera a dita actividade, xa sexa o propio poder adxudicador, xa o usuario dos servizos prestados (...)” respecto da totalidade das actividades que realiza o medio propio”.*

<sup>14</sup> Tribunal de Contas. Informe de fiscalización da adaptación dos medios propios existentes no ámbito empresarial estatal non financeiro ás exigencias da Lei 40/2015, de réxime xurídico do sector público, e da Lei 9/2017, de contratos do sector público: <https://www.tcu.es/repositorio/1d6a42f6-0cca-483d-bf5c-70f13301dc1e/11470.pdf>

de control análogo, o que favorece unha posible conculcación do principio de libre competencia.

Así o entendeu a Xunta Consultiva de Contratación de Aragón, quen non dubidou en afirmar que *“O dereito europeo da contratación pública ten as súas raíces na creación dun mercado interior efectivo e, con este obxectivo, no dereito da competencia. Este elemento condiciona as posibilidades de que unha entidade, pública ou privada, actúe no mercado e polo tanto nun réxime de libre competencia, mentres ao mesmo tempo ten un acceso privilexiado a un “cliente” público para o que realiza a prestación de actividades propias dun contrato público sen ter que pasar polos procedementos de licitación e, en consecuencia, sen someterse ao contraste coas ofertas doutros operadores económicos e en suma á competencia, na medida de que con iso se pode estar a distorsionar o mercado. [...]”*

*Como medio propio quere dicir en función de encargos formalmente realizados ou, polo menos, en virtude de negocios xurídicos que reúnan as características substantivas dun encargo, exclúense expresamente desta porcentaxe as actividades realizadas en función do outorgamento dunha subvención, pola simple razón de que a realización da actividade subvencionada é puramente voluntaria para o beneficiario. Non se trata dun deber xurídico, senón dunha carga ou condición cuxo cumprimento é preciso para patrimonializar as cantidades concedidas ou recoñecidas como tal subvención. Con maior razón exclúense do cómputo as meras transferencias de fondos non condicionadas á realización de actividades ou prestacións concretas, porque en tal caso a liberdade do receptor é aínda maior. Nin a actividade subvencionada nin a financiada mediante transferencias entran no cómputo do 80 por cento como medio propio, aínda que si no cómputo do conxunto da actividade da entidade. Non se computarán nin nun apartado nin noutro a actividade de natureza pública, como órgano administrativo que exerce potestades ou competencias públicas legalmente atribuídas, polo simple feito de que tales actividades en ningún caso poderían realizarse en réxime de mercado e, polo tanto, son neutras para tales efectos”<sup>15</sup>.*

Ademais do control análogo, a condición de medio propio personificado deberá cumprir os requisitos establecidos na LSCP, a saber, que exista conformidade ou autorización expresa do poder adxudicador respecto do que vaia ser medio propio e a verificación pola entidade pública de que dependa o ente medio propio de que conta cos medios persoais e materiais apropiados para a realización dos encargos, de conformidade co seu obxecto social.

A adecuación do obxecto social do medio propio á actividade que se lle encarga é outro dos requisitos que se debe cumprir. O artigo 32.6.a) dispón que o medio propio personificado deberá publicar na Plataforma de Contratación, entre outra información, os sectores de actividade nos que, estando comprendido o seu obxecto social, sería apto para executar as prestacións que vaian ser obxecto de encargo.

Esta disposición, comprensible se entendemos que serve para asegurar a transparencia nos procesos de encargo a medio propio e evitar que un ente poida resultar adxudicatario en calquera licitación, supuxo a anulación de encargos pola falta de

<sup>15</sup> Informe 5/2022, do 1 de marzo, da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa da Comunidade Autónoma de Aragón, pp. 13-15.

adecuación entre o obxecto do negocio xurídico e o obxecto social do ente medio propio.

O Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais, na súa Resolución núm. 120/2019, do 18 de febreiro, nun encargo realizado a TRAGSA pola Consellaría de Xustiza, Administración Pública, Reformas Democráticas e Liberdades Públicas da Comunidade Valenciana, para a “Redacción de proxecto e execución das obras de adecuación funcional do Tribunal Superior de Xustiza da Comunidade Valenciana”, estima parcialmente o recurso presentado pola Confederación Nacional de Construción e, en concreto, o referido á falta de adecuación do obxecto social da mercantil para desenvolver obras en solo urbano.

Argumenta o Tribunal que calquera dúbida que puidese xurdir respecto á habilitación de TRAGSA para actuar na execución de obras urbanas debe resolverse, en sentido negativo e ao criterio de interpretación estrito aplicable á figura do medio propio, supondo unha restrición da libre competencia no caso contrario.

No mesmo sentido pronunciouse o Tribunal Superior de Xustiza de Castela e León na súa Sentenza 229/2021, do 2 de marzo, na que entendeu acertadamente que a excepcionalidade do sistema de encargo a medio propio exige que o cumprimento dos requisitos establecidos na normativa para a súa aplicación debe ser que sexan obxecto dunha interpretación estrita e unha motivación axeitada. Por iso considera que o encargo a TRAGSA da execución dun “Proxecto de execución para a finalización das obras de urbanización da fase I do Parque Tecnolóxico de Burgos e as súas infraestruturas asociadas” en solo urbano non encaixa no obxecto social do medio propio que non inclúe expresamente obras en solo urbano, non sendo razoable encaixar esta actuación no concepto (presente no seu obxecto social) xenérico de “mellora dos servizos e recursos públicos”, concepto que, pola súa amplitude, “comprendería calquera actuación da Administración”, en opinión do tribunal.

En definitiva, e mesmo tendo en conta este criterio restritivo, hai que entender que para valorar a licitude de cada encargo é necesario examinar cada caso, e iso na medida en que o obxecto social non debe describir actividades concretas ou listas exhaustivas que poidan limitar o desenvolvemento dos fins que ten encomendados como tal o medio propio. En definitiva, a concreción do obxecto do medio debe poñerse en relación coa actividade propia do ente adxudicador. Así, a “mellora dos servizos e recursos públicos” é un obxecto indeterminado na medida en que TRAGSA é medio propio dunha infinidade de administracións que prestan e xestionan un número indeterminado de recursos e servizos. Non sucedería o mesmo se falásemos dun medio propio dunha única Administración que ten perfectamente determinado o seu obxecto. Nese caso, a “mellora dos servizos e recursos públicos” circunscribírase aos propios do ente adxudicador, o que indirectamente concretaría o obxecto.

## 2.2 Os encargos a medio propio e a libre concorrência

Non cabe a menor dúbida de que os encargos a medios propios xeran certa desconfianza, na medida que en poden supor unha restrición aos principios propios

do acervo comunitario: igualdade de trato, non discriminación, libre competencia e liberdade de empresa. Así se di expresamente no considerando 33 da Directiva 2014/24/UE: “Cómpre asegurar que a cooperación entre entidades públicas exentas non acabe falseando a competencia con respecto aos operadores económicos privados, ata o punto de situar un provedor de servizos privado nunha posición de vantaxe respecto dos seus competidores”<sup>16</sup>.

En certo modo, esta prevención fronte aos encargos parte dun prexuízo de natureza liberal, no que se dá por sentado que a contratación pública e os operadores privados garanten unha xestión máis eficiente dos recursos públicos. Non vén ao caso estendernos nesta consideración que sustentou o proceso privatizador e neoliberal que dominou a xestión pública do último cuarto do século XX. De forma contundente expresouno a actual conselleira da Comisión Nacional dos Mercados e da Competencia, María Pilar Canedo Arrillaga. Na súa opinión, “a interpretación das normas que permiten o recurso a esta figura debe ser restritiva, dado que nos atopamos ante unha excepción á regra xeral en virtude da cal xerar tensión competitiva nos procesos de contratación produce nítidas vantaxes nos servizos afectados polos procesos que a respectan e en consecuencia nos cidadáns, na economía e na sociedade. Tales vantaxes tradúcense nun incremento da tensión competitiva que implica melloras en calidade, innovación e prezo, así como un claro incremento na transparencia que evita ou, polo menos, limita as discriminacións entre operadores”<sup>17</sup>.

Fronte a esta corrente, os encargos a medios propios –e esta será a postura defendida ao longo deste artigo– son un recurso máis para os xestores públicos dentro das modalidades posibles de xestión, ou, tomando a expresión de AMOEDO SOUTO, “como unha opción normal, mesmo preferente e máis racional en termos de eficiencia”<sup>18</sup>.

O debate arredor da cooperación vertical ou *in house providing* avíxose coa entrada en vigor da disposición derradeira décima da Lei 9/2017, do 8 de novembro, de contratos do sector público, pola que se traspoñen ao ordenamento xurídico español as directivas do Parlamento Europeo e do Consello 2014/23/UE e 2014/24/UE, do 26 de febreiro de 2014, que modificou o número 8 do artigo 7 da Lei 37/1992, do 28 de decembro, do imposto sobre o valor engadido, declarando non suxeitos ao imposto os servizos prestados en virtude dos encargos executados polos entes, organismos e entidades do sector público que teñan, de conformidade co establecido no artigo 32 da Lei de contratos do sector público, a condición de medio propio personificado do poder adjudicador que ordenase o encargo, nos termos establecidos no referido artigo 32. Esta medida, malia non presupor por si mesma que o recurso ao encargo

<sup>16</sup> Unha afirmación similar témola na exposición de motivos da Lei 9/2017, do 8 de novembro, de contratos do sector público: “No libro I, relativo á configuración xeral da contratación do sector público e elementos estruturais dos contratos, aparece en primeiro lugar unha nova regulación do chamado «medio propio» de Administración, encomendas de xestión ou aplicación práctica da técnica denominada «in house», que pasa agora a chamarse «encargos a medios propios». [...] Na lei, seguindo as directrices da nova Directiva de contratación, aumentaron as exixencias que deben cumprir estas entidades, co que se evitan adjudicacións directas que poden menoscar o principio de libre competencia”. Considerando 33 da Directiva 2014/24/UE: “É preciso asegurar que a cooperación entre entidades públicas exentas non acabe falseando a competencia con respecto aos operadores económicos privados, ata o punto de situar un provedor de servizos privado nunha posición de vantaxe respecto dos seus competidores”.

<sup>17</sup> CANEDO ARRILLAGA, M.P., “Medios propios y competencia en España”, *Economía industrial*, n. 415, 2020, pp. 67-87.

<sup>18</sup> AMOEDO SOUTO, C., “En torno al concepto jurídico de autoprovisión administrativa: dimensión europea y desajustes inter-nos”, cit., pp. 81-129.

a medio propio sexa máis eficiente que a contratación pública, si vai ter un claro impacto nas contas públicas dos entes adxudicadores.

Esta nova regulación tamén suscitou un debate acerca da súa aplicación no ámbito local, coincidindo ademais cos chamados movementos de *remunicipalización* a través de entes instrumentais, desencadeados pola necesidade de contención e redución do gasto público. Esta corrente de opinión tamén se viu propiciada por informes de diversas institucións que poñían en cuestión a maior eficiencia do sector privado fronte ao público<sup>19</sup>.

No caso obxecto de análise, e a diferenza dos supostos mencionados, non estamos ante a internalización dun servizo público de interese xeral competencia da Universidade. O que se lle encargou ao medio propio é unha actividade auxiliar, complementaria, das funcións da Universidade: a limpeza de edificios. Unha tarefa que, malia ser indispensable para o desenvolvemento axeitado da docencia, a investigación e a transferencia do coñecemento á sociedade ou os servizos denominados de extensión universitaria –como a xestión de residencias universitarias por pór un exemplo significativo–, non é unha función propia da Universidade nin se trata da xestión dun servizo público dirixido á cidadanía.

Tampouco están en dúbida outras cuestións controvertidas en relación cos encargos a medios propios, como o exercicio das funcións que impliquen a participación directa ou indirecta no exercicio das potestades públicas ou na salvagarda dos intereses xerais do Estado e das administracións públicas, que o artigo 9.2 do Estatuto básico do empregado público lle reserva ao persoal funcionario, ou o exercicio de autoridade nos contratos de servizos que o artigo 17 da LCSP prohibe.

Non obstante, a pesar do matiz expresado, a cuestión de fondo é idéntica: poden as administracións públicas, con carácter xeral, prestar servizos, sexan públicos ou actividades complementarias, a través de entes que teñan a consideración xurídica de medio propio ou trátase dunha excepción que debe considerarse con carácter restritivo na medida en que limita a libre competencia?

É posible que, baixo un só paraugas, o dos encargos a medios propios, esteamos a analizar realidades moi diferentes. Unha, a dos medios propios que desenvolven unha actividade, sexa auxiliar ou non, para unha soa entidade, con escasa ou nula presenza no mercado, cuxa actividade maioritaria depende desa entidade e onde existe unha relación clara de dependencia en canto á toma de decisións do medio propio. Outra, a dos medios propios cunha alta autonomía na súa actividade, unha intensa actividade de mercado e unha ampla marxe de manobra que, a pesar de cumprir os requisitos formais exixidos pola lei, a toma de decisións nos seus órganos non está condicionándose pola vontade do ente ou entes matrices.

---

<sup>19</sup> Sobre a remunicipalización de servizos, poden verse, entre outros, *ÁVILA CANO, E., MERINO ESTRADA, V. e ORTEGA JIMÉNEZ, P., Manual de remunicipalización de los servicios públicos del agua*, Asociación Española de Operadores Públicos de Abastecimiento Sanitario (Aeopas), Valladolid, 2016; CASTILLO-BLANCO, F.A., "La reinternalización de servicios públicos: aspectos administrativos y laborales", *Estudios de Relaciones Laborales*, novembro 2017; ESTEVE PARDO, J., "El movimiento remunicipalizador. Experiencias y expectativas", *El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 69, 2017.

Este é o caso, por exemplo, da Empresa de Transformación Agraria, S. A., S. M. E., M. P. (en diante, TRAGSA) e da súa filial Tecnoloxías e Servizos Agrarios, S. A., S. M. E., M. P. (en diante, TRAGSATEC).

Estas dúas empresas mercantís estatais teñen a consideración de medios propios personificados e medios técnicos respecto da Administración xeral do Estado, das comunidades autónomas, das cidades autónomas de Ceuta e Melilla, dos cabidos e consellos insulares, das deputacións forais do País Vasco, das deputacións provinciais e das entidades do sector público dependentes de calquera delas que teñan a condición de poderes adxudicadores. Así mesmo, TRAGSA e a súa filial TRAGSATEC teñen a consideración de medios propios personificados e servizos técnicos das entidades pertencentes ao sector público que non teñan a consideración de poder adxudicador e poderán recibir os seus encargos, sempre e cando se cumpran os requisitos que establece o artigo 33.

O requisito do control directo cúmprese, no caso dos poderes adxudicadores, pola participación no capital social das empresas. Así, coa adquisición dunha acción, considérase cumprido, aínda que é cuestionable que se poida inferir dese grao de participación que o poder adxudicador exerza directa e conxuntamente unha influencia decisiva sobre os obxectivos estratéxicos e sobre as decisións significativas do Grupo TRAGSA, no sentido da doutrina comunitaria *Teckal*.

Na data en que se escribe este artigo, a composición do capital social do grupo é a táboa 1.

**Táboa 1.** Composición do capital social do grupo TRAGSA

Administración accionista	Número	% Participación
Sociedade Estatal de Participacións Industriais (SEPI)	15.086	51,0024 %
Administración xeral do Estado	14.426	48,7711 %
Comunidades e cidades autónomas	19	0,0646 %
Deputacións	37	0,1258 %
Cabidos	7	0,0238 %
Consellos insulares	4	0,0136 %
<b>TOTAL</b>	<b>29.579</b>	<b>100,0000 %</b>

Fonte: Elaboración propia.

No colectivo de comunidades e cidades autónomas, deputacións, cabidos e consellos insulares, a participación individual é dunha única acción, que en porcentaxe de participación supón o 0,0034 %.

En palabras de NOGUERA DE LA MUELA, a transposición da doutrina *Teckal* á LCSP de 2007 dera paso “a un concepto laxo de medio propio”, non axustado á senda marcada

pola sentenza *Carbotermo*<sup>20</sup>, na que se establecía que a análise do requisito do control análogo debía ter en conta máis elementos que a mera pertenza ao conxunto de accionistas dunha sociedade para determinar se realmente o ente adxudicador tiña a capacidade para influír nos obxectivos estratéxicos do medio propio<sup>21</sup>.

A nova LCSP incorpora a doutrina *Carbotermo* no artigo 32.2.a), referido a un único ente adxudicador respecto dun concreto medio propio: “*Que o poder adxudicador que poida conferirle encargos exerza sobre o ente destinatario destes un control, directo ou indirecto, análogo ao que tería sobre os seus propios servizos ou unidades, de maneira que o primeiro poida exercer sobre o segundo unha influencia decisiva sobre os seus obxectivos estratéxicos e decisións significativas*”, e, tamén no artigo 32.4.a), cando o medio propio teña esta consideración con respecto a dous ou máis poderes adxudicadores independentes entre si.

Neste segundo caso, as condicións para a existencia do control conxunto son as seguintes:

- 1.º. *Que nos órganos decisorios do ente destinatario do encargo estean representados todos os entes que poidan conferirle encargos, podendo cada representante representar varios destes últimos ou a totalidade deles.*
- 2.º. *Que estes últimos poidan exercer directa e conxuntamente unha influencia decisiva sobre os obxectivos estratéxicos e sobre as decisións significativas do ente destinatario do encargo.*
- 3.º. *Que o ente destinatario do encargo non persiga intereses contrarios aos intereses dos entes que poidan conferirle encargos.*

Malia esta regulación máis exhaustiva para o control conxunto por dous ou máis poderes adxudicadores, VILALTA REIXACH critica a solución para o control individual, nos seguintes termos: “*A nosa doutrina, moi oportunamente, veu criticando ese enfoque porque se considera que o feito de que un encargo singular poida ser obrigatorio para a entidade provedora non significa, automaticamente, a existencia dun poder real de influencia sobre os obxectivos estratéxicos ou sobre as súas decisións máis importantes. En efecto, a obrigatoriedade dun encargo non pode considerarse sempre como a causa da existencia dun control análogo ao que se posúe sobre os propios servizos, senón que debe considerarse de forma inversa, como a súa consecuencia. A obrigatoriedade, polo tanto, non sería máis que unha plasmación práctica da ausencia de autonomía decisoria do medio propio*”.

<sup>20</sup> STXUE do 11 de maio de 2006, asunto C-340/04. Nesta sentenza insístese en que “*Para apreciar se o poder adxudicador exerce un control análogo ao que exerce sobre os seus propios servizos, é preciso ter en conta o conxunto de disposicións legais e circunstancias pertinentes. Do referido exame debe resultar que a sociedade adxudicataria está sometida a un control que permite que o poder adxudicador influía nas súas decisións. Debe tratarse dunha influencia potencialmente determinante, tanto sobre os obxectivos estratéxicos como sobre as decisións importantes da dita sociedade (véxase a Sentenza do 13 de outubro de 2005, Parking Brixen, C-458/03, Rec. 2005, p. I-8612, apartado 65)*”.

<sup>21</sup> NOGUERA DE LA MUELA, B., “Los encargos *in house* en la Ley de contratos del sector público (LCSP): especial referencia a los mismos en el ámbito local a la luz de la reciente jurisprudencia comunitaria”, cit., pp. 159-190.

Como o autor recorda, a presunción que inclúe a lei sobre o control análogo, cando establece que se entende “en todo caso” que o control análogo se cumpre se o encargo é de execución obrigatoria para o ente destinatario, deriva da xurisprudencia do propio TXUE, en particular das sentenzas do 8 de maio de 2003, asunto C-349/97, e do 17 de abril de 2007, asunto C-295/05, en relación coa sociedade pública española TRAGSA. Nos dous casos, a pesar de que a participación no capital social das comunidades autónomas é, como xa vimos, mínima, o alto tribunal admite o carácter de medio propio respecto daquelas baseándose en que TRAGSA estaba obrigada a realizar os encargos que lle atribuísen as comunidades autónomas.

Pois ben, como apuntamos antes, é difícil inferir que unha comunidade autónoma, cunha participación individual na sociedade TRAGSA que supón moito menos do 1%, poida influír nos obxectivos estratéxicos ou decisións significativas do grupo, a pesar de que poida realizarlle un encargo na súa condición de medio propio que, formalmente, TRAGSA está obrigada a executar.

Sirva como exemplo un caso recente, aínda en litixio. A Fundación Pública Galega Rof Codina é unha fundación do sector público autonómico dependente da Comunidade Autónoma de Galicia cuxo obxecto é o apoio á docencia clínica da Facultade de Veterinaria de Lugo, a investigación e a asistencia a animais.

En 2013, de conformidade co artigo 24 da anterior LCSP, na súa calidade de poder adxudicador dependente da Comunidade Autónoma de Galicia, a fundación realizoulle unha encomenda de xestión a TRAGSATEC cuxo obxecto era a redacción do proxecto e dirección de obra do Centro de Investigación e Biomedicina Veterinaria CEBIOVET. Esta encomenda foi ampliada ata en catro ocasións, incluíndo a partir da terceira ampliación o encargo de redacción e dirección de obra da remodelación do Hospital Veterinario Universitario – Rof Codina.

As obras encomendadas non foron realizadas directamente por TRAGSATEC, senón que esta entidade lle subcontratou a obra a Extraco, Construcións e Proxectos, S.A. Despois da recepción desta, xurdiron numerosos defectos de construción que foron postos de manifesto pola Fundación Rof Codina, iniciando unhas negociacións con TRAGSATEC que foron infrutuosas e que derivaron na decisión de non aboar as facturas emitidas pola sociedade ata que os traballos se executasen coa calidade exixida.

A sociedade TRAGSATEC remitiu un burofax o 7 de xaneiro de 2020 no que se expresaba nos seguintes termos:

*“Á data deste requirimento esta débeda encóntrase pendente de aboamento, polo que, ao abeiro da lexislación aplicable, se solicita o inmediato pagamento desta. Así mesmo, informámosos de que de non se facer efectivo se iniciarán as accións legais pertinentes, incluíndo reclamación de xuros de mora polo período transcorrido”.*

É, cando menos, sorprendente que un medio propio se dirixa nestes termos a un poder adxudicador que lle pode conferir encargos de obrigatoria execución e que, ademais, se supón que, neste caso de xeito indirecto, exerce un control análogo ao que exerce sobre os seus propios servizos.

Regap



ESTUDIOS

O desencontro mantívose, e TRAGSATEC iniciou un procedemento monitorio para reclamar as facturas insatisfeitas. Certamente nin a encomenda nin as sucesivas ampliacións establecen cláusulas relativas a esta situación, posto que é de execución obrigatoria para a sociedade mercantil.

Destaca na demanda presentada por TRAGSATEC a lexitimación activa, expresada como segue: “IV.- *LEXITIMACIÓN.- Correspóndelle a lexitimación activa á miña representada, ao posuír un contrato de venda de mercadorías asinado coa demandada*”. Obviamente, non se trata dun contrato de venda de mercadorías, senón dun encargo de execución obrigatoria de conformidade coas regras establecidas na LCSP.

Esta confusión entre a formalización de encargos a medios propios e a adxudicación de contratos foi posta de manifesto polo Tribunal de Contas recentemente<sup>22</sup>, constatando que en non poucas ocasións os encargos inclúen cláusulas propias de negocios xurídicos bilaterais, como a suspensión do contrato por mutuo acordo, a resolución de controversias de común acordo polas partes, o establecemento de penalidades por parte do que realiza o encargo ou a aceptación e conformidade previa do medio propio.

Non é este o único caso que chama a atención no ámbito dos encargos a medios propios por parte de entidades públicas.

Ineco (Enxeñaría e Economía do Transporte S.M.E. M.P., S.A.) é unha sociedade mercantil de capital 100 % estatal, dependente do Ministerio de Transportes, Mobilidade e Axenda Urbana a través dos seus accionistas (ENAIRE, ADIF, ADIF AV e Renfe). ENAIRE conta cun 45,85 % do capital; Renfe Operadora cun 12,78 %; Administrador de Infraestruturas Ferroviarias (ADIF) cun 20,69 % e ADIF Alta Velocidade co restante 20,68 %.

Segundo a información da súa propia web, “Ineco leva máis de 50 anos deseñando solucións integrais, innovadoras e tecnolóxicas que permitiron avanzar cara a un novo modelo de mobilidade máis sostible e máis segura, solucións que contribúen de xeito directo na mellora da calidade de vida de millóns de persoas.

Cun equipo multidisciplinario de 5.000 profesionais, a empresa está presente en todos os continentes onde desprega a súa experiencia e capacidade para afrontar traballos tecnicamente complexos grazas ao seu coñecemento especializado e á aplicación da tecnoloxía máis avanzada e vangardista”.

Pola súa banda, o Informe do Tribunal de Contas do 31 de marzo de 2022 ofrece a seguinte información sobre Ineco: “A partir da entrada en vigor da LCSP e ata o 31 de decembro de 2019 formalizáronse un total de 908 encargos, por un importe de 426.909.083,09 euros, dos que 455 (un 50 %) foron recibidos por Ineco, fundamentalmente dos poderes adxudicadores Administrador de Infraestruturas Ferroviarias (ADIF) e Entidade Pública Empresarial ADIF-Alta Velocidade (ADIF-AV)”.

Esta empresa, que opera no mercado nacional e internacional, foi obxecto dunha denuncia (Expediente S/0007/19 Medios propios) ante a Comisión Nacional dos

---

<sup>22</sup> Informe de fiscalización da adaptación dos medios propios existentes no ámbito empresarial estatal non financeiro ás exixencias da Lei 40/2015, de réxime xurídico do sector público, e da Lei 9/2017, de contratos do sector público, do Tribunal de Contas, aprobado polo Pleno o 31 de marzo de 2022, no apartado II.1.5.- Requisitos establecidos en relación cos encargos.

Mercados e a Competencia (CNMC) por parte de varias asociacións de empresas dedicadas á prestación de servizos de consultoría técnica no ámbito da enxeñaría e arquitectura, por falseamento da competencia con afectación ao interese público por actos desleais tipificados no artigo 15 da Lei 3/1991, do 10 de xaneiro, de competencia desleal (LCD), como “violación de normas”; en concreto, a suposta contravención da Lei 9/2017, do 8 de novembro, de contratos do sector público (LCSP), na execución por parte de Ineco de encargos da súa Administración pública de referencia e pola súa estratexia de internacionalización.

Na denuncia, as asociacións representadas alegaron que “[...] a competencia desleal por parte do medio propio ao sector privado español estenderíase ao mercado internacional, onde Ineco tamén actúa, e á parte do mercado libre na que Ineco actúa en competencia co sector privado. Os contratos obtidos por Ineco no estranxeiro terían unha especial incidencia no mercado nacional porque a facturación obtida por Ineco por parte de entidades distintas ao seu poder adxudicador debe ser compensada no mercado nacional mediante encargos adicionais para evitar perder a condición de medio propio, forzando o recurso ao encargo para servizos nos que o recurso a esta figura non é máis eficiente, e detraendo esa parte do negocio de empresas do sector privado”.

A pesar de que a CNMC, na súa Resolución do 26 de outubro de 2021 S/0007/19 Medios Propios, concluíu que non existían indicios racionais de que se producisen incumprimentos da LCSP que acreditasen a existencia de actos de competencia desleal por violación de norma, constitutivos dunha infracción do artigo 3 da LDC, os votos particulares de dous dos seus conselleiros manifestaban que existían indicios que debían analizarse para descartar a afectación do interese xeral e a competencia desleal.

Pola súa banda, aínda que o Tribunal de Contas non conclúe que Ineco incumpra os requisitos para ser un medio propio, non deixa de manifestar a súa preocupación pola falta de información sobre a súa actividade e a posición das entidades contratantes. “A actividade de Ineco –di o Tribunal de Contas– como empresa asociada non achega información suficiente se non se acompaña dos datos que acreditan que a influencia dominante baixo a que se atopan estas entidades contratantes a teñen directa ou indirectamente os poderes adxudicadores respecto dos cales Ineco ten a condición de medio propio”<sup>23</sup>.

As consideracións que se acaban de facer creo que merecen unha reflexión sobre a natureza de medios propios destas sociedades. Sería recomendable, polo tanto, un desenvolvemento lexislativo que diferencie as regras aplicables aos encargos a medios propios, establecendo un maior control cando os medios propios o sexan respecto de varios entes e tamén cando o medio propio opere no mercado, situación substancialmente diferente á do medio propio dependente dun só ente e que a súa actuación no mercado é irrelevante. Sobre este aspecto volveremos máis adiante, nas conclusións.

<sup>23</sup> Informe de fiscalización da adaptación dos medios propios existentes no ámbito empresarial estatal non financeiro ás existencia da Lei 40/2015, de réxime xurídico do sector público, e da Lei 9/2017, de contratos do sector público, do Tribunal de Contas (pp. 70-71).

## 3 O encargo do servizo de limpeza á Fundación USC

### 3.1 Normativa na USC

Ademais da normativa xeral xa analizada, a peculiaridade do réxime xurídico das universidades públicas fai necesario deterse en primeiro lugar na normativa aplicable para o suposto que nos ocupa: realizar un encargo a un medio propio.

De acordo co artigo 2 da Lei orgánica 6/2011, do 21 de decembro, de universidades (LOU), as universidades están dotadas de personalidade xurídica e desenvolven as súas funcións en réxime de autonomía e de coordinación entre todas elas.

O seu obxecto social exclusivo é a educación superior mediante a realización das funcións previstas no apartado 2 do artigo 1, a saber: “a) *A creación, desenvolvemento, transmisión e crítica da ciencia, da técnica e da cultura.* b) *A preparación para o exercicio de actividades profesionais que exixan a aplicación de coñecementos e métodos científicos e para a creación artística.* c) *A difusión, a valorización e a transferencia do coñecemento ao servizo da cultura, da calidade da vida, e do desenvolvemento económico.* d) *A difusión do coñecemento e a cultura a través da extensión universitaria e a formación ao longo de toda a vida*”.

As universidades actúan con autonomía para o exercicio e desenvolvemento das súas funcións, o que as habilita, segundo o artigo 2.k), para o exercicio de “*Calquera outra competencia necesaria para o axeitado cumprimento das funcións sinaladas no apartado 2 do artigo 1*”.

Ademais da autonomía para decidir a súa organización, o artigo 84 da LOU prevé expresamente a potestade das universidades para a creación de fundacións e outras persoas xurídicas para a promoción e o desenvolvemento dos seus fins<sup>24</sup>.

Por outra banda, en canto á LCSP, as universidades públicas teñen a consideración de Administración pública segundo o artigo 3.2.a), considerándose polo tanto poderes adxudicadores. Esta clasificación implica que as universidades públicas poidan recorrer aos encargos a medios propios segundo o previsto no artigo 32 LCSP.

En liña co previsto na LOU, a Lei 6/2013, de 13 de xuño, do Sistema Universitario de Galicia, dispón, por unha parte, no seu artigo 4, que “*A organización e a actividade das universidades públicas do SUG responderá aos principios organizativos constitucional e legalmente establecidos de eficacia, eficiencia no gasto, xerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación e colaboración, con sometemento pleno á lei e ao dereito*”, e, por outra, no seu artigo 6, que “*As universidades, cando para unha mellor*

<sup>24</sup> Artigo 84 da Lei orgánica 6/2011, do 21 de decembro, de universidades: “*Artigo 84. Creación de fundacións e outras persoas xurídicas. Para a promoción e desenvolvemento dos seus fins, as universidades, por si soas ou en colaboración con outras entidades públicas ou privadas, e coa aprobación do Consello Social, poderán crear empresas, fundacións ou outras persoas xurídicas de acordo coa lexislación xeral aplicable. Será de aplicación o disposto na Lei 2/2011, do 4 de marzo, de economía sostible, así como na Lei 14/2011, do 1 de xuño, da ciencia, a tecnoloxía e a innovación. A dotación fundacional ou a achega ao capital social e calquera outras achegas ás entidades que prevé o parágrafo anterior, que se realicen con cargo aos orzamentos da universidade, quedarán sometidas á normativa vixente nesta materia. As entidades en cuxo capital ou fondo patrimonial equivalente teñan participación maioritaria as universidades quedan sometidas á obriga de render contas nos mesmos prazos e procedemento que as propias universidades*”.

*organización dos seus servizos ou consecución dos seus fins o consideren oportuno e atendendo principalmente aos principios de eficacia e eficiencia no gasto, poderán descentralizar funcións e servizos en persoas xurídicas vinculadas a elas nos termos previstos na lexislación orgánica de universidades”.*

Polo tanto, as universidades dispoñen de autonomía, declarada pola lexislación estatal, e no noso caso tamén pola autonómica, para decidir a forma de organización da prestación dos seus servizos e, de ser o caso, a creación de persoas xurídicas para desenvolver as funcións atribuídas por lei.

Por último, o artigo 14.8 dos Estatutos da USC<sup>25</sup> recollen de forma expresa as posibilidades de xestión dos seus servizos, nos seguintes termos:

*«1. A Universidade asumirá, con carácter xeral, a xestión directa dos seus servizos. Poderán aplicarse as formas de xestión indirecta ou a prestación dos servizos a través de sociedades mercantís ou outros entes de dereito privado na xestión daqueles servizos de carácter complementario ou instrumental.*

*2. Naqueles casos en que a Universidade opte pola prestación dos seus servizos en réxime de xestión indirecta ou en réxime de dereito privado, deberá garantirse que estes se presten en condicións vantaxosas para os usuarios e coas máximas garantías de calidade. Para estes efectos, estableceranse comisións de seguimento e control con participación dos usuarios e dos distintos sectores da comunidade universitaria».*

Neste suposto, a prestación do servizo de limpeza non é unha das funcións principais da Universidade, aínda que se trata dunha actividade instrumental ou auxiliar esencial para garantir o correcto desenvolvemento das funcións que lle son propias.

## 3.2 Os precedentes

Unha vez analizado o marco normativo xeral, pásase a expor o complexo proceso seguido na Universidade de Santiago de Compostela para a xestión a través dun medio propio do seu servizo de limpeza.

No ano 2018 o servizo de limpeza de edificios víñase prestando de forma externalizada con dous contratos, un para os edificios situados no Campus de Santiago de Compostela e outro no Campus de Lugo. As adxudicatarias eran CLECE, S.A. e Limpezas San Froilán, S.A. respectivamente, que contaban cun volume de persoal de 252 efectivos en total.

No primeiro dos casos, o contrato adxudicárase o 28 de abril de 2014 por un prazo de catro anos, desde o 1 de maio de 2014 ata o 30 de abril de 2018. O 31 de maio de 2017 a empresa comunicoulle á Universidade a súa intención de renunciar á prórroga do contrato “*por estar a sufrir importantes perdas económicas derivadas da súa execución*”, reiterando a súa solicitude o 28 de setembro de 2017, engadindo que “[...] *esta empresa*

<sup>25</sup> Decreto 14/2014, do 30 de xaneiro, polo que se aproban os estatutos da Universidade de Santiago de Compostela. *Diario Oficial de Galicia* núm. 29, do 12 de febreiro.

*está a sufrir importantes perdas económicas na súa execución, as cales non mantén obriga de soportar máis alá da data de extinción contractual”.*

A USC no seu momento estimou a renuncia á prórroga presentada pola empresa, mediante mutuo acordo con CLECE, S.A. asinado o 30 de abril de 2018, na que se prevía unha prórroga ata o 31 de decembro de 2018, co obxecto de proceder a unha nova licitación, garantindo así que non se producise unha interrupción do servizo. Polo tanto, a prórroga supuña un incremento do prezo do contrato primitivo para o novo período dun 5 %. A nova licitación, publicada o 31 de xaneiro de 2018, establecía dous lotes diferenciados, un para o Campus Sur e outro para o Campus Norte, e ofertábase cunha duración de 2 anos e un importe total de 11.749.414,00 €. Non obstante, declarouse deserta o 16 de abril de 2018 por non recibir oferta por parte de ningunha empresa.

No caso do Campus de Lugo, a empresa Limpiezas San Froilán, S.A. finalizaba o contrato o 25 de novembro de 2018, presentando a súa renuncia á posible prórroga prevista nos pregos, con data do 16 de abril de 2018. Por Resolución reitoral do 3 de maio de 2018 declarouse a extinción do contrato por cumprimento, con efectos do 24 de novembro de 2018, aínda que se establecía que a empresa continuaría prestando o servizo obxecto do contrato ata a sinatura do contrato do novo expediente de contratación que a USC licitaría, e cuxa data de inicio prevista era o 1 de xaneiro de 2019. A elaboración do expediente de contratación aínda non estaba en marcha na data da miña incorporación.

Segundo o criterio técnico dos servizos de contratación, procedeuse a negociar unha prórroga nos mesmos termos que a executada con CLECE, S.A. No entanto, á vista da situación, nesta prórroga motivábase xa a necesidade de realizar un estudo nos seguintes termos: *“Despois do proceso electoral celebrado na USC o pasado mes de maio e do posterior nomeamento e toma de posesión do novo xerente da institución o 18 de xuño de 2018, por parte deste formulóuselle á empresa LIMPIEZAS SAN FROILÁN, S.L.U. a necesidade de ampliar o período de prórroga do contrato ata o 31 de agosto de 2019, para dispor do tempo necesario para a toma de decisións en relación co servizo a prestar no futuro e clarificar as súas condicións técnicas e económicas desde todas as perspectivas posibles, sen descartar ningunha alternativa que se poida considerar viable, xa sexa para a xestión directa do servizo, ou para a licitación dun novo contrato nas oportunas condicións que garantan que esta non quede deserta por razóns económicas”.*

Esa última alusión fai referencia á problemática deste contrato que se detalla a continuación. Os custos do servizo de limpeza están formados, maioritariamente, polo custo da man de obra ao ser unha actividade intensiva neste recurso. A obriga de subrogar o persoal neste tipo de contratos establecíase por previsión convencional e as empresas anteriores subscribiran acordos co persoal nos que as súas condicións se equiparaban ás do persoal laboral da propia Universidade. Polo tanto, o custo da man de obra era moito máis elevado que en calquera contrato do mesmo sector e os eventuais beneficios das empresas reducíanse considerablemente. É interesante pór de relevo que a negociación dos acordos co persoal para mellorar as súas condicións se materializou en senllos acordos de empresa.

No caso de Santiago de Compostela estas condicións formalizáronse no *Acordo sobre condicións económicas e sociais dos traballadores do servizo de limpeza do Campus de Santiago da Universidade de Santiago de Compostela*, subscrito ante a autoridade laboral pola empresa adxudicataria nese momento, CLECE, S.A., e que contén entre as súas cláusulas a seguinte previsión:

*“1.- Ámbito funcional e persoal.*

*Este acordo será de aplicación ao persoal de limpeza que presta ou preste nun futuro os seus servizos no “Servizo de Limpeza do Campus de Santiago da Universidade de Santiago de Compostela (USC)” e a empresa adxudicataria do mencionado servizo, que actualmente é a empresa CLECE, S.A., afectando de igual modo a todas as empresas que no futuro poidan resultar adxudicatarias deste servizo”.*

*“14.- Disposición derradeira.*

*Os asinantes deste acordo remitirán copia deste ao Reitorado e á Xerencia da Universidade de Santiago de Compostela co obxecto de que, no caso de que saia a concurso o servizo de limpeza, se incorpore o contido do acordo no prego de cláusulas administrativas para a contratación correspondente”.*

Polo que respecta ao Campus de Lugo, existía un acordo de similares características denominado *“Acordo colectivo sobre condicións económicas e sociais do Campus de Lugo (Universidade de Santiago de Compostela)”*, subscrito o 21 de febreiro de 2018 entre a empresa adxudicataria –Limpezas San Froilán, S.L.U.– e o Comité de Empresa e que inclúe idénticas previsións sobre a aplicación en futuras licitacións das condicións acordadas polas dúas partes, nas cláusulas primeira e décimo quinta.

Non obstante, cabe recordar que esta información estaba á disposición nos pregos de cláusulas administrativas e técnicas dos contratos adxudicados e que se tivo en conta por parte das empresas á hora de realizar as súas ofertas, polo que non poderían aducir un cambio sobrevido que afectase ao equilibrio do contrato, sendo a súa vía de escape presentar a renuncia ás eventuais prórrogas previstas.

No *“Informe sobre a viabilidade xurídica e os requisitos dun encargo obrigatorio a medio propio personificado para a prestación do servizo de limpeza de edificios na Universidade de Santiago de Compostela”* encargado pola USC á Área de Dereito Administrativo da Universidade da Coruña no marco deste expediente, Amoedo Souto constata que este problema non é illado. Así, refire casos similares no eido da limpeza hospitalaria pública en Galicia (en concreto, o Complexo Hospitalario Universitario da Coruña, onde mediante negociación colectiva o persoal da empresa adxudicataria se equiparou ao persoal laboral non estatutario do Sergas do grupo E), e tamén exemplos de licitacións declaradas desertas e de renuncias aos contratos de limpeza adxudicados porque os custos laborais anulan as marxes de beneficio empresarial.

Regap



ESTUDIOS

Desta situación xorden as primeiras experiencias de encargo deste tipo de servizo a medio propio, por situacións de urxente necesidade e polo período necesario para proceder á súa licitación<sup>26</sup>.

O propio Consello de Contas de Galicia fíxose eco desta realidade. No seu Informe de fiscalización da contratación dos servizos de limpeza no ámbito hospitalario do Sergas, correspondente ao exercicio 2015<sup>27</sup>, non dubida en afirmar que *“polas cláusulas de subrogación e a paulatina equiparación retributiva acordada entre empresas e traballadores, o custo económico destes traballadores é comparable ao que derivaría da condición de persoal propio, coa circunstancia de que a súa externalización contractual ten o custo adicional do beneficio industrial e do IVE”*.

Non é esta unha situación descoñecida na xestión indirecta dos servizos públicos, o que, como se dixo, desmonta o mito de que a contratación é a opción máis eficiente no sector público fronte á xestión directa, posto que non sempre a tensión teórica que producen no mercado as licitacións públicas implica que as ofertas presentadas polas empresas sexan máis eficientes que a prestación con medios propios. Así o entende tamén AMOEDO SOUTO<sup>28</sup> cando di que *“A normalización da autoprovisión administrativa como alternativa xestora non é conxuntural. Ao contrario. Trátase dunha alternativa “resiliente”, directamente relacionada coas rixideces e carencias endémicas das nosas administracións. En particular, non pode explicarse sen ter en conta fenómenos tan arraigados como a escasa dotación de persoal público, os custos de oportunidade na xestión dos procedementos administrativos abertos de adxudicación de contratos, ou as propias malas prácticas dos contratistas das administracións (adicción ao modificado, dilación no cumprimento de prazos de execución, tendencia á captura de rendas públicas, etc.)”*.

Como se acaba de dicir, a nova licitación nos Campus de Santiago de Compostela quedara deserta e as empresas manifestaran que o importe estimado do contrato non cubría os custos da prestación do servizo, fundamentalmente polos custos elevados do persoal.

Nun primeiro momento avalíouse a posibilidade de proceder a unha nova licitación, pero as circunstancias económicas da Universidade de Santiago de Compostela, cun déficit estrutural elevado e cun plan económico financeiro vixente, non permitían incrementar o importe da licitación en 1,3 millóns anuais máis, tal como se manifestaba, sorprendentemente, nun informe económico externo elaborado pola

---

<sup>26</sup> En concreto, o Informe menciona os casos do Hospital Universitario Marqués de Valdecilla, que realizou un encargo a TRAGSA no ano 2013, ou o do Hospital Universitario de Son Llàtzer e do Hospital Joan March en Palma de Mallorca, que se formalizaron cun encargo ponte derivado dunha licitación previa deserta e que se realizou con subrogación do persoal que estaba a prestar o servizo. Este tipo de encargos fóronse sucedendo no tempo, como no caso da encomenda de xestión realizada a TRAGSA por parte da Comisión Nacional dos Mercados e a Competencia para o servizo de limpeza das súas sedes en Madrid e Barcelona, o encargo por parte da Generalitat Valenciana a TRAGSA da limpeza da Cidade Administrativa 9 de Outubro, ou a limpeza dos edificios e dependencias da Deputación de Lugo, que resolveu en contrato coa empresa adxudicataria por non pagamento dos salarios dos traballadores e que lle encargou o servizo a TRAGSA por un período ponte de 6 meses ata a súa licitación pública.

<sup>27</sup> [https://www.ccontasgalicia.es/sites/consello\\_de\\_contas/files/contents/documents/2015/164\\_D\\_Contratacion\\_Servizo\\_Limpieza\\_Hospitalario\\_Sergas\\_2015\\_G.pdf](https://www.ccontasgalicia.es/sites/consello_de_contas/files/contents/documents/2015/164_D_Contratacion_Servizo_Limpieza_Hospitalario_Sergas_2015_G.pdf)

<sup>28</sup> AMOEDO SOUTO, C.A., “¿Hacer en el sector público o comprar al sector privado? La regulación de la autoprovisión administrativa en España”, cit.

consultora responsable do estudo económico da licitación que quedara deserta, se se pretendía facer viable a adxudicación<sup>29</sup>.

Así, nos meses que restaban de 2018 analizáronse cos servizos correspondentes todas as posibilidades de xestión, incluída a directa.

No marco desta reflexión, constatáronse dous feitos moi relevantes que están no xerme da decisión de internalizar o servizo.

Por unha parte, a Universidade de Santiago de Compostela conta con máis de 500.000 metros cadrados de superficie útil, a maior parte con usos xerais, pero con arredor dun 30 % que require dun tratamento máis específico, ao ter usos de investigación ou en áreas de coñecemento como Medicina, Odontoloxía ou Veterinaria. O contrato licitado en 2014 establecía nos pregos un marco prestacional ríxido, que nin sequera fora modificado como consecuencia da entrada en funcionamento de novos edificios ou a supresión dalgún servizo. Así mesmo, as frecuencias establecidas para a limpeza en función do tipo de uso da superficie non admitían solucións flexibles para reorganizar a prestación do servizo ante calquera eventualidade.

Por outra, constatouse que o cumprimento das condicións do contrato por parte da empresa non se axustaba exactamente á proposta presentada por esta. Nin as melloras presentadas se estaban a executar nos termos propostos nin a cobertura do absentismo se facía coa intensidade prevista. Aínda así, o contrato resultaba gravoso para a empresa polo elevado custo dos salarios, sen que coubese a posibilidade dunha execución máis eficiente pola excesiva rixidez, como se dixo, do modelo de prestación.

Neste contexto, e para explorar as distintas opcións posibles, en maio de 2019 encargóuselle á empresa Into Consulting, unha empresa consultora con experiencia no sector da limpeza e que, na actualidade, asiste tecnicamente administracións públicas nos procesos de licitación de contratos públicos, co seguinte obxecto: estudo do servizo de limpeza nos centros dependentes da Universidade de Santiago de Compostela (Campus de Santiago e Lugo) e avaliación económica das distintas modalidades de xestión posibles.

Ao mesmo tempo, ao estar próximo o vencemento das prórrogas pactadas coas dúas empresas contratistas, e sendo a limpeza un servizo esencial, acordáronse senllas resolucións de prórroga forzosa, por razóns de interese público, notificadas o 30 de xullo de 2019, polo período necesario ata a formalización do novo contrato que viría substituír a prestación do servizo mencionado con efectos desde o 1 de setembro de 2019 e, en todo caso, por un período máximo de 6 meses<sup>30</sup>.

<sup>29</sup> O informe ao que se fai referencia foi elaborado pola consultora Pilot CSS e entregado á Universidade o 4 de xullo de 2018.

<sup>30</sup> Nestas prórrogas, a motivación incluía unha visión máis completa da situación do servizo de limpeza, como se desprende dos antecedentes cuarto a sétimo. *Cuarto. Na análise preliminar da situación polo novo equipo de goberno constatouse que, ademais das renuncias presentadas polas dúas contratistas do servizo de limpeza de edificios, a licitación do contrato de limpeza correspondente ao Campus de Santiago quedara deserta a mediados de 2018 debido a que o prego de prescricións técnicas e o informe que o acompañan establecían unhas condicións que o prezo de licitación non cubría. Ademais diso, constatouse que a superficie útil da que dispón a Universidade excede a necesaria para conseguir as finalidades que lle corresponden. Actualmente dispón de máis de 500.000 metros cadrados destinados á docencia, á investigación e a outros usos con moita incidencia na actividade de limpeza, como poden ser as residencias universitarias. Así mesmo, tívose coñecemento de que en moitos casos as instalacións están infrutilizadas e noutros teñen un uso intenso que foi cambiando nos últimos anos froito da expansión, principalmente, da actividade investigadora.*

*Quinto. A Xerencia da Universidade de Santiago de Compostela pechou as contas do ano 2018 cun déficit no ano 2018 de 1,3 millóns de euros en termos de contabilidade SEC. Isto obriga á presentación dun Plan Económico-Financeiro que deberá ser aprobado*

En canto ás entidades dependentes da Universidade existentes nese momento, constatouse que ningunha delas reunía os requisitos precisos para poder encargarlles a xestión do servizo de limpeza. Ben porque a actividade encargada directamente pola Universidade non alcanzaba o 80 % exigido pola LCSP, no caso da Sociedade Xestora de Intereses da USC, S.L.U. (coñecida como UNIXEST, S.L.U.), ben porque o seu obxecto social impedía tal encargo e ademais non existía unha declaración formal como medio propio, no caso da Fundación USC-Deportiva, cuxas actividades se desenvolvían nunha porcentaxe superior ao 80 % directamente coa Universidade.

Co fin de dispor dun medio propio que permitise a realización de encargos de actividades instrumentais da Universidade, iniciáronse os trámites para a declaración como medio propio da Fundación USC-Deportiva. O primeiro trámite foi a aprobación na sesión do Padroado do 15 de xullo de 2019, por unanimidade dos seus patróns, da decisión de solicitarlle á Universidade de Santiago de Compostela a declaración de medio propio nos termos establecidos no artigo 86 LRXSP e no artigo 32 LCSP.

Ademais do estudo do servizo e as alternativas para a súa xestión, cumpría ter a suficiente seguridade xurídica para a eventual toma de decisións.

Por este motivo, o 29 de novembro de 2021 encargóuselle á Área de Dereito Administrativo da Universidade da Coruña o informe de viabilidade xurídica xa mencionado.

Por último, un elemento decisivo para tomar unha decisión ou outra foi a necesidade de presentar un plan económico financeiro debido ao peche de contas de 2018 en situación de déficit orzamentario.

Esta obriga, prevista no Plan Galego de Financiamento Universitario 2016-2020 e na Lei 2/2011, do 16 de xuño, de disciplina orzamentaria e sustentabilidade financeira de Galicia, xa se producira no ano 2014, realizando nese momento unha política de recortes e axustes que tiveron unha repercusión moi acentuada nas políticas de persoal e o mantemento das infraestruturas.

A Conta Anual da USC correspondente ao exercicio 2018 reflectía un déficit orzamentario de 2,4 millóns de euros e de 1,3 millóns despois dos axustes SEC 2010<sup>31</sup>.

---

*pola Xunta de Galicia e, polo tanto, a unha política de austeridade no gasto. As medidas que se poden adoptar neste Plan deben incidir singularmente nos gastos de subministracións e mantemento debido a que un dos obxectivos prioritarios para a institución é a renovación xeracional do persoal. Á vista do exposto, a Xerencia acordou a elaboración dun estudo técnico que determinase o uso das instalacións e a frecuencia necesaria para a correcta prestación dos diferentes servizos en condicións óptimas e que procurasen unha redución do gasto corrente, cuxo encargo se formalizou o 16 de maio de 2019. A versión preliminar do estudo mencionado foi entregada á Xerencia o 12 de xullo de 2019, e a entrega definitiva producirase a finais deste mes. Baseándose no mencionado documento, adoptaranse as decisións oportunas sobre as condicións técnicas que establecerán os niveis de servizo necesarios e que permitirán a celebración dun novo contrato.*

*Sexto. O anterior supón que a decisión que se adopte non se poida materializar ata despois de que finalice a prórroga, o que provocará un grave prexuízo para a Universidade, pois a limpeza dos edificios é unha actividade esencial para o seu correcto funcionamento. Ademais diso, o inicio do curso académico 2019-2020 o 9 de setembro exige a continuidade do servizo tanto para as funcións docentes e investigadoras como para outras actividades que presta a Universidade e que son esenciais para o alumnado, como pode ser o Servizo Universitario de Residencias, que xestiona a oferta de 1.200 prazos.*

*Sétimo. A imposibilidade material de interromper a prestación do servizo fai necesario acudir a un procedemento que só se pode xustificar polo seu carácter excepcional, e no que hai que ter en conta que o 14 de xullo se produciu a xubilación do xefe de Servizo de Xestión Económica. Este servizo ten entre as súas funcións a coordinación, xestión e seguimento dos procedementos de contratación administrativa e privada e de xestión patrimonial, así como de prestar o asesoramento xeral sobre estas materias e subministrar a información necesaria para a toma de decisións en materia económica.*

<sup>31</sup> O Regulamento (UE) No. 549/2013 do Parlamento Europeo e do Consello, do 21 de maio de 2013, relativo ao Sistema Europeo de Contas Nacionais e Rexionais da Unión Europea (en diante, SEC 2010) establece a metodoloxía de elaboración das

Varias eran as razóns deste resultado, tal como se expuxeron no Plan Económico Financeiro 2019-2020, aprobado polo Consello de Goberno o 7 de febreiro de 2020 e autorizado pola Consellería de Facenda.

Nel analizábanse as causas do déficit, entre as que se mencionaba expresamente o problema coas licitacións do servizo de limpeza de edificios nos seguintes termos:

*“a) A insuficiencia de ingresos para cubrir os gastos estruturais. [...] Ademais, durante 2018, o contrato de limpeza de edificios quedou deserto por ter un prezo insuficiente. Coas condicións actuais, a Universidade necesitaría de 1 millón anual máis para poder contratar este servizo básico e que a licitación resultase viable. As prórrogas do contrato coas empresas contribuíron tamén ao déficit, ao incrementarse o prezo do contrato nun 5 %”.*

Entre outras medidas a adoptar para corrixir o déficit nos seguintes exercicios, incluíuse unha específica sobre o contrato de limpeza:

*“Redución do gasto asociado ao contrato de limpeza de edificios. A Universidade de Santiago de Compostela ten actualmente dous contratos subscritos para a limpeza dos seus edificios situados en Santiago de Compostela e Lugo. O custo anual destes contratos supera os 8.000.000 €. As dúas contratistas manifestaron a renuncia ás posibles prórrogas e o proceso de licitación para o contrato correspondente a Santiago de Compostela declarouse deserto a mediados de 2018. O anterior prego de licitación estableceu frecuencias de limpeza que non son acordes cos usos actuais dos espazos, debido ao descenso do alumnado producido durante os últimos 10 anos. Nese mesmo período, a Universidade incrementou en 80.000 metros cadrados a súa superficie construída dedicada á investigación, o que supón necesidades diferentes. Sobre esta base, estase a traballar actualmente na redefinición da prestación avaliando os usos actuais dos diferentes espazos e planificando os niveis de servizo que dean resposta ás necesidades da Universidade e permitan a eficiencia no gasto e a eficacia na consecución dos fins institucionais. O recurso a medio propio para a prestación do servizo permite un aforro por dúas vías: por unha parte, afórrase o IVE non deducible que anualmente supera os 0,9 millóns de euros e por outra parte afórrase o beneficio empresarial que co modelo actual (dúas empresas distintas, unha en cada cidade onde a USC ten presenza) supón anualmente uns 0,5 millóns de euros. Non obstante, os pasos a dar para poder realizar o encargo obrigan a Universidade a facer unha estimación prudente do aforro que se poderá obter no exercicio 2020 tendo en conta que a previsión é que o encargo se realice durante o segundo semestre do ano e que serán necesarios investimentos iniciais en subministracións e material. Estímase, á vista do anterior, que coa combinación das medidas descritas se aforren 300.000 euros en 2020, e 500.000 euros en 2021”.*

Como se describirá na parte final, os resultados foron moito mellores do esperado.

---

contas económicas que se publiquen a partir do 1 de setembro de 2014 (artigo 5.1 do regulamento), substituíndo a versión anterior, SEC 1995, publicada mediante o Regulamento 2223/96 do Consello, do 25 de xuño de 1996.

### 3.3 A declaración como medio propio da Fundación USC-Deportiva

A LCSP establece no artigo 32 que os poderes adxudicadores poderán organizarse executando de xeito directo prestacións propias dos contratos de obras, subministracións, servizos, concesión de obras e concesión de servizos, valéndose doutra persoa xurídica distinta a eles, xa sexa de dereito público ou de dereito privado, logo de encargo a esta.

Ademais do anterior, o apartado 2.c) dispón que, cando o ente destinatario do encargo sexa un ente de personificación xurídico-privada, a totalidade do seu capital ou patrimonio terá que ser de titularidade ou achega pública.

No noso caso, a Fundación USC-Deportiva fora constituída no ano 2007 co obxecto de desenvolver as actividades físico-deportivas que programase a Universidade de Santiago de Compostela e o 100 % do capital achegado era da propia Universidade.

A composición do Padroado, regulada nos seus estatutos, prevía un máximo de doce membros e un mínimo de tres. No seu Padroado non había representantes alleos á institución nese momento, estando formado por cinco patróns: o reitor, membro nato que ocupaba a Presidencia, a persoa titular do vicerreitorado con competencias en actividades físico-deportivas, tamén membro nato e que ocupaba a Vicepresidencia, e tres vogais designados pola USC. Os Estatutos prevían, ademais, a posibilidade de designar outros membros de entidades que se adherisen á Fundación en número que non igualase ou superase a representación da Universidade. No entanto, o seu obxecto social non admitía o desenvolvemento doutras actividades que non fosen as deportivas.

A ausencia de desenvolvemento normativo do artigo 32 LCSP e a confusión creada coa declaración como básico do artigo 86 LRXSP xeraban certa incerteza en canto ao procedemento e requisitos para a declaración dun ente como medio propio. Existían interpretacións diverxentes sobre a aplicación dos requisitos deste último artigo á declaración de medios propios e servizos técnicos que non formasen parte do sector público estatal e, tamén, sobre a necesidade de xustificar os requisitos establecidos no seu apartado 2 unicamente no momento de creación do medio propio, ou declaración de tal condición se o ente xa existía, ou en cada encargo que se realizase de conformidade co artigo 32 LCSP.

En relación coa condición de medio propio, o baleiro legal xerado pola ausencia de desenvolvemento regulamentario encheuse, dalgún xeito, coa publicación por parte da Intervención Xeral do Estado da *Resolución do 16 de maio de 2019 pola que se aprobou a Instrución para a elaboración do informe a emitir en virtude do artigo 86.3 da Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público*.

Aínda que esta instrución non se aplicaba á USC, xa que o artigo 86.3 regulaba a proposta de declaración de medio propio e servizo técnico na Administración xeral do Estado, que debía ser sometida a informe pola Intervención Xeral do Estado, si actuou na práctica como unha especie de *soft law* para o conxunto do sector público<sup>32</sup>.

---

<sup>32</sup> Neste sentido, AMOEDO SOUTO, C.A., “¿Hacer en el sector público o comprar al sector privado? La regulación de la autoprovisión administrativa en España”, cit.

Cabe mencionar que o artigo 86.3 foi modificado pola disposición derradeira 34.2 da Lei 11/2020, do 30 de decembro, de orzamentos xerais do Estado, deixando exclusivamente a presentación da memoria xustificativa que regula a resolución da IXAE para o suposto de nova creación de medios propios e servizos técnicos.

Como xa se comentou, para a declaración da condición de medio propio da Fundación USC-Deportiva seguíronse as directrices establecidas pola IXAE para a declaración e creación de medios propios no eido estatal. Pois ben, os pasos seguidos na dita declaración foron os seguintes:

- O Padroado da Fundación USC-Deportiva, reunido o 15 de xullo de 2019, acordou por unanimidade iniciar os trámites para realizar as modificacións necesarias nos estatutos da entidade para solicitarlle á Universidade de Santiago de Compostela ser considerada medio propio desta.
- O reitor, como máximo responsable da entidade solicitante, presentou a proposta ao Consello de Goberno, de modificación da condición xurídica da entidade Fundación USC-Deportiva para a súa declaración como medio propio personificado da USC, de conformidade co acordo adoptado polo Padroado e tendo en conta o previsto na Lei 9/2017, do 8 de novembro, de contratos do sector público, e o previsto nesta materia na Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público. Como documentación da proposta anexábase:
  1. Certificado da secretaria do Padroado, de conformidade coas atribucións conferidas polos Estatutos vixentes, sobre o acordo adoptado na reunión celebrada o 15 de xullo de 2019.
  2. Borrador de modificación dos Estatutos da Fundación co fin de declarala medio propio personificado da Universidade de Santiago de Compostela, de conformidade coa Lei 40/2015, de réxime xurídico do sector público, e coa Lei 9/2017, de contratos do sector público.
  3. Certificado do Protectorado coa finalidade de acreditar a composición do Padroado, máximo órgano reitor da Fundación.
  4. Certificado acreditativo do carácter 100 % público da dotación fundacional.
  5. Informe de auditoría independente coa finalidade de acreditar que máis do 80 % do volume da actividade da Fundación USC-Deportiva, conforme as contas anuais dos tres últimos exercicios, se realizou por conta da Universidade de Santiago de Compostela.
  6. Declaración responsable do presidente do Padroado da Fundación USC-Deportiva sobre os medios persoais e materiais apropiados para a realización dos encargos de conformidade co seu obxecto social.

Regap



ESTUDIOS

7. Memoria xustificativa da modificación proposta da Xerencia da Universidade de Santiago de Compostela, onde se realizaba un estudo sobre o cumprimento dos requisitos, en particular da suficiencia de medios materiais e humanos para o desenvolvemento dos seus fins, unha análise de riscos que evidenciaba a sustentabilidade económica da Fundación e a correcta execución ata ese momento dos cometidos desenvolvidos pola entidade.
8. Informe sobre a memoria que acompaña a proposta de declaración da Fundación USC-Deportiva como medio propio da Universidade de Santiago de Compostela emitida polo Servizo de Control Interno, emitido logo da solicitude da Xerencia de USC.
9. Informe do Servizo de Asesoría Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela.

Satisfaciáanse así todos os requisitos legais, incluíndo a conformidade expresa da entidade da que se pretendía que a Fundación fose medio propio.

Satisfaciáanse así todos os requisitos legais, incluíndo a conformidade expresa da entidade da que se pretendía que a Fundación fose medio propio.

Como xa se dixo, a Fundación USC-Deportiva tiña como obxecto social a promoción, incentivo e desenvolvemento da actividade físico-deportiva universitaria, preferentemente na comunidade autónoma galega. Nin o obxecto social nin os seus fins ou actividades fundacionais poderían encaixar no encargo a un medio propio doutra actividade que non fose a deportiva.

Por este motivo, a modificación dos Estatutos considerou as seguintes modificacións:

- Modificación da denominación da Fundación USC-Deportiva, que pasou a ser Fundación USC M.P.
- Modificación do artigo 3 dos Estatutos, sobre o réxime xurídico e a condición de medio propio, regulando tamén o réxime dos encargos mediante resolucións reitorais de obrigado cumprimento<sup>33</sup>.

---

<sup>33</sup> Artigo 3 dos Estatutos da Fundación USC M.P.: *“A Fundación ten a consideración de medio propio personificado da Universidade de Santiago de Compostela, debendo asumir os encargos que esta lle ordene, sen que en ningún caso estes poidan implicar a atribución de potestades públicas ou o exercicio de funcións ou facultades suxeitas ao dereito administrativo.*

*Os encargos, que serán de execución obrigatoria para a Fundación, formalizaranse mediante resolución reitoral, de conformidade coas regras previstas no artigo 32 da Lei 9/2017, ou norma básica que a substitúa, e levaranse a cabo de conformidade coas instrucións que se diten. A Universidade poderá supervisar en calquera momento a correcta realización do obxecto do encargo.*

*Os encargos retribuiranse mediante tarifas aprobadas pola Universidade de Santiago de Compostela de conformidade cos seus Estatutos e demais normas aplicables atendendo, en todo caso, ao custo efectivo soportado pola Fundación para as actividades obxecto de encargo que se subcontraten con empresarios particulares nos casos en que este custo sexa inferior ao resultante de aplicar as tarifas ás actividades subcontratadas. As tarifas calcularanse de modo que representen os custos reais que puidesen derivar do encargo.*

*A Fundación non poderá participar en licitacións públicas convocadas pola Universidade de Santiago de Compostela sen prexuízo de que cando nunha determinada licitación non concorra ningún licitador se lle poida encargar á Fundación a execución da prestación obxecto desta licitación.*

*Así mesmo, a Fundación publicará na Plataforma de Contratos Públicos de Galicia e no perfil do contratante a súa condición de medio propio da Universidade de Santiago de Compostela indicando as actividades que, comprendidas dentro dos seus fins, pode executar no caso de ser obxecto de encargo.*

- Modificación do artigo 6<sup>34</sup> sobre os fins da Fundación para incluír a previsión do artigo 84 LOU, que dá cobertura legal á utilización de fundacións como personificacións instrumentais de dereito privado para a satisfacción dos fins das universidades, mediante a colaboración na promoción e desenvolvemento dos fins da Universidade.
- Modificación das actividades fundacionais previstas no artigo 7<sup>35</sup>, para incluír as actividades e servizos instrumentais prestados á Universidade de Santiago de Compostela.
- Modificación do artigo 12 sobre a composición do Padroado, que mantén o número máximo e mínimo de patróns, pero inclúe tres membros natos: a persoa titular do Reitorado da Universidade de Santiago de Compostela, que o presidirá; a persoa titular da Xerencia da Universidade de Santiago de Compostela, que desempeñará a Vicepresidencia; unha persoa representante do Consello Social da Universidade de Santiago de Compostela.

A proposta de modificación dos Estatutos foi acordada polo Consello de Goberno o 5 de decembro de 2019 e aprobada definitivamente polo Consello Social da USC o 27 de decembro do mesmo ano.

Por último, e tras a aprobación formal dos novos Estatutos polo Padroado da Fundación, elevar a público o acordo e obter a autorización por parte do Protectorado da Fundación, procedeuse á súa inscrición o 12 de febreiro de 2020.

É conveniente destacar que este proceso non foi impugnado en ningún momento.

### 3.4 O encargo

Situámonos en febreiro de 2020, e as prórrogas forzosas dos contratos de limpeza en Santiago de Compostela e Lugo remataban a finais dese mes.

Non obstante, o equipo de goberno aínda non dispuña de todos os elementos de xuízo necesarios para adoptar unha decisión. Por unha parte, un estudo en profundidade do servizo de limpeza que cumpría prestar, que establecese as frecuencias necesarias en función da intensidade de uso das instalacións e que permitise unha solución

---

*A Fundación poderá participar en licitacións públicas convocadas por outros entes do sector público respecto dos que non teña a condición de medio propio personificado, así como subscribir contratos, acordos, convenios ou calquera outro documento de carácter contractual con outros suxeitos públicos ou privados'.*

<sup>34</sup> Artigo 6 dos Estatutos da Fundación USC M.P.: "A Fundación ten como finalidade de interese xeral colaborar na promoción e desenvolvemento dos fins propios da Universidade de Santiago de Compostela, contribuíndo a exercer con eficacia e eficiencia as funcións que a institución ten asignadas, así como a promoción, incentivo e desenvolvemento da actividade físico-deportiva preferentemente na Comunidade Autónoma Galega. A finalidade de interese xeral da Fundación poderase exercer ben por propia iniciativa, ben por medio dos encargos que a Universidade lle realice. En particular, a Fundación ten como fins propios os seguintes: 1. Prestar os servizos que sexan necesarios para que a Universidade realice as súas funcións básicas e que non supoñan o exercicio da función de autoridade. 2. Colaborar coa Universidade de Santiago de Compostela no desenvolvemento e xestión daquelas actividades que contribúan a unha mellor asistencia á comunidade universitaria. [...]".

<sup>35</sup> Artigo 7 dos Estatutos da Fundación USC M.P.: "Para a consecución dos fins mencionados no artigo anterior a Fundación poderá levar a cabo, con carácter enunciativo e non limitativo, as seguintes actividades: 1. Xestionar, prestar, organizar e realizar actividades e servizos instrumentais da Universidade de Santiago de Compostela. [...] 9. En xeral, cantas actuacións sexan necesarias para a consecución dos fins que constitúen o seu obxecto".

organizativa flexible e adaptable segundo as circunstancias. Por outra banda, tampouco fora emitido o informe xurídico sobre a viabilidade do encargo a medio propio.

Así, por resolucións do 21 de febreiro de 2020, prorrogáronse forzosamente de novo os dous contratos de limpeza, por un período de seis meses, o que era unha marxe razoable para proceder ao cambio de modelo de xestión. Deste xeito, nas dúas resolucións recóllese expresamente esta circunstancia, descartando xa a licitación dun novo contrato.

É inevitable a referencia á pandemia por coronavirus SARS-Cov-2, que levou á declaración do estado de alarma polo Goberno de España o 14 de marzo de 2020 e que alterou calquera previsión que se puidese realizar. Debemos destacar que esta circunstancia serviu para realizarlle o primeiro encargo á Fundación USC M.P., por razóns de urxencia, para a xestión da Oficina COVID da USC, unidade creada *ad hoc* para a xestión das incidencias – numerosas e variadas – que xurdiron durante a pandemia. A capacidade da Fundación para a prestación de servizos de carácter xeral quedou unha vez máis acreditada, cunha xestión realizada de forma eficaz e eficiente, como acreditan as contas anuais da Fundación aprobadas en situación de superávit, correspondentes ao ano 2020.

A versión final do informe técnico sobre o servizo de limpeza foi entregada en marzo de 2020. En canto ao informe de viabilidade xurídica, tal como explica Amoedo Souto, *“A primeira versión deste informe foi entregada o 11 de marzo, tres días antes da declaración de estado de alarma realizada polo Real decreto 463/2020, do 14 de marzo.*

*Desde entón, a loita de contención da pandemia da covid-19 provocou intensas alteracións na prestación do servizo universitario e, en particular, do servizo de limpeza dos edificios da USC.*

*Por todas estas circunstancias, a entrega do informe permaneceu paralizada, á espera de que a situación fose volvendo á normalidade”.*

Certamente, o informe final foi entregado o 16 decembro de 2020, nova prórroga forzosa mediante nos dous contratos de limpeza, notificada o 19 de agosto de 2020, que, neste caso, ademais das razóns de interese público, incluía razóns de saúde pública para non interromper a prestación do servizo.

A crise sanitaria alterou por completo os protocolos de limpeza e desinfección no intento de contribuír á súa contención, obrigando á contratación de servizos que non estaban previstos na prestación ordinaria do servizo. Os peches totais dos primeiros meses deixaron paso a situacións do máis distintas en canto á actividade que se podía prestar, con continuas regras e interrupcións que cambiaban constantemente.

Nunha Universidade complexa, que conforma un ecosistema propio, é doado adiviñar o arduo que foi xestionar as actividades habituais da Universidade, desde a docencia e a investigación ou os servizos administrativos ata as residencias universitarias, cafeterías e comedores, bibliotecas e, máis tarde, a recuperación da actividade cultural e deportiva.

Por este motivo, foi necesario aínda prorrogar unha vez máis, forzosamente, a prestación do servizo por parte das contratistas que o viñan desempeñando, que se notificou o 26 de febreiro de 2021.

Unha vez máis, cabe destacar que ningunha das prórrogas foi impugnada, nin as anteriores á pandemia, nin tampouco as posteriores, aínda que esta circunstancia é máis comprensible.

Os informes técnicos solicitados despexaron calquera indicio de dúbida sobre a pertinencia da decisión de realizar o encargo á Fundación.

O estudo técnico concluía que era necesaria unha redefinición a todos os niveis da prestación do servizo. Nin as frecuencias eran adecuadas para as intensidades de uso, nin se aplicaran técnicas que mecanizasen e mellorasen a prestación do servizo, nin existían fórmulas que flexibilizasen a adaptación do persoal ás circunstancias de forma áxil e eficiente. Nas conclusións do informe sobre a situación do servizo, pódese ler *“Baseándose na situación actual, descrita, preténdese cambiar o modelo de xestión, ben a través dunha nova adxudicación ou ben a través da Fundación USC. Para ambos os dous casos, e para a consecución dos obxectivos previstos, non se considera válida unha tipoloxía de prego de condicións similar ao actual.*

*O servizo “ideal” non está definido, polo tanto, debe ser a acción conxunta da USC e o coñecemento e experiencia da adxudicataria (ou Fundación) as que o definan beneficiándose ambos os dous desta alianza, con obxectivos da máxima eficiencia a medio prazo”.*

É dicir, ademais dos eventuais aforros do beneficio empresarial e da exención da aplicación do IVE aos encargos, existía unha certeza sobre que a prestación do servizo podía ser máis eficaz e eficiente.

Formulábanse dous escenarios, un optimista, no que se incluía un incremento do 1,5% do custo salarial, e un pesimista, cun incremento do 2%. Por outra banda, o estudo realizaba tamén unha comparativa entre a prestación do servizo co modelo co que se viña prestando, ou aplicando un novo modelo de xestión baseado en frecuencias e niveis de servizo.

As cifras resultantes, en termos estritamente económicos, aconsellaban o cambio do modelo de xestión, pasando a prestalo desde a Fundación.

Fose cal fose a opción elixida, só o cambio na prestación do servizo supuña aforros, sen IVE, que oscilaban entre os 3,8 millóns e os 5,9, en función da externalización ou non e do escenario realista ou optimista.

A diferenza entre a xestión mediante a Fundación ou a externalización oscilaba entre 1,3 millóns e 1,2 millóns a favor da primeira opción.

En calquera caso, no estudo técnico incluíronse determinados gastos que en opinión da USC se podían reducir, probablemente porque despois de dous anos e medio de mandato e unha pandemia, o coñecemento sobre a Universidade e a Fundación eran moi precisos. Por pór un exemplo, a estrutura de persoal de xestión que o informe consideraba necesaria estaba sobredimensionada e estaba baseada nas ofertas que, normalmente, presentan as empresas de limpeza, moitas delas grandes multinacionais con magníficos gabinetes xurídicos dedicados ao éxito nas licitacións públicas, pero nas que a dedicación do persoal propio da empresa vinculado ao contrato é ínfima. Por outra banda, os custos de subministracións parecían sobreestimados, mesmo tendo en conta a advertencia do informe sobre a imposibilidade da Fundación de acceder a descontos derivados de economías de escala como as empresas do sector.

Regap



ESTUDIOS

Pola súa banda, o informe de viabilidade xurídica de Amoedo Souto despexaba as dúbidas sobre o procedemento para realizar o encargo e resolvía algunha das incertezas xeradas nos primeiros anos despois da entrada en vigor da LCSP.

Pola súa importancia, merece un tratamento singular a subrogación do persoal na Fundación, unha das cuestións máis controvertidas nos procesos de internalización de servizos no sector público.

Basta dicir que para poder prestar o servizo desde a Fundación era unha premisa básica a viabilidade desta subrogación do persoal existente, sen o cal un servizo como o da limpeza non sería posible.

O informe de viabilidade xurídica detense especificamente nesta cuestión, no seu apartado 2.6, destacando dous feitos xurídicos que confirmaban a posibilidade e, sobre todo, a obrigatoriedade da subrogación do persoal que prestaba o servizo de limpeza na USC a través das dúas empresas contratistas.

En primeiro lugar, a Fundación USC é unha entidade de dereito privado, polo que non se vía afectada polas restricións introducidas pola Lei 3/2017, de orzamentos xerais do Estado para o ano 2017, que só eran aplicables a entidades de dereito público e sociedades mercantís públicas.

En segundo lugar, a partir de a entrada en vigor da nova LCSP, en marzo de 2018, o artigo 130 abre a porta á subrogación obrigatoria do persoal de contratas públicas en tres supostos: *ex lege*, por convenio colectivo ou por acordo de negociación colectiva de eficacia xeral. Pois ben, os convenios colectivos aplicables no sector da limpeza obrigan á subrogación do persoal nos termos previstos no artigo mencionado e no artigo 44 do Estatuto dos traballadores.

O informe de viabilidade xurídica analiza tamén os precedentes de encargos que incluíron a subrogación do persoal habilitada mediante cláusula convencional, concluíndo que *“a inclusión dunha cláusula subrogatoria no contido da encarga obrigatoria foi aceptada pacificamente, de conformidade co artigo 130 da LCSP e 44 ET”*.

O requisito, previsto no artigo 32 LCSP, de verificación de que a entidade conta cos medios humanos e materiais necesarios para a prestación do servizo, facía que esta cuestión fose especialmente relevante.

É interesante, neste punto, facer referencia ao proceso de remunicipalización do servizo de augas do Concello de Valladolid, xestionado desde hai 5 anos por unha empresa municipal e que foi obxecto de ata dez resolucións xudiciais. Foi un dos encargos a medio propio máis relevantes, polo volume de traballadores afectados, 163 en total, e, a teor das noticias, un exemplo de cambio no modelo de xestión que permitiu mellorar radicalmente o servizo prestado.

Sobre a cuestión do persoal, o fundamento xurídico cuarto da Sentenza 150/2017, do Xulgado Contencioso/Administrativo núm. 3 de Valladolid, confirmada posteriormente pola Sentenza do 21 de maio de 2019, do Tribunal Superior de Xustiza de Castela e León, dispón:

*“Desde un punto de vista negativo hai que sinalar que o acordo impugnado non adopta ningunha decisión sobre asunción de persoal necesario para a xestión directa dos servizos nin tampouco para o funcionamento da entidade pública empresarial*

*local creada aínda que é evidente que a utilización dese persoal é consubstancial á decisión adoptada en canto que non é posible facer efectiva a xestión directa do servizo se non se conta con persoal suficiente para levar a cabo as actuacións que exige a dita xestión.*

*Sendo isto así e, hai que insistir niso, aínda que o acordo impugnado non adopta ningunha decisión sobre a asunción de persoal, é necesario analizar se a normativa aplicable permite que a entidade pública empresarial creada dispoña de persoal propio para poder cumprir co seu obxecto dado que, de non ser así, a decisión sobre a xestión directa, aínda que fose sostible e eficiente, non sería eficaz xa que non podería levarse a cabo producíndose, de facto, unha falta de prestación do servizo incompatible co carácter básico e obrigatorio deste nos termos que logo se dirán”.*

No fundamento xurídico quinto, a resolución xudicial dispón o seguinte sobre a aplicabilidade a este caso da sucesión prevista no 44 ET:

*O artigo 44 do Estatuto dos traballadores refírese, no esencial, ao mantemento da relación laboral cando se produce unha sucesión de empresas. Non existe ningunha dúbida respecto á aplicación deste artigo nos supostos nos que o suxeito que asume a nova actividade é de natureza pública, Administración ou un ente dependente dela, sendo esencial para que se produza a sucesión que exista a transmisión dunha “entidade económica” que manteña a súa identidade, entendida como un conxunto de medios organizados suficientes para levar a cabo unha actividade económica.*

Na configuración do encargo a realizar había dúas cuestións máis que eran moi relevantes para a súa resolución. Por unha parte, na data en que se producise definitivamente, cumpría dispor do equipamento necesario e, por outra parte, a aprobación das tarifas a aplicar debía ser previa á formalización do encargo e, de conformidade co artigo 32 LCSP, atender ao custo efectivo soportado polo medio propio, representando os custos reais.

Por resolución reitoral do 7 de maio de 2021, realizóuselle un encargo á Fundación cuxo obxecto era a execución das actuacións necesarias para iniciar o proceso de cambio de modelo do servizo de limpeza de edificios e locais da USC.

En concreto, encomendábanse as seguintes actividades:

*“Prover dos medios necesarios para iniciar o cambio de modelo de xestión do servizo de limpeza, entre outros:*

*- letrado/a asesor/a experto/a en negociación colectiva e defensa, asistencia e asesoramento xurídico en entes do sector público autonómico para levar a cabo as actuacións previas á formalización do cambio de modelo de xestión;*

*- elaboración de documentación e informes para a planificación e a prestación do servizo de limpeza de edificios;*

- *negociación coas empresas adxudicatarias actuais para a adquisición ou alugueiro do material e equipamento cos que conta na actualidade;*
- *asistencia técnica para a subministración do material, asesoramento en innovación tecnolóxica, optimización de procesos e realización de traballos especiais”.*

A duración prevista era ata o 31 de agosto de 2021 e o seu importe ascendía a 22.260,27 euros. Entre as actividades que se levaron a cabo con máis relevancia, está a apertura dun período de consultas cos traballadores, que non era obrigatorio, pero si recomendable para que o proceso se desenvolvese sen obstáculos. Esta actuación derivou nun acordo o 1 de xullo de 2022 que, fundamentalmente, garantía por escrito que se manterían os contratos e as condicións laborais existentes ata ese momento.

Este encargo está *sub iudice* polas demandas presentadas por CLECE, S.A., con solicitude de medida cautelarísima, desestimada polo Xulgado Contencioso-Administrativo núm. 1 de Santiago de Compostela, e pola Asociación Profesional de Empresas de Limpeza (ASPEL).

Resumidamente, nas dúas demandas alégase a insuficiencia de medios da Fundación para levar a cabo o encargo, a inadecuación do seu obxecto social para desenvolver o obxecto do encargo, exceso de subcontratación e que o encargo a medio propio é unha opción menos eficiente que a contratación pública.

En canto á formalización do encargo do servizo de limpeza, reproducimos a continuación a conclusión sétima do informe de viabilidade xurídica que establecía os pasos que cumpría dar:

*“SÉTIMA.- O encargo singularizado do servizo de limpeza á Fundación USC MP deberá satisfacer os seguintes requisitos:*

*a) Previamente ao inicio da operativa de encargo entre a USC e a Fundación, esta deberá publicar na plataforma de contratos públicos de Galicia e no seu perfil de contratante a súa condición de tal respecto da propia USC, e os sectores de actividade nos cales, estando comprendidos no seu obxecto social, sería apta para executar as prestacións que vaian ser obxecto de encargo. Entre estes sectores deberán incorporarse as tarefas de limpeza.*

*b) O encargo deberá ser formalizado e autorizado polo reitor da Universidade de Santiago de Compostela.*

*c) O documento de formalización establecerá o prazo de duración do encargo e os demais extremos necesarios para a correcta ordenación da prestación do servizo polo medio propio.*

*d) O documento de formalización do encargo deberá recoller a compensación que se fixe a favor da Fundación pola realización deste, por referencia a tarifas de servizo de limpeza aprobadas pola propia USC. Estas tarifas deberán reflectir o custo efectivo soportado polo medio propio pola realización das tarefas de limpeza encargadas, excluíndose polo tanto IVE e beneficio industrial”.*

Así, o 23 de xullo de 2021, o Consello de Goberno da USC acordou proporlle ao Consello Social a aprobación das tarifas aplicables ao servizo de limpeza de edificios e locais da USC para os encargos realizados á Fundación Universidade de Santiago de Compostela M.P., que, pola súa vez, foron aprobadas na sesión do Consello Social celebrada o 29 de xullo de 2021.

Para a súa elaboración, tívose en conta a proxección de custos realizada para iso por Into Consulting e o informe presentado pola Xerencia da Fundación USC M.P. con data do 19 de xullo de 2021. A análise de custos inclúe todos os gastos a realizar pola Fundación na execución do encargo, determinando o custo/hora da prestación do servizo en 21,81 €.

Finalmente, por Resolución reitoral do 6 de agosto de 2022, formalizouse o encargo da prestación do servizo de limpeza de edificios e locais, cunha duración de 3 anos desde o 1 de setembro de 2021 ao 30 de agosto de 2024, podendo ser prorrogado por períodos anuais ata un máximo de 2 anos<sup>36</sup>.

O importe total do encargo, de conformidade coas tarifas aprobadas, ascende a 22.518.280,84 € para os tres anos iniciais, cunha desagregación que se mostra na táboa 2.

**Táboa 2.** Desagregación do importe total do encargo.

Anualidade	Horas	Importe/hora	Importe
2021	114.719,45	21,81 €/hora	2.502.031,20 €
2022	344.158,35	21,81 €/hora	7.506.093,61 €
2023	344.158,35	21,81 €/hora	7.506.093,61 €
2024	229.438,90	21,81 €/hora	5.004.062,41 €
TOTAL			22.518.280,84 €

Fonte: Elaboración propia.

<sup>36</sup> O expediente da resolución de encargo incluíu a seguinte documentación:

1. Resolución reitoral e anexos:

- Anexo I: Memoria xustificativa do xerente da Fundación USC M.P., conformada polo xerente da USC, da concorrencia dos requisitos de eficacia, eficiencia e rendibilidade do encargo de xestión para a execución do servizo de limpeza de edificios e locais da Universidade de Santiago de Compostela.

- Anexo II. Documento técnico de encargo de prestación do servizo de limpeza de edificios e locais da Universidade de Santiago de Compostela.

- Anexo III. Encargo de tratamento de datos.

2. Informe sobre a existencia de crédito axeitado para a execución do servizo de limpeza de edificios e locais da Universidade de Santiago de Compostela.

3. Informe do Servizo de Asesoría Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela.

Ademais, a resolución reitoral contiña entre as súas cláusulas a subrogación obrigatoria do persoal adscrito á prestación do servizo, a advertencia da limitación de subcontratación de prestacións parciais ao 50% do importe do encargo e demais extremos sinalados no informe de viabilidade xurídica. Por último, a resolución foi obxecto de publicación no Perfil do Contratante da Fundación USC M.P. e no da Universidade de Santiago de Compostela ese mesmo día. Con posterioridade, notificóuselles ás empresas contratistas a finalización do contrato o 31 de agosto, requirindo a lista de persoal, así como a información necesaria para proceder á subrogación con efectos do 1 de setembro de 2021. Do mesmo xeito, notificóuselle ao persoal a subrogación para proceder á formalización dos trámites administrativos e laborais correspondentes.

### 3.5 Os resultados do encargo

Como se mencionou, o acordo subscrito cos traballadores o 1 de xullo de 2021 e a ordenación dos trámites a seguir supuxo unha subrogación do persoal exenta de problemas e pacífica socialmente.

En canto ás subministracións e medios materiais precisos para a efectiva prestación do servizo, o encargo previo realizado á Fundación e a colaboración de CLECE, cedendo unha parte destes, permitiu non só garantir a transición, senón que tamén posibilitou que os 400.000 euros de investimento previstos no encargo para o ano 2021 non fosen necesarios, consumindo só 132.000 euros en total.

En canto aos demais medios necesarios, procedeuse á contratación dunha persoa para a xefatura do servizo de limpeza e ao aluguer do material necesario. Con todo, sobre a redución de gasto que esta opción xa significaba para a USC, o desempeño durante o ano 2021 supuxo unha redución mensual do 11,6 % no custo da limpeza, ou en números absolutos de 358.465 € nos cinco meses de encargo de 2021, sen IVE.

A modificación nas condicións de prestación do servizo explica en gran medida esta redución. Ademais da revisión das frecuencias de limpeza en función da clasificación dos espazos segundo o seu uso en tres tipoloxías, a aplicación de fórmulas flexibles para o traslado de traballadores entre edificios, optimizando as xornadas e contribuíndo á redución da cobertura de absentismo, son elementos clave para a prestación do servizo, sen que se rexistrase ningunha queixa nin incidencia durante o case ano e medio en que a Fundación asumiu esta actividade.

Non obstante, a marxe de mellora aínda non se esgotou, pendente de implantar unha maior mecanización nas tarefas de limpeza que redunden, pola súa vez, na redución de horas de servizo necesarias.

No informe de perdas e ganancias da Fundación en 31 de outubro de 2022, a Fundación presenta un resultado de 780.000 euros, e é importante ter en conta que durante o ano 2022 se acordou cos traballadores unha paga única por produtividade por importe de 200.000 euros. Os compromisos alcanzados na negociación colectiva vinculan a produtividade do persoal ao resultado económico da actividade, revertendo unha parte nas súas retribucións.

En canto aos investimentos materiais e gastos derivados da actividade, ascenden a 198.000 euros, o que representa un aforro con respecto ao custo proxectado inicialmente que ascendía a 400.000 euros.

De confirmarse a tendencia, procederase á revisión das tarifas fixadas pola Universidade de Santiago de Compostela para adecualas ao custo real e efectivo soportado pola Fundación.

### 3.6 O litixio

Este encargo, como era esperable, foi obxecto dun recurso especial de contratación por parte de ASPEL, presentado ante o Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Galicia (TACGal) no que, ademais, solicitaba a adopción dunha curiosa

medida cautelar: a suspensión da executividade da Resolución reitoral do 6 de agosto de 2021 aducindo que, se non se suspendía e finalmente se estimaba o recurso especial que se presentaría o último día do prazo posible, a Fundación xa tería dado comezo á execución do encargo e se produciría un grave prexuízo porque CLECE tería que recuperar a prestación do servizo volvendo tramitar as altas na Seguridade Social do persoal adscrito entón á Fundación.

Recordamos neste punto que a última prórroga forzosa finalizaba o 31 de agosto de 2022, polo que é cuestionable que, de estimarse o recurso especial, a empresa CLECE puidese seguir prestando o servizo sen ter concorrido a un proceso de licitación, cando a finalización do contrato sen ter sido obxecto de encargo suporía a asunción do servizo por parte da Universidade de Santiago de Compostela directamente e, polo tanto, a subrogación dos traballadores.

Sexa como for, ASPEL presentou o recurso especial o 30 de agosto de 2021, polo que TACGal, mediante resolución núm. 179/2021 inadmitiu a trámite o recurso por extemporáneo, ao ter superado os quince días hábiles previstos no artigo 50. 1. f) LCSP.

Resolto este recurso, a Universidade de Santiago de Compostela recibiu a notificación xudicial de demanda no Xulgado Contencioso-Administrativo núm. 1 de Santiago de Compostela por parte de CLECE, S.A. por Decreto do 5 de novembro de 2021.

De forma resumida, a demanda baséase en catro argumentos:

- O modelo de xestión directa (encargo a medio propio personificado) acordado pola USC non é a opción máis eficiente, sostible e eficaz, aplicando criterios de rendibilidade económica.
- É máis custosa a execución do servizo de limpeza a través do medio propio personificado que a través dunha contratación pública.
- A Memoria non contén todos os custos necesarios para a execución do encargo.
- A exención do IVE non pode fundamentar a maior eficacia e eficiencia do encargo a medio propio.
- O medio propio (Fundación USC M.P.) carecía dos medios persoais e materiais para levar a cabo o obxecto do encargo.
- Falta de adecuación do obxecto social da Fundación ás actividades propias do encargo.

Sobre esas premisas, a empresa solicita que se declare nulo e non conforme a dereito o acto impugnado, por conter un encargo a medio propio personificado que vulnera os requisitos legais para a *súa* validez.

Na documentación achegada xunto coa demanda, presentan un informe pericial sobre o Estudo do servizo de limpeza nos centros dependentes da Universidade de

Santiago e Lugo de Into Consulting e a avaliación económica das distintas modalidades de xestión.

Nas conclusións afirman que o cálculo dos custos é erróneo, que non se tivo en conta a falta de estrutura da Fundación para asumir o encargo, o que incrementa os custos de persoal, nin que a Fundación non pode deducir o IVE de compras e investimentos, polo que terá que asumir os incrementos adicionais que isto supón.

Afirman ademais que, ao seren as tarifas revisables<sup>37</sup>, o risco da prestación do servizo é asumido pola USC, cuestión máis que evidente cando o poder adxudicador realiza un encargo pola súa propia configuración xurídica: o obxecto do encargo é de realización obrigatoria, o prezo fíxao o ente adxudicador e, de forma coherente, aproba as tarifas ás que está sometido o encargo, que deben reflectir o custo real e efectivo do obxecto do encargo, porque o medio propio non debe incurrir en perdas pero non admite o beneficio empresarial previsto nos contratos públicos.

Por último, afirman que *“non é máis eficiente nin eficaz desde o punto de vista da rendibilidade económica a xestión do servizo de limpeza a través da Fundación en lugar dunha contratación pública”*.

Na contestación á demanda presentouse, por parte da Fundación USC M.P., un informe-ditame, asinado polos profesores Miguel Vázquez Taín e María Bastida Domínguez o 31 de maio de 2022, co seguinte título: *“Encargo de xestión realizado pola Universidade de Santiago de Compostela (USC) á Fundación USC M.P. para a execución do servizo de limpeza dos seus edificios e locais. Valoración do cumprimento das exixencias normativas en materia económica e organizativa”*.

Nel, valórase o encargo de xestión desde o punto de vista da súa eficiencia, eficacia, economía e sustentabilidade da execución do servizo mediante a Fundación e, ademais, analízanse os argumentos e as conclusións contidas na demanda e no ditame pericial presentado por CLECE.

No informe-ditame analízase, en primeiro lugar, o estudo de custos de Into Consulting, xunto coas afirmacións da demanda presentadas por CLECE e o informe pericial achegado; en segundo lugar, a execución real nos meses correspondentes a 2021 e, por último, a execución real nos tres primeiros meses de 2022.

Para o primeiro apartado, analízase tamén a execución dos contratos subscritos en 2014 e a última licitación falida, e do seu estudo conclúese que entre 2014 e 2021 o custo do servizo se incrementou nun 13 %. Pola súa banda, as empresas reduciron paulatinamente o persoal adscrito ao servizo, sen que ese feito se reflectise no custo do servizo.

*É ilustrativa a conclusión do informe:*

*“Por todo o anterior, concluímos que a execución do servizo de limpeza dos edificios e locais da USC mediante encargo de xestión á Fundación USC, como medio propio, é claramente máis eficiente e eficaz que a opción de contratación externa,*

<sup>37</sup> Recordemos que o acordo de aprobación das tarifas contiña a seguinte previsión: *“As tarifas entrarán en vigor no momento da súa aprobación e serán obxecto de revisión con carácter anual, ou de xeito extraordinario, cando concorran circunstancias de variabilidade de prezos de mercado ou de cambios substanciais que así o aconsellen, conforme o mesmo procedemento seguido para a súa aprobación”*. Isto é así, precisamente, para garantir o seu axuste ao custo real e efectivo do servizo.

*supondo un importante aforro económico para a USC, que ascende a 864.000 euros anuais, sen ter en conta o efecto da non deducibilidade do IVE para esta, e a 1.844.000 euros se consideramos tamén o IVE non deducible, o que garante a sustentabilidade da execución do servizo e contribúe á sustentabilidade financeira e á estabilidade orzamentaria da institución”.*

Na proba solicitada do procedemento contencioso, o xuíz solicitou un novo ditame pericial independente, emitido por perito independente o 30 de setembro de 2022. O perito realiza un cálculo de custos da opción de contratación externa e de encargo á Fundación USC M.P., no que inclúe dúas opcións de aplicación do IVE sobre os gastos de estrutura no segundo caso, que denomina Opción A e Opción B.

As súas conclusións son as seguintes: “*En calquera das dúas opcións resultaría máis sostible, eficaz e eficiente, desde o punto de vista da rendibilidade económica, realizar o encargo do servizo de limpeza nos centros dependentes da USC á Fundación USC M.P. obténdose un aforro de 2.763.555,92 euros na opción A e de 2.184.849,89 euros na opción B con respecto a acudir a unha licitación pública para a adxudicación do servizo de limpeza”.*

O 31 de maio de 2023 está fixada a vista oral, haberá que esperar á sentenza.

## 4 A modo de reflexión final

Da análise realizada do encargo á Fundación USC, así como do resultado doutros encargos, pode concluírse que a percepción de que o público, polo feito de ser público, é máis ineficiente non é certa. A Administración pública ten moitos fins, ademais do tradicional exercicio de potestades administrativas, e en todos necesita flexibilidade e axilidade para prestar un mellor servizo público. Por este motivo, debe valerse de todos os medios que teña á súa disposición, medios que, pola súa vez, deben estar sometidos a controis e a límites. A racionalización e a optimización das súas estruturas pasa tamén por mellorar a calidade dos servizos que presta, porque o seu destino último é a sociedade á que serve.

O encargo a medios propios personificados permite esa optimización de recursos, está sometido ás regras fixadas polo lexislador baseándose no dereito comunitario, e non supón, ao noso entender, unha fuxida do dereito, porque está sometido a límites: non implica o exercicio de autoridade e os entes que poden ser medio propio están suxeitos a controis financeiros e aos principios de publicidade, transparencia, eficacia e eficiencia nas súas actuacións. A todo o anterior súmase a estrita regulación dos requisitos para a configuración dun medio propio e os que debe cumprir o negocio xurídico do encargo, o que garante a súa regularidade e acerto.

En canto ao encargo a medio propio realizado pola Universidade de Santiago de Compostela á Fundación USC M.P. para o servizo de limpeza de edificios, sirvan, para quen poida estar interesado, as reflexións que se realizaron como guión para formalizar un encargo, coas adaptacións que se necesiten en función da actividade e do medio propio que pretenda utilizarse.

Cómpre destacar o que foi o elemento esencial deste proceso. Como en todas as actuacións da Administración, o máis importante é a motivación á hora de tomar

unha decisión. E para a toma de decisións é fundamental dispor de información *útil* que conforme a vontade, xustificando a decisión e baseándoa en criterios de eficacia, eficiencia e no principio de boa administración. Consideramos que tanto o estudo previo sobre as características e necesidades reais do servizo como o informe sobre a viabilidade xurídica do encargo a medio propio foron un aval para o expediente.

O estudo previo puxo de manifesto datos que era difícil obviar e que apuntaban a que a fórmula de xestión indirecta encarecera un servizo que, por moi instrumental que poida ser, é esencial para o desenvolvemento de calquera actividade.

Ademais, ante a rixidez e a burocracia que sempre se lle achaca á Administración, os pregos que rexían o contrato dificultaban unha flexibilización do servizo para adaptalo aos cambios operados na Universidade, en especial a novos usos e frecuencias de limpeza nas instalacións.

Non todo é achacable ás empresas contratistas, as administracións non sempre dispoñen de recursos para levar a cabo un seguimento da execución dos contratos que comprobe fielmente se se cumpren as condicións pactadas ou que poida solicitar os cambios necesarios para adaptar con rapidez a prestación do servizo. Por outra banda, a imposición de penalizacións ante eventuais incumprimentos non garante que a prestación do obxecto do contrato mellore; todos coñecemos empresas adjudicatarias que, unha vez asinado o contrato, adelgazan ata a mínima expresión os medios destinados á súa execución, esquecendo ao mesmo tempo todas aquelas promesas en forma de melloras que as fixo acreedoras dese contrato e que soportan as penalizacións porque, aínda así, lles compensa. Para non sermos inxustos, tamén se debe recoñecer que outras moitas cumpren á perfección o seu labor.

A opción de utilizar un medio propio para a prestación do servizo abre a posibilidade dun maior control sobre a actividade e a posibilidade de reorganizala, axustándoa ás necesidades reais da institución, aumentando a súa eficiencia sen diminuír a calidade.

É certo que, neste caso, o medio propio era idóneo ao tratarse dunha estrutura creada por e para a Universidade, cuxa finalidade é apoiar os seus fins, e cuxa actividade e estratexia é decidida pola propia institución. Xustamente, é ese perfil de medio propio o que cremos que debe utilizarse para a figura do encargo, que dificilmente pode supor unha restrición da libre competencia porque só pode desenvolver esas actividades para a Administración da que depende.

En canto a que este recurso poida supor escapar dos controis de dereito administrativo, non se pode compartir de ningún xeito esta tese. Na súa condición de fundación do sector público, toda a actividade da Fundación USC é obxecto dun intenso control. Na contratación de persoal debe rexerse polos principios de publicidade, igualdade, mérito e capacidade. Na contratación administrativa, está sometida ás regras de preparación e adxudicación de contratos da LCSP. En canto ao réxime orzamentario, de contabilidade, de control económico-financeiro, está tamén sometida a controis externos.

Por último, en canto aos resultados, despois de case un ano e medio de prestación do servizo, só podemos afirmar que é posible mellorar a eficacia e a eficiencia dun servizo con vontade e decisión.

Son múltiples as voces, con independencia da súa maior ou menor adhesión ao uso da fórmula do encargo a medio propio, que piden un desenvolvemento normativo do contido dos artigos 32 e 33 LCSP. A doutrina e diversos organismos de control concordan na necesidade de definir con precisión os requisitos para que un ente poida ser medio propio, como o cómputo da porcentaxe de actividade para cumprir a regra do 80/20, o control análogo, ou as regras polas que debe formalizarse e rexerse a vida do encargo, e as que deben operar en canto á súa publicidade e á subcontratación da actividade encargada, sendo esta última un elemento especialmente sensible para que os encargos non se convertan en elemento de distorsión da contratación pública.

Compartimos esa necesidade porque contribuíría á seguridade xurídica do negocio e evitaría xudicializacións posteriores. Non obstante, consideramos tamén que é posible unha configuración máis axeitada desta figura que evite o eventual menoscabo da libre competencia.

Polo tanto, a proposta consiste en que, ademais de regular con maior precisión as regras do encargo –en especial as relativas á súa execución, seguimento, control e resolución–, os medios propios só poidan selo cando o control do ente adxudicador sobre os seus obxectivos estratéxicos e as súas decisións principais sexa real. Unha participación minoritaria nun consello de administración non pode entenderse como decisiva e, aínda que na teoría os fins do medio propio non sexan contrarios aos fins do ente que realiza o encargo, este debe poder actuar co medio propio como o fai cos seus propios servizos, baixo o principio de xerarquía, se nalgún momento a execución do encargo non se cumpre nos seus debidos termos.

Igualmente, consideramos que debería haber un maior control naqueles medios propios que operan no mercado. Neste ano e medio, a Fundación USC M.P. adquiriu solvencia técnica e profesional suficiente para concorrer, con posibilidades de éxito, a licitacións públicas no sector de actividade da limpeza. Porén, non é ese o seu fin nin o seu obxecto social o prevé, porque suporía unha alteración das regras de mercado, aínda que o importe do contrato se axustase ao 20 % de actividade que pode desenvolver para outros entes.

## Bibliografía

- AMOEDO SOUTO, C., “¿Hacer en el sector público o comprar al sector privado? La regulación de la autoprovisión administrativa en España”, *Revista IUS ET VERITAS*, n. 62, 2021, pp. 98–110.
- AMOEDO SOUTO, C., “En torno al concepto jurídico de autoprovisión administrativa: dimensión europea y desajustes internos”, *Revista de Administración Pública (RAP)*, n. 205, 2018, pp. 81–129.
- AMOEDO SOUTO, C. 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 (RAP)*, n. 210, 2019, pp. 393-432.
- ARGYRIS, C. y SCHÖN, D., *Strategy, Change and Defensive Routines*, Ballinger, Cambridge, MA, 1985.
- ÁVILA CANO, E., MERINO ESTRADA, V. e ORTEGA JIMÉNEZ, P., *Manual de remunicipalización de los servicios públicos del agua*, Asociación Española de Operadores Públicos de Abastecimiento Sanitario (Aeopas), Valladolid, 2016.
- BEHN, R.D., “Case-Analysis Research and Management Effectiveness: Learning How to Lead Organizations Up Sand Dunes”, Bozeman, B. (coord.), *Public Management*, 40-54, Jossey-Bass Inc. Publishers, San Francisco, 1993.
- CANEDO ARRILLAGA, M.P., “Medios propios y competencia en España”, *Economía industrial*, n. 415, 2020, pp. 67-87.
- CASTILLO-BLANCO, F.A., “La reinternalización de servicios públicos: aspectos administrativos y laborales”, *Estudios de Relaciones Laborales*, noviembre 2017.
- ESTEVE PARDO, J., “El movimiento remunicipalizador. Experiencias y expectativas”, *El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 69, 2017.
- GIMENO FELIÚ, J.M., “Las fronteras del contrato público: depuración conceptual de los negocios jurídicos excluidos desde la perspectiva funcional del Derecho europeo”, *Revista española de Derecho Administrativo*, n. 205, abril-xuño 2020.
- KAUFMAN, H., *The Forest Ranger: A Study in Administrative Behavior*, H. Hopkins Press, Baltimore, 1960.
- McGREGOR, E.B., “Toward a Theory of Public Management Success”, Bozeman, B. (coord.), *Public Management*, 40-54, Jossey-Bass Inc. Publishers, San Francisco, 1993.
- NOGUERA DE LA MUELA, B., “Los encargos in house en la Ley de contratos del sector público (LCSP): especial referencia a los mismos en el ámbito local a la luz de la reciente jurisprudencia comunitaria”, *Revista de Administración Pública*, n. 182, maio-agosto 2010, pp. 159-190.
- SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho administrativo. Parte general*, 16ª ed., Editorial Tecnos, Madrid, 2020, p. 64.
- SOSA WAGNER, F. e FUERTES LÓPEZ M., “¿Pueden los contratos quedar en casa? (La polémica europea sobre la contratación in house)”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n. 3, 2007, pp. 1669-1680.
- VILALTA REIXACH, M., “De nuevo sobre los negocios jurídicos excluidos de la Ley de contratos del sector público: encargos a medios propios personificados y transferencias de competencias entre entidades públicas”, *Revista Galega de Administración Pública (REGAP)*, n. 56, xullo-décembro 2018.



Revista Galega de Administración Pública, EGAP  
Núm. 65\_xaneiro-xuño 2023 | pp. 49-71  
Santiago de Compostela, 2023

<https://doi.org/10.36402/regap.v1i65.5073>

© Ignacio Álvarez Rodríguez

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

Recibido: 10/03/2023 | Aceptado: 01/06/2023

Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

## A liberdade académica como tesouro constitucional

La libertad académica como tesoro constitucional

Academic freedom as a constitutional treasure

65 Regap

Regap



ESTUDIOS

IGNACIO ÁLVAREZ RODRÍGUEZ

Profesor contratado doutor de Dereito Constitucional  
Universidade Complutense de Madrid

<https://orcid.org/0000-0001-6873-7269>

[ialvarez1@ucm.es](mailto:ialvarez1@ucm.es)

**Resumo:** Neste artigo interrogámonos polo contido e límites do dereito fundamental á liberdade académica desde unha perspectiva que pretende ser orixinal, ao dialogar con fontes bibliográficas relacionadas co noso dereito público pero non só. Así, intentaremos bosquexar que se entende por tal liberdade e cales son os seus contidos, así como os desafíos que se lle presentan na actualidade.

**Palabras clave:** Constitución, dereito constitucional, liberdade académica, autonomía universitaria.

**Resumen:** En el presente artículo nos interrogamos por el contenido y límites del derecho fundamental a la libertad académica desde una perspectiva que pretende ser original, al dialogar con fuentes bibliográficas relacionadas con nuestro derecho público pero no sólo. Así, intentaremos bocetar qué se entiende por tal libertad y cuáles son los sus contenidos, así como los desafíos que se le plantean en la actualidad.

**Palabras clave:** Constitución, derecho constitucional, libertad académica, autonomía universitaria.

**Abstract:** In this article we question ourselves about the content and limits of the fundamental right to academic freedom from a perspective that pretends to be original, when dialoguing with bibliographic sources related to our Public Law but not only. Thus, we will try to outline what is meant by such freedom and what its contents are, as well as the challenges that are currently faced.

**Key words:** Constitution, Constitutional Law, academic freedom, university autonomy.

**SUMARIO:** 1 Enfoque. 2 A liberdade académica hoxe apoiada no onte. 3 A liberdade académica como aventura intelectual. 4 A liberdade académica e o futuro do profesor. 5 Tres inimigos da liberdade académica: pronomes, charlatanaría populista e dominación ideolóxica. 5.1 Extremando a linguaxe inclusiva: os pronomes e a liberdade. 5.2 A charlatanaría posmoderna e populista: o caso do feminismo posveritativo. 5.3 A dominación ideolóxica na Universidade. 6 Conclusión.

## 1 Enfoque

Este traballo é unha reflexión en voz alta sobre a liberdade académica desde a perspectiva constitucional, entendendo por tal un tesouro que nos permite impartir as nosas materias e expresar as nosas ideas nas aulas. Para iso partiremos da base que comprende a liberdade académica na actualidade con referencia aos autores que a estudaron onte. Posteriormente, compartimos unha serie de reflexións sobre a aventura intelectual que implica a liberdade académica, rectamente entendida. A continuación, abordamos a cuestión desde a perspectiva do profesor e dos camiños, ás veces procelosos, que debe atravesar para poder exercer a liberdade académica en todo o seu esplendor. Acto seguido, listamos e discutimos tres dos principais inimigos que pretenden enervarse contra a liberdade académica, sinaladamente os que proveñen da existencia da linguaxe inclusiva (emprego de pronomes elixidos polo receptor do discurso), da charlatanaría posmoderna e populista, así como da dominación ideolóxica que desexan impoñer algúns discursos sobre outros.

## 2 A liberdade académica hoxe apoiada no onte

É sabido que o núcleo da liberdade académica é a transmisión dun programa xunto ás ideas pertinentes. Sendo honestos, non cabe deslindar unhas e outras aínda que desde a tarima se intente. Por iso débese velar por que, na medida en que o profesor exerce a liberdade académica de expoñer teses, ideas e valores, desde o outro lado da trincheira tamén se debe velar por que o estudante as poña en cuestión, se ese é o seu desexo. Non hai, na aula universitaria, un divorcio entre os suxeitos participantes; quizais un matrimonio en ocasións non especialmente ben avido. Pero fundamental será sempre garantir que un poida propoer e entre todos dispor. Esa é unha liberdade académica loable e defendible. O demais resultaría dar misa e tal cousa é pouco decorosa, por usurpar funcións que lles competen aos prelados.

Poderíamos pensar que a liberdade académica transmite a sabedoría aquilatada polo relator. Oxalá fose así. Pero aquí non podemos máis que recordar as palabras de Petrarca, sabias en si mesmas aínda que o seu autor probablemente tivese presentado

querela ante tal afirmación. Petrarca era dos que pensaban que a sabedoría se alcanzaba antes de pensamento e palabra que de obra. Un pensa que é sabio e di que é sabio e esas dúas cousas demostrarían, en realidade, o pouco que sabe, a xuízo de Petrarca. Quen é sabio? O home que coñece as súas faltas, as súas fallas, as súas innumerables lagoas. Hai moito “mestre da sabedoría” pero pouco sabio, en resumo. Ser sabio é sinónimo de dedicar o esforzo de toda unha vida a selo e, aínda así, que che xere moitas dúbidas o cualificativo.

A sabedoría é saberse imperfecto de moitas maneiras e non desistir no empeño de intentar paliar tales imperfeccións dalgún xeito. Que che chamen sabio é o mellor xeito de facerche crer que o es sen selo. Quen acumula títulos que demostran a súa presunta sabedoría mente, pero quere ser respectado. Ser instruído é diferente a ser sabio. Non é estraño que haxa tantos, se tan doado é producilos. En fin, tamén nolo recorda o sabio Petrarca, “nada chega máis arriba que a humildade con esforzo”<sup>1</sup>.

Nestes tempos tan rabiosamente posmodernos que nos está tocando vivir e, ás veces, sufrir, convén reforzar a idea de que o entretemento non deixa pouso (por iso é entretemento) mentres que o coñecemento si. Debemos escoller en consecuencia que queremos facer, nese sentido, que desexamos facer coa liberdade académica. Respecto a isto, é banal que os alumnos nos chamen *profe*, feito que non debe molestarnos. Unha cousa é tomar en serio o oficio e outra ser fusco con eles. O que debería molestarnos é que nolo chame a ministra (in)competente do ramo, non os que están inmersos en pleno proceso de aprendizaxe, aos cales certa manga ancha na procura da confianza recíproca que pretende fomentarse non lles fai mal ningún.

Lendo certas contribucións intelectuais un asume que na educación secundaria o teñen un pouco peor. Porque, dígase o que se diga, pero no ámbito universitario ao traballar con adultos en calquera momento un pode ver posta en dúbida a súa liberdade de cátedra ao observar como unha man inqueda lle fai unha observación aguda. Pero na educación secundaria os programas están moito máis intervídos e os docentes bastante máis suxeitos a regulacións e regulamentos que, polo demais, obedecen á pulsión e modas dos pedagogos e da súa linguaxe baleira: *aprender a aprender*, *flipped classroom* e outros melindres. Sensibilidade: calidade de poder percibir estímulos mediante os sentidos. Iso é o loable dentro da tarefa do profesor, segundo Royo, pois está en posición inmejorable para intentar provocar tal efecto<sup>2</sup>.

Se un reflexiona sobre as orixes e misión da universidade, debería asumir que, na actualidade, pouco se parecen aos que aniñan dentro dos obxectivos da universidade actual. A universidade moderna xorde no século XIX da man de Humboldt, quen funda a Universidade de Berlín en 1810. O obxectivo que tiña era dobre. Por un lado, formar estudantes comprometidos cos valores intelectuais, co estudo, a reflexión, o debate e a discusión. Por outro lado, crear unha cultura nacional compartida, ou dito con outras palabras, contribuír ao benestar da nación. Esas serían dúas razóns vixentes

<sup>1</sup> O que se acaba de explicitar pódese ler, con moita maior calidade e profundidade, en PETRARCA, F., *Remedios para la vida*, Acantilado, Barcelona, 2023, pp. 42 e ss.

<sup>2</sup> Vid. ROYO, A., *Breviario antipedagoga*, Plataforma editorial, Barcelona, 2022, *passim*.

para defender a universidade hoxe en día e, especialmente, a liberdade académica, seguindo a profesora Andrews<sup>3</sup>.

Non obstante, esta autora sinala que a relación entre os dous obxectivos non está exenta de tensións. En primeiro termo, dado que formar estudantes no quefacer académico require potenciar capacidades críticas, analíticas e habilidades para escribir. A academia é unha comunidade disciplinaria que opera baixo regras, métodos e estándares comúns que xulgan a calidade, pertinencia e achegas dun argumento, proxecto ou texto con referencia a este marco disciplinario. O seu fin último é preguntarse pola “cousa”, indagar sobre “a cousa” e publicar os resultados de tales tarefas na procura de que o coñecemento avance. En segundo termo, a universidade en canto universidade pública é financiada polo Estado, o cal espera que a investigación e a docencia universitarias contribúan ao ben común. Os produtos académicos, desde esta perspectiva, deben achegar algo tanxible á cidadanía, ás institucións do Estado e á política pública. En consecuencia, o Estado incidirá na docencia e investigación académicas co fin de asegurarse de que o diñeiro investido produza os resultados que xulgue necesarios. As universidades tornan, quizais inevitablemente, espazos políticos onde se porá en cuestión tanto a natureza das contribucións que os universitarios ofrecen á súa sociedade como a mesma definición do que se entenda como ben colectivo.

O historial de abusos a este respecto en diversas partes do globo en múltiples momentos históricos provocou que xurdise o concepto de autonomía universitaria, para lograr certo equilibrio entre o Estado e a universidade, modelo que se popularizou en diversas universidades públicas latinoamericanas e europeas (sen ir máis lonxe, o noso artigo 27.10 CE). Esta autonomía concretábase en tres facetas: un goberno universitario independente do poder político, a participación de profesores e alumnos no dito goberno e o respecto á liberdade académica no seo da institución universitaria<sup>4</sup>.

O que se acaba de dicir contrasta coa realidade académica norteamericana. Alí a comunidade de profesores deféndese de posibles inxerencias externas apelando á liberdade académica, que integra, loxicamente, a liberdade de cátedra (dar clases conforme un programa establecido polo profesor) e a liberdade de investigación (producir coñecemento científico novo atendendo ás regras de produción de coñecemento científico da disciplina académica do momento). En 1915, a Asociación de Profesores Universitarios publicou unha *Declaración de Principios* onde se avogaba por defender ao máximo nivel estas liberdades se se quería que a universidade cumprise os seus obxectivos. Só así a sociedade confiaría na súa Academia. E só así os sucesivos gobernos respectarían as súas universidades.

<sup>3</sup> Vid. ANDREWS, C., “¿Por qué hay que defender la libertad académica?”, *Letras Libres*, 1 de xuño de 2022.

<sup>4</sup> Neste punto o groso da doutrina constitucionalista e administrativista coinciden de pleno. A título de exemplo, poden verse os traballos de TORRES MUÑOZ, I., *La autonomía universitaria. Aspectos constitucionales*, CEPC, Madrid, 2005; DE CARRERAS, F., “El modelo de universidad española: una crítica”, *Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, Madrid, 18 de maio de 2021; CARLÓN RUIZ, M., “Público y privado en el régimen universitario: una (re)lectura en clave constitucional”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 209, 2020, pp. 1-39; e ARENILLA SÁEZ, M., “La necesaria reforma de la Universidad española”, *Revista de Derecho Político*, n. 110, 2021, pp. 13-46.

Que motivo pode haber detrás de reclamar por parte dos académicos liberdade académica? Se as universidades se converten en negociados gobernamentais, acaban por comportarse como tal, de forma partidista e sectaria, dando pábulo á adhesión ideolóxica, ás lealdades políticas e á máis dogmática conformidade, o que conduce, sen solución de continuidade, á mediocridade da institución universitaria e á forzada obsolescencia e minoración da súa comunidade académica. Iso produce como consecuencia inevitable a ruptura *de facto* para coa lexitimidade do profesor á hora de dar as súas clases e de escribir as súas investigacións. Se nos converten en comisarios políticos, comportarémonos como comisarios políticos e perderemos o único respecto que de veras debe importarnos: o dos nosos estudantes. Unha universidade política será unha institución nesgada ideoloxicamente que non poderá axudar ao ben común porque será presa do ben que politicamente se decida pola maioría política conxuntural que adoita decidir estas cousas.

As comunidades académicas son comunidades disciplinarias no sentido de que operan de acordo con normas e metodoloxías aceptadas polos seus integrantes. É certo que, a pesar de que todas as disciplinas desenvolveron as súas propias prácticas, o denominador común de todas elas adoita ser o mantra do pensamento crítico como motor da investigación. Pensar criticamente significa cuestionar todo, sobre todo os argumentos de autoridade: sexan relixiosos ou morais en boca do líder espiritual, sexan políticos dun presidente do Goberno ou do voceiro dunha maioría parlamentaria, sexa o consenso aceptado de expertos académicos nun tema. Dito noutros termos, a demostración de evidencia que suxira que o argumento proposto ofrece unha interpretación convincente goza dun plus de credibilidade que deberán enervar os que opoñan teses en contrario.

Excluir deliberadamente probas que vaian contra as nosas teses, ignorar as preguntas fundamentadas ou apelar ao mero argumento de autoridade son malas prácticas que limitan profundamente o coñecemento de calquera materia e, polo tanto, prexudican o traballo académico en toda a súa extensión. Adóitase dicir que non pode haber liberdade se non se pode cuestionar todo e quizais sexa certo. Aínda que non podemos deixar de anotar que o tópico presenta algunha inconsistencia, pois os seres humanos non cuestionamos aquilo que en realidade estrutura acotío as nosas vidas. Non tería sentido. Por iso a linguaxe de “cuestionalo todo” encerra en non poucas ocasións un basto intento de colocar a idea política correspondente disfrazada (moi mal disfrazada, de feito) como argumento sólido ou, peor aínda, de evidencia científica incuestionable.

O auténtico reto sempre foi como establecer as condicións para que a liberdade académica e o pensamento crítico se produzan e, feito iso, consigan romper os muros universitarios e chegar aos que son os seus auténticos protagonistas (e financiadores directos): as persoas, os individuos. De persoas a persoas, pasando por persoas. De profesores a cidadáns, pasando polos alumnos.

Dito nos termos do profesor Rivero Ortega:

*“A Universidade é fonte de disidencia e progreso, así que non debería antepor a busca do cambio social (a Xustiza) á verdade dos feitos. Debemos ser partidarios*

Regap



ESTUDIOS

*da verdade, por enriba dos nosos propios ideais, porque a miúdo as posicións minoritarias e politicamente incorrectas propiciaron avances relevantes, que non son posibles se se impón un pensamento único, unha verdade oficial ou liñas vermellas sobre as ideas que non se poden defender, co único límite do respecto da persoa e os dereitos humanos (...) Todas as achegas á busca da verdade requiren o mantemento de elementos clásicos do noso concepto universitario: a autonomía, a liberdade de cátedra e unha pedagogía crítica, non aquiescente sen máis ante o saber establecido”<sup>5</sup>.*

Que lonxe quedan estas palabras dun dos diagnósticos máis célebres dos anos oitenta do pasado século!: o que realizou Pierre Bourdieu dese suxeito que chamou “*Homo academicus*”. Para o sociólogo francés, o profesor de universidade non podía evitar situarse, ou ser situado, dentro do espazo das posicións posibles. De aí que ditamine, tronos mediante, que “se acabaron a inxenuidade e a inocencia políticas”. Pídesenos que elixamos bando constantemente, para declararnos ou traizoarnos, dentro do marco político. O que se adoita denominar “politización” significa que un principio se impón sobre todos os demais, achegando persoas moi afastadas e afastando persoas moi próximas. Como temos certa tendencia de operar mediante clasificacións, tal extremo leva cada profesor a pensarse como persoa colectiva e a falar con autoridade grupal, mentres que instaura á par no grupo oposto, e nos que individualmente o integran, a responsabilidade por calquera feito negativo.

A situación que se xera é peculiar. Como homes públicos, vémonos abocados á opinión pública e publicada, pregoada. Así, comínasenos a aliñar as nosas opinións e prácticas no marco da dita opinión sen reparar o suficiente no feito de que afogamos no segredo as nosas opinións e conviccións máis íntimas, polo demais plenamente capaces de contradicir as tomas de posición oficiais que acabamos de realizar (cunha linguaxe fortemente censurada e repleta de eufemismos)<sup>6</sup>.

A liberdade académica debería vehicular o fomento da lectura entre os nosos alumnos. Se pretendemos convencelos das súas bondades, correspóndenos estimular que coñezan as súas vantaxes. Para iso poderíamos empezar por preguntarnos que buscamos nós á súa idade nos libros. As idades dos alumnos universitarios poden comprender rangos variados. Os de grao estarán entre os 18 e os 22. Os de máster adoitan matricularse a partir dos 24 e de aí en diante. Os de posgrao e doutoramento tamén integran este último intervalo. Buscamos que as voces resoasen unha vez pechado o libro. Un suplemento de vida. Personaxes con carácter. Coñecer os mecanismos de funcionamento do mundo. Saber qué sentiamos. Poñer en palabras emocións que ata ese momento só conseguíamos detectar de xeito indefinido, primario. Buscamos que o texto se fundise co contexto das nosas propias vidas. Parafraseando a Gregorio Luri: todos temos algún texto que nos está a esperar<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> Vid. RIVERO ORTEGA, R., *El futuro de la Universidad*, Ediciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 2021, pp. 111 e ss.

<sup>6</sup> Vid. BOURDIEU, P., *Homo academicus*, Siglo XXI editores, Madrid, 2008 (orixinal de 1984), pp. 240 e ss.

<sup>7</sup> LURI, G., *Sobre el arte de leer*, Plataforma Editorial, Barcelona, 2019, pp. 57 e ss.

Temos claro que a liberdade académica consiste en poder dar clases libremente e poder investigar igual de libremente. Para iso temos á man diversas ferramentas. Unhas que podemos chamar endóxeas e que teñen que ver coas destrezas que desenvolvemos ao ir explicando as nosas materias co paso do tempo. A experiencia, dito noutros termos, que aquilatamos conforme imos observando o devir do tempo e a colleita que nos produce a sementeira imperecedoira derivada do *ensaio-erro*. Outras que podemos denominar exóxeas e son recursos que outros colegas nos ofrecen á hora de encarar os nosos quefaceres: desde a existencia dun mestre próximo e paciente ata multitude de libros escritos con vocación de axuda<sup>8</sup>.

Outra cuestión nada banal é a burocracia extenuante que preside os quefaceres universitarios desta época que nos tocou en sorte, conducentes á minoración da liberdade académica dados os niveis de paroxismo alcanzado. Tal como nos recorda o profesor Ollero, todo son aplicacións, formularios, pregos, prazos, máis aplicacións, programas, cubrir solicitudes e unha morea de exixencias adicionais<sup>9</sup>. Loxicamente, se o profesor cada vez ten menos tempo para poder estudar, reflexionar e escribir, tanto menos poderá dar clases axeitadas ou publicar traballos relevantes. Os grandes pensadores adoitaban reservar para si a posibilidade de manexar o seu tempo sen trabas burocráticas. O “traballar en equipo” de boa parte de científicos de bata branca (e sen bata) obedece a esa filosofía académica: o importante merece tempo, esforzo e dedicación.

Somos testemuñas do cumprimento da profecía de John Dunn, pero ao revés. Os seres humanos que respondemos ao nome de académicos somos illas en nós mesmos onde ser unha navalla suíza en estado de frenesí perpetuo conta máis que calquera outra cousa. Isto conecta estreitamente co que David Graeber chamou traballos de merda ou “merdificación” dos traballos reais<sup>10</sup>. Creo que o oficio de profesor de universidade é dos segundos: un traballo loable e nobre que está sendo invadido por corpos estraños que non só non o apuntalan nin melloran, senón que o degradan sistematicamente. Seguindo o propio Graeber e o estudo do que se fai eco sobre as universidades privadas norteamericanas, no período comprendido entre 1985 e 2005 o número de profesores por alumno mantívose constante (mesmo diminuíu un tanto), pero o número de xestores e de persoal administrativo disparouse ata niveis xamais observados. Debeuse ao aumento exponencial das tarefas docentes e investigadoras? Por suposto que non. Os avances que se produciron no ámbito universitario (utilizar Moodle, facer un blog, empregar Power-Point) son *peccata minuta*. Os profesores fan en xeral o que viñeron facendo sempre: impartir docencia, atender titorías e corrixir traballos e exames.

A idiosincrasia público-privado déixase sentir con especial intensidade, a xuízo de Graeber. Segundo o antropólogo, as universidades públicas responden ante a

<sup>8</sup> Neste sentido, a oferta tende a infinito. Un dos últimos exemplos que paga a pena salientar é o de BERNARDO, J., *El libro del educador. Cómo enseñar a aprender y a pensar*, Rialp, Madrid, 2017

<sup>9</sup> Vid. OLLERO TASSARA, A., “¿Qué puede aportar sobre la formación del jurista un viejo profesor?”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n. 23, 2022, pp. 370-373.

<sup>10</sup> Vid. GRAEBER, D., *Trabajos de mierda. Una teoría*, Ariel, Barcelona, 2018, pp. 192 e ss.

cidadanía e por iso a presión “política” é constante para reducir custos e non realizar gastos superfluos ou directamente ineficientes. Pola contra, a universidade privada non responde ante os cidadáns, senón ante o seu consello de administración, é dicir, ante persoas moi acostumadas a moverse en ámbitos onde ese tipo de comportamentos son absolutamente normais e inobxectables.

Isto interprétase como unha usurpación de poder. As universidades provenientes da Idade Media permaneceron inmutables no esencial ata ben entrados os anos sesenta e setenta do século pasado. Xestionábanse baixo o principio de que os implicados nela eran os únicos que podían organizar os seus propios asuntos, por seren os que gozaban, preeminentemente, da cualificación necesaria. Eran gremios xestionados por e para os académicos, primando a produción de erudición e formando novas xeracións de eruditos. O pacto de cabaleiros continuou durante o século XIX, onde se aceptou formar os futuros burócratas a cambio de que estes burócratas deixasen en paz as universidades en todo o demais. Así sucedeu ata a década dos oitenta do século XX, onde a xuízo de Graeber se produciu un golpe de Estado por parte dos xestores, que arrebataron o seu goberno aos profesores e reorientaron a universidade cara a obxectivos totalmente distintos. O “xerencialismo” como nova forma de feudalismo. Os que padecemos os peores disparates do sistema universitario creado en torno ao Plan Boloña, alá polos anos 2007-2008, ben sabemos do que nos falan.

Hoxe en día, os equipos decanais crecen sen medida. Os equipos dos equipos decanais, tamén. As titulacións aumentaron e, en consecuencia, os que as dirixen ou coordinan expandíronse a un ritmo endemoñado<sup>11</sup>. Unha titulación de posgrao que xestiona case douscentos alumnos ao ano ten ao seu cargo unha vicedecana, un director, unha coordinadora, un coordinador adxunto, un administrativo a tempo completo con dous bolseiros en nómina e un coordinador/a por cada unha das materias que a integran (máis de dez). Segundo opinión estendida, isto só serve para facer máis difícil que poidamos ensinar, investigar e levar a cabo as funcións máis básicas dos nosos traballos. Os editores de imprentas académicas non len o que publican porque pasan a vida facendo promoción dos seus produtos ante outros editores e así sucesivamente. Os rituais “marca-recadros” tamén se enseñoran desde hai tempo no mundo académico, non só no que se refire á completa falta de sentido destes, senón a que obrigan a dedicarlle cada vez máis tempo a que o profesor promove, avalíe, controle e defenda o que fai antes que ao feito de facelo. Graeber cre, en fin, que o único que conseguimos é traer as peores prácticas e excesos do mundo empresarial-financeiro e facer que rexan en ámbitos tradicionalmente refractarios a tales prácticas, dentro dos cales se inclúe o académico.

A extraordinaria dilapidación de enerxía e recursos que se produce cando, por pór algúns exemplos, se constata que o 90 % das solicitudes para un proxecto de

---

<sup>11</sup> Xa Nietzsche dixo alá por 1872 que “hoxe en día, case por todos os lados, existe un número tan exaxerado de escolas superiores, que continuamente se necesita un número de profesores infinitamente maior do que a natureza dun pobo, aínda que estea notablemente dotado, está en condicións de producir”. Ante tal descenso do nivel educativo, “a inmensa maioría dos profesores séntese no seu ambiente nesas escolas, xa que os seus dotes están en certa relación harmónica co baixo nivel e a insuficiencia deses escolares”. Nótase que o dicía respecto dos profesores, daquela non existían os “xestores”. *Vid. NIETZSCHE, F., Sobre el porvenir de nuestras escuelas*, Tusquets, Barcelona, 2009, pp. 92 e ss.

investigación ou para unha estancia de investigación nin sequera se terán en conta polos que conceden o 10 % desas axudas. Un estudo recente afirma que as universidades europeas gastan 1.400 millóns de euros ao ano en solicitudes frustradas de subvención. Parece que estamos máis ante un sistema de extracción de rendas antes que cultivando o auténtico estudo reflexivo. Tendo en conta que a maior parte do que facemos no mundo académico carece de valor apreciable (significado, utilidade, beneficios) para a humanidade, segundo Graeber...<sup>12</sup>.

Outro fenómeno apreciable na comunidade académica é o da envexa moral. Esta viría ser o resentimento cara a outra persoa por comportarse de forma que consideramos máis elevada (moralmente falando). Dito noutros termos, quen demostra que defende os valores morais compartidos de xeito exemplar vese como unha ameaza. Os profesores convertémonos en profesores para ter un impacto positivo nos demais. Pero en non poucas ocasións existe unha visión acerca deles que os pinta como hipócritas. Que chaman a atención de forma ostentosa polo seu sacrificio e abnegación, como se só esperasen aos vinte anos a chamada do alumno do momento dándolles as grazas por *todo* o que fixo por el. É verdade que en determinados lugares do globo pertencer á elite universitaria se xulga negativo na medida en que os membros do teu grupo non poden acceder a ela.

### 3 A liberdade académica como aventura intelectual

Albert Einstein legounos unha definición de liberdade académica moi acertada: o dereito a buscar a verdade e a publicar e a ensinar o que un considera a verdade. Este dereito implica un deber, non obstante, a xuízo do sabio: non ocultar nada do que un recoñeceu como certo. A principal ameaza que observaba no seu tempo á liberdade de cátedra residía no feito de que, xustificando na seguridade do país no contexto bélico imperante, obstruíase a liberdade de ensino e de intercambiar opinións con outros colegas e a liberdade de prensa e outros medios. Se consigues facer que as persoas teman de veras o feito de expresar a súa opinión, mesmo na súa vida privada, mesmo a efectos económicos, entón a democracia non sobrevivirá a longo prazo<sup>13</sup>.

Isto lévanos á pregunta acerca da orixe da liberdade académica. Se non nos queremos remontar moi atrás no tempo, esta daba os seus primeiros pasos cando a Universidade de Leiden comezou a protexer os seus académicos das presións eclesiásticas e estatais, alá polo século XVI. Posteriormente, a concepción *humboldtiana*

<sup>12</sup> Vid. GRAEBER, D., *Trabajos de mierda. Una teoría*, cit., p. 273, quen pon tales palabras en boca dun tradutor académico profesional e autónomo con ampla experiencia e dilatada traxectoria.

<sup>13</sup> Esta reflexión encabeza un dos capítulos da obra de ZAERA-POLO, A., *La universidad de la posverdad. El mundo académico en la era de la cancelación, el pensamiento woke y las políticas identitarias*, Deusto, Barcelona, 2022, pp. 37 e ss. O autor pon de relevo, mediante o despedimento que sufriu da Universidade de Princeton, que existe unha tensión adicional de calado entre a liberdade académica do profesor e do alumno e a liberdade académica da universidade como institución fronte aos poderes políticos do momento. O delicado equilibrio rompe se a institución lle impón ao profesor a defensa dos seus valores, por enriba de calquera outra consideración, especialmente da súa liberdade académica.

deste dereito considerouse na Constitución de Prusia do ano 1850, onde se recoñece a liberdade de ensinar e de aprender a docentes e discentes, respectivamente<sup>14</sup>.

Seguindo a Ana Marta González, a universidade debe aspirar a formar persoas cultas, que cultiven o desexo de coñecer e que, dese xeito, fagan avanzar o coñecemento. Pero o cultivo científico, que sería o anterior, non é suficiente. Subordínase a algo máis alto que chamamos sabedoría. Este termo encóntrase en desuso, de feito adóitase preferir falar de “expertos”. A autora recórdanos que xa Aristóteles cría que os expertos conformaban os chanzos máis baixos do coñecemento porque coñecían os feitos, pero descoñecían por completo as causas que os xeraban<sup>15</sup>.

Tampouco cabe eludir que a sabedoría é moito máis que os resultados investigadores aos que imos chegando froito do cultivo científico que a cada un lle tocase en sorte. Outra cousa sería empequenecer a nosa vida intelectual, pois corrompe a alma e desencanta a partes iguais. A cultura da produción científica á que nos vemos encadeados na actualidade condúcenos a querer resultados, só resultados e nada máis que resultados. E queremos xa. Pero, como a filósofa reitera: “as plantas non crecen máis rápido por medilas todos os días”.

A profesora González reivindica a figura do mestre en toda a súa extensión. É esa persoa sabia que capta reflexivamente o sentido da súa propia actividade, non tanto o especialista minucioso que non sabe nin por onde lle pega o aire (con perdón). Esa persoa modesta que desvela, para si e con tempo e paciencia para os demais, o compoñente ético intrínseco ao exercicio do coñecemento. A conmoción intelectual subseguinte é o zume do diálogo propiamente universitario entre colegas, entre profesores e alumnos. É a sabedoría así entendida a que podería deixar unha pegada imborrable en quen pasa pola universidade e ofrecerlle elementos de discernimento adicionais que doutro xeito dificilmente tería coñecido. O que fai forte a universidade é apostar con decisión por cultivar a razón e abrirse sen medo á verdade. Nunca poderá repetirse o suficiente: a presenza de mulleres e homes sabios transforma desde dentro a sociedade.

Non nos equivocamos se dicimos que a vida intelectual é para quen a queira. A universidade non sempre é o mellor ecosistema para nutrir (aínda que debería). A vida intelectual desenvólvena tanto individuos particulares como académicos. Calquera persoa é susceptible de ser picada polo bichiño da curiosidade. De explicarse a vida e a súa vida conforme o que vai aprendendo. Filtrando o saber. Satisfacendo o innato desexo de saber. Peter Burke explicounos que non só hai ourizos intelectuais, senón raposos intelectuais, aos que denomina coa bela palabra “polímatas”: os que se senten atraídos por diversos coñecementos completamente diferentes entre si. Unha tese que, salvando as distancias, é tamén defendida, ao seu peculiar pero nutritivo

---

<sup>14</sup> Vid. ZAERA-POLO, A., *La universidad de la posverdad. El mundo académico en la era de la cancelación, el pensamiento woke y las políticas identitarias*, cit., p. 40.

<sup>15</sup> Vid. GONZÁLEZ, A.M., *El deseo de saber. Formación intelectual y cultura emocional*, Rialp, Madrid, 2022, *pássim*.

xeito, por Philip Tetlock cando estuda ata que punto podemos fiarnos dos expertos e do que denomina o seu xuízo político<sup>16</sup>.

Quizais sexa este modelo o que acabará por imporse nestes tempos de aceleración e vertixe. Ao peor é o único que o modelo actual de universidade nos permite. Afondar en algo estase convertendo en algo parecido a buscar (e atopar!) o merlo branco.

## 4 A liberdade académica e o futuro do profesor

Segundo os Susskind, o traballo de profesor é un dos que se verá máis afectado pola tecnoloxía, se é que non se viu xa seriamente cuarteado<sup>17</sup>. A tese de partida é que a profesión de profesor non cambiou apenas co paso dos séculos. Un grupo reducido de alumnos reúnese nun espazo físico arredor dun profesor que, baseándose nun programa ríxido, imparte clases con parecida intensidade todos os días. O que se ofrece debe servir a todos e, se non é así, cada un deberá aprender o que lle falta pola súa conta ou, directamente, non facelo. Os que xa saben o que se vai explicar (¿?) e queren avanzar deben esperar.

O modelo tradicional dá grandes resultados se se dispón de bos recursos, profesores xeniais e alumnos brillantes, segundo os autores. Folga dicir que se ese é o listón, non queda en pé nin unha das profesións creadas polo ser humano. Eles din que “en xeral, en moitos países desenvolvidos non se ofrece unha educación de boa calidade e accesible. Desde a súa postura tecnófila, non dubidan en asegurar que os sistemas occidentais están quedando atrás en relación con outros países, como por exemplo China<sup>18</sup>. Alguén dicía por aí que, mentres nós discutimos se un neno de doce anos pode facerse muller, os chineses ensinan á súa xente matemáticas, física, ciencias sociais e informática. Quizais nisto teñan razón os Susskind, pero o relato soa demasiado a brochada gorda, apenas soportada con datos e si con moito voluntarismo apodíctico. Todo pasa, para eles, por aplicar a tecnoloxía á educación, en modelos “híbridos” ou “combinados”.

As novas tecnoloxías educativas cuestionan o principio “o mesmo serve para todos”, deseñando o que se vai ensinar a cada alumno grazas a programas informáticos que manexan algoritmos para tal fin. Os autores dan conta de iniciativas privadas e públicas que se adoitan reducir a multitude de bases de datos con toneladas de información e contornos de aprendizaxe virtual (campus virtual e similares). Este tipo de ferramentas tamén se aplican non só á docencia, senón á cualificación de alumnos, con propostas como que os cualifique unha especie de intelixencia artificial ou, mellor aínda, que se cualifiquen entre eles.

<sup>16</sup> Vid. BURKE, P., *El polímata. Una historia cultural desde Leonardo da Vinci hasta Susan Sontag*, Alianza editorial, Madrid, 2021 e TETLOCK, P., *El juicio político de los expertos*, Capitán Swing, Madrid, 2016.

<sup>17</sup> Explican as súas teses *in extenso* en SUSSKIND, R. e SUSSKIND, D., *El futuro de las profesiones. Cómo la tecnología transformará el trabajo de los expertos humanos*, TEELL Editorial, Zaragoza, 2016, pp. 54 e ss.

<sup>18</sup> Unha boa pedra de toque para coñecer o que acontece por aqueles lugares podemos lelo en CEBALLOS, J., *Observar el arroz crecer. Cómo habitar un mundo liderado por China*, Ariel, Barcelona, 2023.

Reflexionando sobre as principais cuestións atinentes á educación superior, o profesor Nubiola entende o asunto de forma diametralmente oposta<sup>19</sup>. Parafraseando a súa filosofía, a calidade nunca é o resultado da aplicación mecánica duns procedementos administrativos (para o exemplo: informáticos), senón que ten que ver coa creatividade intelixente despregada con tenacidade e apertura de miras. A máis alta calidade xamais é froito do azar. O mero control procedemental non xera calidade, senón burocracia prescindible.

Como mellorar a calidade educativa?, pregúntase Nubiola. Fan falta polo menos dous atributos: querela mellorar de veras, participar activamente en tal extremo e aprender dos mellores. E os mellores profesores adoitan querer unha única cousa: que os seus alumnos aprendan de veras e nese sentido cambiarán todo o que faga falta cambiar con tal de que aprendan. Xa se sabe, seguindo a Yeats: “non é encher o vaso, é acender un lume”. Nubiola tamén cre que a colaboración estreita e amigable entre profesores podería reverter en favor da aprendizaxe dos seus alumnos. A universidade debe ser aberta e plural. Tal e como dixo Bellah, o decisivo é construír comunidade baseándose nos hábitos do corazón, capaces de superar o illamento individualista mediante o compromiso duns con outros.

A actitude dos profesores, na súa fe nos seus alumnos; na súa predisposición a tomalos en serio; e no seu compromiso en que aprendan respectándose a si mesmos e aos demais. A vida universitaria debe estar presidida polos ditados do amor e a razón, pois a lei dun e da outra son unha e o mesmo, segundo dixo Peirce. Aplicando isto ao ensino das ciencias xurídicas, seguindo a López Guerra, cabería diferenciar dous planos. Pódese formar xuristas desde dúas perspectivas: por unha parte, onde debe levarse a cabo esta formación? (perspectiva macro) e, por outro, e máis brevemente, as metodoloxías a empregar en cada contexto (perspectiva micro). En canto ao primeiro, sinálase o papel tanto da universidade como doutras institucións, así como a necesidade dunha formación básica común de tipo contencioso-procesual. En canto ao segundo, apúntase a necesidade de adaptar a metodoloxía docente á crecente diversidade das especializacións xurídicas e á evolución dos medios de obtención de información en materias xurídicas<sup>20</sup>.

## 5 Tres inimigos da liberdade académica: pronomes, charlatanaría populista e dominación ideolóxica

Neste apartado imos facer referencia, polo menos por encima, a tres grandes perigos que afectan dun ou doutro xeito á liberdade académica. En primeiro termo, a obrigatoriedade imposta a algúns profesores (sobre todo anglosaxóns, pero non só) de referirse ao alumno co pronome elixido por este. En segundo lugar, o dano que está facendo a charlatanaría populista. E, en terceiro lugar, os riscos de permitir que desde

---

<sup>19</sup> Vid. NUBIOLA, J., *Invitación a pensar*, 3.ª ed., Rialp, Madrid, 2019, pp. 145 e ss.

<sup>20</sup> Vid. LÓPEZ GUERRA, L., “Enseñanza del Derecho. Breves enfoques macro y micro”, *Economía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n. 23, 2023, pp. 362-369.

algúns campus públicos se estea a dar renda solta a accións varias que constitúen dominación ideolóxica e que ao seu través serve para destruír o presuposto liberal de todo ensino que se prece<sup>21</sup>.

## 5.1 Extremando a linguaxe inclusiva: os pronomes e a liberdade

É coñecido que desde hai algún tempo en certos campus estadounidenses, canadenses e británicos se estila que certos alumnos elixan o pronome co que “se debe” referirse a eles por parte de profesores e institucións académicas. No noso caso, un dos nosos principais expertos no tema é o filósofo do dereito Pablo de Lora. Nun traballo recente dedicou esforzos a estudar os casos de Bertrand Russell e Paul Sweezy para ilustrar as cazas de bruxas que sufriron algúns profesores de universidade. Ao fío do primeiro, puido dicir o xuíz McGeehan que a personalidade do profesor é máis influente para a opinión dos alumnos que moitos siloxismos. Segundo este xuíz, a liberdade académica é facer o ben e non ensinar o mal. Respecto ao segundo, o Tribunal Supremo federal dixo en 1957 que o carácter esencial da liberdade académica respecto das universidades estadounidenses é evidente. Os que forman e guían a nosa xuventude desempeñan un papel esencial en democracia. Impor camisas de forza a líderes intelectuais na universidade poría en perigo o futuro da nosa nación. Isto é básico para permitir descubrir cousas novas, sobre todo en ciencias sociais, onde case ningún principio é aceptado como absoluto. A investigación non pode florecer nunha atmosfera de sospeita e desconfianza.

Pablo de Lora incide en que é hoxe en día a esquerda a que goza de hexemonía na maioría dos campus e a que impón a caza de bruxas baixo a bandeira da diversidade e a protección das minorías. A cousa está chegando a extremos tan preocupantes como que unha revista científica rexeitase un artigo porque cuestiona a validez da tese do “racismo sistémico” ou que outra revista fixese o propio porque se citase a Carl Schmitt, un xurista “nazi”<sup>22</sup>. A propagación dunha cultura e educación paternalista tamén é outro factor a ter en conta, porque se basea no tótem de prohibir mencionar termos que no pasado foron lacerantes e denigratorios e que agora traen á actualidade nun exercicio paradoxal (non deixan de empeñar termos que din que hai que eliminar da linguaxe). Isto convérteos nunha forma de imposición, en exercicio de poder fronte ao disidente. Desexan facer bo un “*compelled speech*”, obrigando a falar as persoas como tales teses ditan.

Nalgúns casos recentes, como o do profesor Meriwether, estas tensións son palpables. Un tribunal de apelación chegou a dicir que a liberdade de expresión protexe tanto o dicir como o non dicir, polo que a sanción imposta ao profesor por non utilizar o pronome que desexaba a alumna era inconstitucional. A idea de fondo baséase na

<sup>21</sup> Por todos, véxase ARENILLA SÁEZ, M., “La necesaria reforma de la Universidad española”, cit., p. 23.

<sup>22</sup> Schmitt apoiou o nacionalsocialismo en certos momentos da súa vida, certo é. Como tamén sabemos que a súa importancia intelectual superou amplamente tal apoio. É máis, nos últimos tempos foi reivindicado por certos sectores da esquerda populista. É imprescindible para os efectos de coñecer o texto e contexto de Schmitt o libro escrito conxuntamente por DE MIGUEL, J. e TAJADURA TEJADA, J., *Kelsen versus Schmitt. Política y Derecho en la crisis del constitucionalismo*, Guillermo Escolar, Madrid, 2018.

xurisprudencia emanada do Tribunal Supremo, quen dixo que ninguén pode ser un instrumento para promover a adhesión pública a unha crenza ideolóxica que considera inaceptable. Así o dixo no caso *Wooley c. Maryland*, 430 US 705, 715, de 1977.

Pablo de Lora recorda que ao nomear outros seres humanos estamos recoñecendo que teñen unha biografía, non só mera bioloxía. Por iso un “eh, ti” sempre nos resultará ofensivo. Disipa a nosa identidade humana na masa informe. No ámbito académico defende que o docente ten un deber de nomear os estudantes de acordo co seu nome oficial. Que nos chamen polo noso nome as administracións resulta de obrigado cumprimento para estas. Así sucede en España, por exemplo, no ámbito civil, no penal ou no penitenciario. Exixencias da seguridade xurídica. No trato cotián podemos empregar os nomes que os demais elixan para si, pero a súa omisión non parece que poida dar lugar a unha obriga xurídica que o impoña ou, se é o caso, a unha sanción. Elixir un pronome non convencional como “His majesty” (feito verídico que sucedeu na Universidade de Michigan Grant Strobl) frustra a función pronominal mesma: temos pronomes vinculados ao xénero precisamente para non ter que recordar o nome propio.

De Lora pregúntase, como outros autores, que pasou para chegar a esta situación. Randall Kennedy, profesor da Facultade de Dereito da Universidade de Harvard (negro, para máis sinais), entende que detrás deste tipo de reivindicacións non hai senón unha demostración de poder académico. Non ten tanto que ver con ofender os sentimentos de ninguén, senón de establecer teimuda querela onde o que se discute de verdade son aspectos de status e de poder. O que de verdade os pon rabiosos é que o profesor non lles fai caso nas súas exixencias, non atende as súas demandas: isto é, non *obedece*. Os profesores rebeldes como os aludidos por Kennedy ou como o propio Meriwether “son absolutamente vitais para a saúde dunha universidade que pretenda levar a termo a súa misión: o fomento dunha actitude crítica, de cuestionamento, de busca da verdade..., refractaria ao dogmatismo de calquera signo”<sup>23</sup>.

## 5.2 A charlatanaría posmoderna e populista: o caso do feminismo posveritativo

O profesor García Figueroa dedica reflexións profundas ao caso do fenómeno charlatán, moi querido pola teoría posmoderna, aplicado ao feminismo da posverdade. Empeza por defender que o feminismo de Estado, ese que se serve dos poderes públicos para selo, fixo da posverdade parte central da súa acción política, de aí que se poida falar de “feminismo posveritativo”, un que acepta a charlatanaría posmoderna, primeiro, e unha posverdade populista, despois. Explicao o filósofo do dereito co exemplo do caso Juana Rivas, que viría demostrar a absoluta insensibilidade do poder político feminista fronte aos feitos, exemplificados na ministra de Igualdade e na súa secretaria de Estado, as cales falan dunha *xuriditadura* que debe ser derrocada

---

<sup>23</sup> Vid. DE LORA, P., “Tótem y tabú en la academia. La libertad de expresión y sus enemigos”, Núñez Vaquero, Á. e Morales Luna, F.F. (eds. lits.), *Libertad de expresión. Debates pendientes*, Palestra Editores, Perú, 2022, pp. 67 e ss.

custe o que custe evitando a xudicialización da política, artimaña coa que se busca bordear a conciencia o principio de legalidade e o Estado de dereito.

Para iso, apóianse en valores moi discutibles. Unha pseudoantropoloxía segundo a cal os males do mundo se deben aos homes. Unha pseudosocioloxía, que identifica nun enigmático “heteropatriarcado” a causa estrutural de tales males. Unha *viti-dogmática*, que resitúa as vítimas (sempre mulleres) no centro da política criminal fronte aos vitimarios (sempre homes) onde as primeiras sofren todo tipo de crimes cometidos polos segundos sen solución de continuidade. No caso *Juana Rivas* víronselles os costuróns: a aplicación do dereito convértese, para o populismo no poder, en algo demasiado severo con quen é unha “víctima do sistema”, máis alá de que esa presunta vítima podería ter actuado tan mal cos seus fillos que un deles sufriu abusos sexuais. Un feminismo punitivo dirixido contra os homes (populismo punitivo en xeral) onde se castiga indistintamente delitos e unha nova forma de *pecados*. Alfonso García Figueroa teno claro: o expansionismo penal acabará por prexudicar a causa feminista a medio prazo porque a deslexitima.

Recordando unha máxima sumeria (a cervexa está ben, o que está mal é o camiño), o noso autor céntrase nas disonancias cognitivas, isto é, cando un individuo experimenta unha tensión entre as súas propias crenzas. A posverdade sería o remedio torpe co que busca paliarlas. O primeiro ingrediente é certa irracionalidade, trazo distintivo da posverdade. O segundo é un estado mental que xustifique esa postergación da verdade para a *transformación social*. Que o mundo se axuste ás súas mentes e a cousa se oculte, eclipsando a verdade.

Como se di ás veces, algo é sentido e só certas persoas poden acceder a tales verdades, polo demais inaccesibles ao resto dos mortais. É ilustrativo que onde antes se exixían boas razóns agora se fale moito de empatía. Coa posverdade preténdese ocultar a verdade con fins ideolóxicos. A charlatanaría é unha ausencia de interese pola verdade. Así as cousas, a posverdade é unha estratexia que non carece de racionalidade para elas: substitúe a racionalidade científica pola racionalidade política puramente instrumental que ten por obxectivo abrir “unha fase dentro dun proxecto transformador da sociedade con fins tendencialmente totalitarios na medida en que recorre a instrumentos intrinsecamente perversos como o propio desprezo pola verdade”. Non se pode explicar mellor en menos espazo.

Sucede que na universidade española –aínda que non só– os profesores somos seres “empalabrados”, isto é, somos especialmente conscientes do poder da linguaxe e estamos dotados de certa soltura á hora de empregala con fins persuasivos. Dentro da súa esfera de poder, sexa pequena, grande ou enorme, moitos profesores explotan tales dotes, desenvolvendo unha linguaxe baleira co fin de medrar no sistema. A charlatanaría florece no ámbito universitario pero non cegamente, senón en función da ambición persoal. Aplicando a *lei da camándula verborrácica de Andreski*, o noso xusfilósofo chega á convicción de que en España axencias como a ANECA promoven a cháchara de xeito exponencial, o que fai que os profesores máis novos deban baterse en estratexias de publicación que se converteron “nun xogo autorreferencial sen relación co coñecemento”.

A esa ambición úneselle a miúdo que os expertos de verdade toleran nalgunha medida ou pecan de falta de belicosidade respecto destas propostas. Déixaselles facer, dito en curto. Tamén se dá o ingrediente do narcisismo corporativo, que levou moitos profesores de universidade a pensar que, por riba de todo, eles poden e deben ser o motor das transformacións que reclama a sociedade. É o discurso redentor da universidade. Tras décadas de confusión e caos xerado pola derruba do Muro de Berlín, certa esquerda reparou de novo en que a universidade podería ser un reservorio de seres empalabrados capaces de impulsar novas hexemonías, grazas ao dominio de redes sociais e medios de comunicación. Heine dixo que había que ter coidado co que propón a Academia porque pode facerse realidade.

Para García Figueroa coaduxuan dous fenómenos: o auxe da posverdade e o paradigma do recoñecemento. Primeiro cultivan a primeira para logo trasladar os seus réditos no segundo. Primeiro, charlatanaría. Despois, invasión charlatana do recoñecemento.

Respecto ao primeiro, estuda a charlatanaría da posmodernidade. O filósofo e xurista entende que o paradigma posmoderno é disolvente da idea de verdade e ningunha teoría, por contrastada ou sólida que sexa, está a salvo da súa pulsión destrutiva. Como, segundo estas teses, coa linguaxe se poden facer cousas, non só nomealas, mediante a linguaxe créanse obrigas, ingrésase na comunidade de fieis ou comprometémonos cunha institución. Os problemas resólvense pero os pseudo-problemas disólvense. Coa linguaxe, dicía Austin, podemos transformar o mundo, o cal é de primeiro de marxismo. A concepción máxica da linguaxe lévase a todos os estamentos e estadios. De aí que certo feminismo non poida deixar de exixir que as mensaxes que considere oportunas sexan prohibidas por ser *discurso do odio* á vez que exixen o emprego da *linguaxe inclusiva*. Tamén apostan pola linguaxe politicamente correcta, “como se a mera mención dunha palabra concitase maxicamente certos espíritos malignos que requirisen do oportuno exorcismo por parte de novos sacerdotes e sacerdotisas que asumen o coidado da nosa saúde espiritual a cambio de cobrar a nosa autonomía”. De aí o entusiasmo punitivo, cuxas consecuencias de toda orde poden ser gravísimas.

Estas posturas xogan cunha “abraiante vantaxe” no mercado das ideas, pois fan que os que crean no racional e o veraz sexan os que proben tales extremos, non ao revés. Quen defenda a posverdade nunca practica a autocrítica, pero sempre está presto a apoiarse na que faga o rival de si mesmo. Dáse o coñecido “efecto bruxo”: vulnerar todas as leis da lóxica posibles para elevar a dogma o que é absurdo, baseándose na fascinación que exerce sobre os humanos o que nos resulta inconcibible. O exemplo da linguaxe inclusiva volve resultar evidente e lacerante a partes iguais: é unha espiral en bucle de irracionalidades e incoherencias, explícanos con tino García Figueroa. É moi complicado saber que piden estas demandas, porque resultan baleiras. Só admiten o asentimento, o “ahá”, o “claro” co que lle dicimos a quen nos fala que lle estamos a prestar atención (ou simulando que o facemos).

Tal cuestión entronca coa doutrina populista de Laclau. Este autor dixo que unha doutrina se debilita a si mesma desde o momento en que se fai demasiado explícita,

pois perde a necesaria flexibilidade para xuntar os diferentes intereses en conflito, expresados en diversas demandas democráticas que pretenden xuntar o populismo postsocialista. Para o noso pensador, este tipo de artimañas fanse a si mesmas moi solemnes baseándose na *astucia da razón* de Hegel para que se manifeste a Razón da Historia. Isto é: defender unha serie de reivindicacións a miúdo carentes do máis mínimo sentido, ou racionalidade, ou banais, absurdas, cínicas ou superficiais co pretexto de que baixo a súa aparente irracionalidade late unha racionalidade oculta profunda. Folga dicir que só “eles” saberían traducir cales son esas razóns profundas. Sempre lles convén apostar por estratexias astutas e algo absurdas, para preservar “o misterio inaccesible ao pobo polo ben do pobo”.

Posteriormente teríamos o paradigma do recoñecemento, baseado en postulados de Gramsci e de Honneth. O marxismo clásico, co seu materialismo, non era moi condescendente coas veleidades posmodernas. Así que houbo que reformulalo para os tempos postsocialistas que nos gobernan. Por un lado, prodúcese unha clara deflación no elemento económico e materialista. A loita social debe ser sobre todo cultural, non económica, isto é, asegurar o recoñecemento dos grupos sociais e historicamente preteridos. Estas demandas pretenden calar en sociedades que se caracterizan por que non presentan grandes diferenzas económicas. Por outro lado, a anhelada igualdade só pode lograrse mediante o recoñecemento de grupos e non só con políticas de redistribución. O recoñecemento non quere acabar con ningún grupo, senón reforzalos arredor da súa identidade. Hai que acabar cos pobres, claro, pero nunca xamais acabar coas mulleres, cos negros ou cos inmigrantes, o recoñecemento dos cales debe reforzarse.

Ao recoñecerse a diferenza, dificúltase a cohesión social entre os grupos recoñecidos e as súas demandas democráticas vólvense sumamente controvertidas. Agora achégase a cadea de equivalencias como a forma de superar esas diferenzas e crear un só pobo, para canalizar as súas demandas dentro do sistema e conseguir a hexemonía. Agora debemos harmonizar as identidades que *interseccionan* en tensión: só conceptos baleiros e accións baleiras poden reunilos para que, por exemplo, camiñen xuntos nunha manifestación. A posmodernidade é o instrumento para manter vivo o antano economicista antagonismo. Deséxase abranguer e aglutinar a maior cantidade de demandas democráticas baixo unha soa demanda popular. Iso é populismo en estado puro.

Dáse agora un fenómeno de hiperclasismo, segundo Alfonso García Figueroa: entre todas esas novas clases unha é a que lidera actualmente a estrutura da cadea de equivalencias: a clase das mulleres. Agora estas e a ideoloxía de xénero pónense no centro das diversas demandas democráticas como pivote sobre o que xiran o resto de demandas do resto de clases. Como ben di o xusfilósofo “a experiencia populista xerada pola charlatanaría universitaria, logo devida posverdade no poder, non anuncia nada bo para ninguén: nin para os homes nin para as mulleres”<sup>24</sup>.

<sup>24</sup> Vid. GARCÍA FIGUEROA, A., “Charlatanería universitaria y feminismo posveritativo”, Núñez Vaquero, Á. e Morales Luna, F.F. (eds. lits.), *Libertad de expresión. Debates pendientes*, Palestra Editores, Perú, 2022, pp. 311 e ss.

### 5.3 A dominación ideolóxica na universidade

Ricardo García Manrique sufriu no seu día a furibundia da turbamulta na súa universidade, que o acusaba de fascista no claustro ao que pertencía porque se opuña, con razóns máis que plausibles, a que a universidade pública catalá onde profesaba tomase postura pública a favor das teses independentistas. A xuízo de García Manrique, ese tipo de declaracións vulneran o principio de neutralidade ideolóxica que debe presidir a institución académica no seu conxunto. Romper iso é romper a liberdade intelectual no ámbito académico. O periplo que transitaron algunhas destas iniciativas remataron coa toma de postura en contra do Defensor do Pobo e a anulación xudicial posterior.

Os que defenden que as universidades poidan adoptar as declaracións político-ideolóxicas alegan tres argumentos: autonomía universitaria, liberdade de expresión e compromiso social. Os seus detractores argumentan, pola contra, o deber de neutralidade ideolóxica, o respecto á liberdade ideolóxica e de expresión (vulneración da dimensión negativa da primeira: ninguén pode estar obrigado a declarar sobre as propias crenzas e a universidade, ao posicionarse institucionalmente, fala en nome de todos os seus integrantes); e o dereito á educación, en concreto a salvagarda do ideario educativo da Constitución, fixado no artigo 27.2 CE. Finalmente, expoñen que as funcións sociais e a autonomía universitaria teñen que ver coa natureza científica, educativa e cultural que se debería cultivar intramuros da Academia. Noutras palabras: a autonomía é instrumental, concédese para cumprir coas funcións, segundo establece o artigo 2 LOU.

García Manrique entende que por declaración política poderíamos entender unha toma de postura partidista, isto é, e en palabras do Tribunal Supremo, “toda posición parcial aliñada coas pretensións dun grupo de cidadáns con inevitable exclusión do resto” (STS 933/2016, FX 2). Aclarado isto, pasamos a debullar a fortaleza e/ou debilidade dos argumentos a favor da legalidade destas declaracións.

Respecto á autonomía universitaria, esta recoñécese no artigo 27.10 CE e na xurisprudencia constitucional, que afirmou que estabamos ante un dereito fundamental (STC 26/1987). Pero esta autonomía vincúlase ás funcións da universidade, e estas determínanse polas leis e non tanto pola universidade. Así, podemos ler no art. 1 LOU que as funcións atribuídas a estas institucións non pasan por articular vontade política ningunha, como tampouco os fins enumerados no art. 2.1 LOU. Como di o autor: “a autonomía universitaria é a garantía da liberdade académica, integrada por (ou que se manifesta en) as liberdades de cátedra, de investigación e de estudo. Así se dixo nas SSTC 47/2005, FX6 e 106/1990, FX7).

En canto ao compromiso social (vocación de servir á sociedade da que forma parte), a universidade só pode perseguir o cumprimento axeitado das súas funcións. Iso non significa que os temas de interese xeral non poidan ser debatidos por profesores e alumnos, pero si implica que se absteña de evacuar, en canto universidade, declaracións partidistas ou escoradas ideoloxicamente.

En canto aos dereitos fundamentais, o filósofo cre que a libre expresión é un dereito de titularidade individual, non das institucións nin dos seus órganos. Por iso a universidade como tal non exerce dereitos fundamentais, senón potestades administrativas normativamente establecidas.

O autor repasa con especial énfase a neutralidade ideolóxica das institucións públicas. O principal debate é o de se as institucións públicas deben basearse nunha concepción concreta do que é bo ou deben ser neutrais respecto a tal extremo. É o debate comunitaristas vs. liberais. O autor, non obstante, discorre pola neutralidade máis como funcionamento que como fundamento. Nese sentido, a xurisprudencia deduce tres deberes diferentes de neutralidade no marco das institucións públicas.

Por un lado, a ideolóxica. Na STC 5/1981, FX9, díxose que moi especialmente os centros docentes deben ser ideoloxicamente neutrais. Engade o TC que tal cousa impón aos docentes que neles desempeñan os seus quefaceres “unha obriga de renuncia” a calquera forma de adoutramento ideolóxico. Para García Manrique, o Estado non ten relixión pero si ideoloxía: a que inspira e reflicte o texto constitucional: a democracia, o carácter social do Estado, o imperio da lei e os dereitos fundamentais.

Por outro lado, a obxectividade. A Administración pública debe selo, *ex art. 103 CE*, tal e como interpretou a STC 77/1985 FX29. A universidade é unha Administración pública e nese sentido ten o deber de “non facer”, non inclinarse a favor ou en contra dunha das partes implicadas.

Finalmente, atende á lealdade. Isto é, o deber da Administración universitaria de manterse neutral supón que tamén o debe ser respecto do Goberno, é dicir, non opoñerse á orientación política deste.

Do seu parecer resúltanos estimulante a interpretación que realiza o autor do art. 9.2 CE. Dirá que a Constitución non é neutral respecto ao *statu quo*, xa que o considera potencialmente negativo na medida en que intenta responder a el garantindo a liberdade e a igualdade reais e efectivas. Por iso di que na dita tesitura o Estado non é neutral nin o pode ser. Esa ideoloxía do Estado debería ser asumida e promovida polas institucións públicas. En concreto, as institucións educativas deben promover o que Tomás y Valiente chamou “ideario educativo constitucional”, recoñecido no art. 27.2 CE (e que o malogrado xurista introduciu no seu voto particular á STC 5/1981). Recordemos que tal precepto constitucional di que a educación terá por obxecto o pleno desenvolvemento da personalidade humana, o respecto aos principios democráticos de convivencia e aos dereitos e liberdades fundamentais.

Ricardo García Manrique entende que a neutralidade ideolóxica resulta beneficiosa para o exercicio de tres dereitos fundamentais. Por un lado, a liberdade ideolóxica, porque a universidade militante deixa nus e ermos os seus integrantes, pois revela crenzas que ou son súas (e non pode: ninguén será obrigado a declarar as súas crenzas) ou non o son (e entón falsea o debate). O claustro representa todos e nesa medida fala por unha única voz. Cando ese claustro abandona unha posición neutral, prodúcese unha situación ilexítima de dominación ideolóxica.

O suxeito que realiza tales declaracións está dotado de autoridade, entendida como poder e prestixio. As declaracións son produto da vontade e non tanto da razón,

porque culminan sempre na expresión daquela. A intención da universidade militante é participar no debate político. Ao oficializar o relato preténdese converter en único, rabenando todo pluralismo que se prece. Non contribúe a enriquecer e facilitar o libre intercambio de ideas, senón a empobrecelo e a dificultalo.

O procedemento polo cal se adoptan as declaracións institucionais culmina sempre nunha decisión, o que significa que expresa a vontade de certos suxeitos: declara ideoloxía cando non se pode *ex art.* 16 CE e atribúe unha ideoloxía a toda a comunidade universitaria cando tampouco procede segundo o *dictum* constitucional. Destrúe o pluralismo, pois non reconece ideas diferentes ás súas. Non contribúe a enriquecer e a facilitar o debate, senón a empobrecelo e dificultalo. O que se pretende é “decidir” pola universidade, “non debater” no seu seo. Reforza o discurso dominante, revísteo de autoridade intelectual e fai moito máis difícil a discrepancia para aqueles que disenten. Por iso o autor cre que non é exaxerado afirmar que as declaracións institucionais das universidades con contido político partidista son unha forma de dominación ideolóxica, especialmente no seo da comunidade académica.

Respecto á liberdade de expresión ocorre outro tanto. Vese afectada cando outro fala no noso nome, pois a liberdade de expresión comprende o dereito a gardar silencio ou a falar cando se considere oportuno. As declaracións universitarias partidistas vulneran o art. 20 CE. O sentido da libre expresión é descubrir ou construír de forma común a verdade, especialmente iso que podemos chamar “verdade política”. As declaracións alleas á reflexión académica núas de razóns e preñadas de exabruptos sectarios só degradan a nosa institución, tinguíndoa de irracionalismo, gregarismo e falsa autoridade. Os que non concorden con ese discurso só atoparán dificultades engadidas á hora de facer oír o seu discrepante criterio. É a xente a que debe elixir entre puntos de vista que compiten entre si e a súa elección non debe ser manipulada por ningún poder, tampouco pola universidade, nesgando o debate. Ese é o criterio de Owen Fiss, do que García Manrique se fai eco. Isto é: ao comportarse como o fixeron, as universidades públicas catalás que emitiron declaracións políticas partidistas convértense antes en opresoras que en garantes da libre expresión.

Finalmente, o dereito á educación tamén resultaría danado. O autor parte do ideario educativo constitucional, reflectido no artigo 27.2 CE. Aí establécese, negro sobre branco, que a educación terá por obxecto, primeiro, o pleno desenvolvemento da personalidade humana; segundo, o respecto aos principios democráticos de convivencia; e, en terceiro lugar, o respecto aos dereitos e liberdades fundamentais. Cando a educación, sexa do estamento que sexa, inculca desprezo, lesiónase o dereito á educación. Dentro do ideario educativo constitucional elévase a neutralidade ideolóxica como principio democrático de convivencia elemental. O universitario é un ámbito apropiado para discutir a validez de principios e normas. A liberdade de cátedra e a autonomía universitaria garanten que a discusión teña lugar, non o contrario. Empregar as dúas para facer política partidista, dinos o filósofo do dereito, non é permitir o debate libre, senón inhibilo.

Para maior escarnio, a día de hoxe existen cinco universidades catalás condenadas por violar a neutralidade institucional ou os dereitos fundamentais dos seus

alumnos. Todos os casos seguen o mesmo patrón: a neutralidade brilla pola súa ausencia na defensa dunha ideoloxía moi marcada que destrúe os presupostos básicos da Constitución. A universidade debería quedar como garante do ambiente que favorece a libre discusión de ideas, pero esta última tarefa deben facela os individuos (alumnos, profesores, etc.), non a institución como tal. Facéndose eco do famoso Informe Kalven, publicado pola Universidade de Chicago en 1967 e rubricado polo Reitor Zimmer en 2020, o noso autor finaliza avogando por que a universidade sexa a casa da crítica, pero non ela mesma quen a faga. Que debe manter independencia fronte ao poder político pero tamén fronte a modas, paixóns e presións políticas. Que teña moi en conta que se entra a opinar como institución no debate político cotián pon en perigo os presupostos da súa propia existencia. Estamos ante unha institución que non pode residir na mera vontade da maioría, onde a súa neutralidade como institución non vén dunha presunta falta de coraxe, ou dunha indiferenza insensible e distante. Xorde do respecto pola liberdade de indagar e a obriga de respectar a diversidade de puntos de vista autenticamente diferentes.

Tal e como dixo Ortega, pensador que Ricardo García Manrique tamén reivindica, a universidade debe intervir como tal universidade nos debates do momento representando a serenidade antes que o frenesí, a seria agudeza antes que a frivolidade e a estupidez. Non se pode estar en desacordo cun criterio tan límpido<sup>25</sup>.

## 6 Conclusión

En páxinas anteriores abordouse a cuestión da liberdade académica na actualidade, coonestándoa cunha serie de prácticas e institucións que poderían poñela en risco. A liberdade académica é consubstancial ao bo traballo académico e á mellor tradición universitaria. Sen a capacidade de estudar e transmitir o resultado do estudado, a universidade convértese nunha institución baleira e inícuca.

Desde este postulado prestouse especial atención á liberdade académica como actividade intelectual que exige ser estimulada, protexida e canalizada cara aos estudantes e cara á comunidade científica de referencia do profesor do momento. A posibilidade de ler e escribir, de pensar sobre o que se vai descubrindo, é o núcleo de estar en condicións de ensinar posteriormente aspectos da realidade que, máis alá de dogmas políticos ou ideolóxicos, constitúen a base do que deba suceder nas nosas aulas a diario.

Nese sentido, detéctanse algunhas prácticas contemporáneas que poñen en dúbida a propia liberdade académica. Sinalamos fundamentalmente tres. En primeiro termo, os avances tecnolóxicos e certas políticas públicas “xerencialistas” crearon unha elefantíase burocrática que dificulta en extremo a tarefa do profesor. En segundo termo, consubstancial ao debate máis xeral sobre o impacto das novidades tecnolóxicas, lidamos con teses que defenden sen disimulo a obsolescencia do profesor. Cremos que, rectamente entendida a universidade non pode ser un lugar onde só se cubran

<sup>25</sup> Vid. GARCÍA MANRIQUE, R., “Dominación ideológica y libertades públicas”, Núñez Vaquero, Á. e Morales Luna, F.F. (eds. lits), *Libertad de expresión. Debates pendientes*, Palestra Editores, Perú, 2022, p. 343 e ss.

formularios e pregos, como tampouco ten moito sentido pretender que “Internet” ou “as máquinas” nos transmitan un saber filtrado, repousado e meditado, desde a paixón por coñecer. Unha máquina pode ser estupenda cumprindo as súas funcións, pero nunca (ou, por mellor dicir, ata o momento) pode sentir e transmitir ese sentimento cando se explica a Constitución do 78, a Revolución Francesa, a cadea do ADN ou a estrutura molecular.

Nese sentido, acudimos á filosofía do dereito para detectar e tratar algúns problemas específicos da universidade española do século XXI. Ou de problemas que poderían chegar ás nosas Akademias, polo menos a título de hipóteses e ante a case segura translación do que sucede nos campus norteamericanos a espazos máis acá do Pacífico. Detectamos tres tendencias preocupantes.

A primeira ten que ver con empregar pronomes elixidos *ad hoc* polos alumnos, o cal podería afectar non só á liberdade académica na súa vertente de liberdade de expresión, senón introducir certos privilexios na aula que redundarían en favor dunha minoría, o que, pola súa vez, nin melloraría a calidade da docencia nin acrecería esa minoría (nin a maioría).

A segunda trata da charlatanaría posmoderna que se emprega con fins populistas para facer chegar a ideoloxía dos seus defensores ás comunidades académicas (das que adoitan formar parte). A universidade convértese en mero receptáculo de pulsións e paixóns políticas que adoitan esquecer o importante do debate sosegado, froito da lectura reflexiva e da cavidade de diferentes ideas, tradución do pluralismo.

A terceira obedece a unha tendencia moi concreta que aniña en certas universidades públicas catalás, pois algúns claustros utilizaron o seu poder para aprobar declaracións políticas que deixan fóra os asuntos académicos e condicionan non pouco a liberdade dos que se mostran contrarios a estas, aos que adoitan castigar co látego do acoso e o insulto directos.

Facemos votos cunha reflexión final ponderada e razoable: nada de bo ten converter a universidade nunha formación partidaria con ideoloxía propia e exército académico que a defenda a capa e espada. O pluralismo que recoñece o art. 1.1 CE como valor superior debe prevalecer á hora de levar a cabo as tarefas nucleares do labor profesoral: ler, escribir e dar clase nun clima de san escepticismo desde o debate permanente.

## Bibliografía

ANDREWS, C., “¿Por qué hay que defender la libertad académica?”, *Letras Libres*, 1 de xuño de 2022.

ARENILLA SÁEZ, M., “La necesaria reforma de la Universidad española”, *Revista de Derecho Político*, n. 110, 2021.

BERNARDO, J., *El libro del educador. Cómo enseñar a aprender y a pensar*, Rialp, Madrid, 2017.

BORDIEU, P., *Homo academicus*, Siglo XXI editores, Madrid, 2008 (orixinal de 1984).

- BURKE, P., *El polímata. Una historia cultural desde Leonardo da Vinci hasta Susan Sontag*, Alianza editorial, Madrid, 2021.
- CARLÓN RUIZ, M., “Público y privado en el régimen universitario: una (re)lectura en clave constitucional”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 209, 2020.
- CEBALLOS, J., *Observar el arroz crecer. Cómo habitar un mundo liderado por China*, Ariel, Barcelona, 2023.
- DE CARRERAS, F., “El modelo de universidad española: una crítica”, *Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, Madrid, 18 de maio de 2021.
- DE LORA, P., “Tótem y tabú en la academia. La libertad de expresión y sus enemigos”, Núñez Vaquero, Á. e Morales Luna, F.F. (eds. lits.), *Libertad de expresión. Debates pendientes*, Palestra Editores, Perú, 2022.
- DE MIGUEL, J. e TAJADURA TEJADA, J., *Kelsen versus Schmitt. Política y Derecho en la crisis del constitucionalismo*, Guillermo Escolar, Madrid, 2018.
- GARCÍA FIGUEROA, A., “Charlatanaría universitaria y feminismo posveritativo”, Núñez Vaquero, Á. e Morales Luna, F.F. (eds. lits.), *Libertad de expresión. Debates pendientes*, Palestra Editores, Perú, 2022.
- GARCÍA MANRIQUE, R., “Dominación ideológica y libertades públicas”, Núñez Vaquero, Á. e Morales Luna, F.F. (eds. lits.), *Libertad de expresión. Debates pendientes*, Palestra Editores, Perú, 2022.
- GONZÁLEZ, A.M., *El deseo de saber. Formación intelectual y cultura emocional*, Rialp, Madrid, 2022.
- GRAEBER, D., *Trabajos de mierda. Una teoría*, Ariel, Barcelona, 2018.
- LÓPEZ GUERRA, L., “Enseñanza del Derecho. Breves enfoques macro y micro”. *Eunomía, Revista en cultura de la legalidad*, n. 23, 2023.
- LURI, G., *Sobre el arte de leer*, Plataforma Editorial, Barcelona, 2019.
- NIETZSCHE, F., *Sobre el porvenir de nuestras escuelas*, Tusquets, Barcelona, 2009.
- NUBIOLA, J., *Invitación a pensar*, 3ª ed., Rialp, Madrid, 2019.
- OLLERO TASSARA, A., “¿Qué puede aportar sobre la formación del jurista un viejo profesor?”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n. 23, 2022.
- PETRARCA, F., *Remedios para la vida*, Acantilado, Barcelona, 2023.
- RIVERO ORTEGA, R., *El futuro de la Universidad*, Ediciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 2021.
- ROYO, A., *Breviario antipedagoga*, Plataforma editorial, Barcelona, 2022.
- SUSSKIND, R. e SUSSKIND, D., *El futuro de las profesiones. Cómo la tecnología transformará el trabajo de los expertos humanos*, TEELL Editorial, Zaragoza, 2016.
- TETLOCK, P., *El juicio político de los expertos*, Capitán Swing, Madrid, 2016.
- TORRES MURO, I., *La autonomía universitaria. Aspectos constitucionales*, CEPC, Madrid, 2005.
- ZAERA-POLO, A., *La universidad de la posverdad. El mundo académico en la era de la cancelación, el pensamiento woke y las políticas identitarias*, Deusto, Barcelona, 2022.

Regap



ESTUDIOS





Revista Galega de Administración Pública, EGAP  
Núm. 65\_xaneiro-xuño 2023 | pp. 73-103  
Santiago de Compostela, 2023  
<https://doi.org/10.36402/regap.v1i65.5085>  
© Josep Ramon Fuentes i Gasó  
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371  
Recibido: 26/04/2023 | Aceptado: 01/06/2023  
Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

## Prevención e seguridade públicas na Administración local de Cataluña: Unha perspectiva integrada

Prevención y seguridad públicas en la Administración local de Cataluña: Una perspectiva integrada

Prevention and public safety at the local Administration of Catalonia: An integrated perspective

65 Regap

Regap



ESTUDIOS

JOSEP RAMON FUENTES I GASÓ  
Profesor titular de Dereito Administrativo  
Director da Càtedra d'Estudis Jurídics Locals Màrius Viadel i Martín  
Universidade Rovira i Virgili

<https://orcid.org/0000-0001-5669-6009>

[josepramon.fuentes@urv.cat](mailto:josepramon.fuentes@urv.cat)

**Resumo:** O traballo analiza a normativa e o réxime xurídico da seguridade cidadá e a prevención no Estado español, desde unha perspectiva integrada, tanto *ex ante* como *ex post*, en relación coa Administración pública local, en particular no marco do Sistema de Seguridade Pública de Cataluña. Neste sentido, examínanse as competencias locais en materia de seguridade cidadá, seguridade viaria, extinción e prevención e protección civil.

**Palabras clave:** Seguridade pública, prevención, Administración local, réxime xurídico.

**Resumen:** El trabajo analiza la normativa y el régimen jurídico de la prevención y la seguridad públicas del Estado español, desde una perspectiva integrada, tanto *ex ante* como *ex post*, en relación con la Administración pública local, en particular en el marco del Sistema de Seguridad Pública de Cataluña. En este sentido, se examinarán las competencias locales en materia de seguridad ciudadana, seguridad viaria, extinción y prevención y protección civil.

**Palabras clave:** Seguridad pública, prevención, Administración local, régimen jurídico.

**Abstract:** This paper analyses the regulations and legal regime of public prevention and safety in Spain, from an integrated perspective, both *ex ante* and *ex post*, in relation to local public Administration, particularly within the framework of the Public Safety System of Catalonia. In this sense, local competences in the areas of public safety, road safety, fire extinction and prevention and civil protection will be examined. **Key words:** Public safety, prevention, local Administration, legal system.

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2 O concepto de seguridade pública. 3 O réxime xurídico da seguridade pública. 3.1 A Constitución española. 3.2 O Estatuto de Cataluña. 3.3 A lexislación local. 3.4 O réxime xurídico en materia de seguridade viaria. 3.5 O desenvolvemento normativo en materia de seguridade pública das previsións lexislativas constitucionais. 3.6 O desenvolvemento normativo en materia de seguridade pública das previsións lexislativas estatutarias. 4 As competencias dos entes locais en materia de seguridade pública. 4.1 As competencias en materia de seguridade cidadá. 4.2 As competencias en materia de seguridade viaria. 4.3 As competencias en materia de extinción de incendios. 4.4 As competencias en materia de protección civil. 5 O sistema de seguridade pública de Cataluña. 5.1 A Xunta Local de Seguridade. 5.2 A Mesa de Coordinación Operativa. 5.3 A Comisión Rexional de Seguridade. 5.4 Plan xeral de seguridade de Cataluña. 5.5 Plan local de seguridade. 6 Epílogo.

*“En canto á seguridade, a Igrexa católica vai ofrecer múltiples solucións innovadoras, tanto no plano regulador como de tipo organizativo. O catolicismo vai ter unha función protectora dos crentes (embrión do futuro «Estado protector») establecendo unha orde social, moral e material baixo as súas propias administracións e múltiples regulacións, e con procedementos propios que, posteriormente, constituirán a orixe do sistema centralista de administración e de seguridade pública”, Manuel Ballbé Mallol, 2007<sup>1</sup>.*

## 1 Introducción<sup>2</sup>

A prevención e a seguridade públicas, en particular no mundo local, constitúen, en palabras do mestre Ballbé Mallol, “unha nova visión non só das funcións policiais, senón do conxunto das administracións públicas, articulado arredor da idea de que o obxectivo primordial dun Estado de dereito avanzado é a preservación da vida e da integridade das persoas e a observación de que a maioría das vítimas non se producen por accións delituosas tradicionais, senón por negligencias, infraccións administrativas ou accións involuntarias froito da falta dun intervencionismo administrativo encamiñado directamente á supervisión de todas as actividades que supoñen un perigo ou dano ás persoas. Esta nova visión, que se encadra no que se denomina a nova «sociedade do risco», obriga a reformular as concepcións clásicas

<sup>1</sup> *In memoriam* do Dr. Manuel Ballbé Mallol, catedrático de Dereito Administrativo da Universidade Autónoma de Barcelona, mentor, mestre e amigo (Barcelona, 4 de novembro de 1951-10 de febreiro de 2020), con quen creamos no ano 1998 a Escola de Prevención i Seguretat Integral (EPSI) da Universidade Autònoma de Barcelona (UAB). *Al cel sia!* (BALLBÉ MALLOL, M., “El futuro del derecho administrativo en la globalización: entre la americanización y la europeización”, *Revista de Administración Pública*, n. 174, 2007, p. 219).

<sup>2</sup> Este traballo realizouse como membro do Grup de Recerca Territori, Ciutadania i Sostenibilitat da Universitat Rovira i Virgili, reconecido como grupo de investigación consolidado e que conta co apoio do Departament de Recerca i Universitats da Generalitat de Catalunya (2021 SGR 00162). Así mesmo, deriva do proxecto de I+D+i “O novo rol da cidadanía ante a xustiza administrativa: a regulación e a implementación da mediación como sistema de prevención e resolución de conflitos” (referencia PID2020-112688GB-I00), financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033.

do dereito administrativo como un dereito de policía ou de servizo público cara a un dereito administrativo entendido como un dereito e unha actividade de prevención de perigos, xa sexa no campo alimentario, do medio ambiente, do tráfico, da seguridade industrial ou da certificación e normalización de produtos”<sup>3</sup>.

Así, desde unha perspectiva semántica, a acepción *seguridade* pódese definir como unha calidade do adxectivo seguro, un atributo que resulta finalista na medida en que se incorpora na Administración pública para que esta exerza as súas competencias como preservador e garante. Así pois, unha finalidade que se dá dun xeito máis continuado, próximo e directo no ámbito local, e que pode ir desde unha simple situación de perigo na vía pública (risco de accidente, delitos, edificación en perigo, incendio, alteración da vida cotiá, etc.) ata unha actuación diante dunha catástrofe, pasando por calquera delito. Un conxunto de situacións, en definitiva, nas cales é necesaria a intervención de dispositivos de seguridade pública, xa sexa a policía, emerxencias ou protección civil, entre outros. Neste sentido, debe remarcarse a conceptualización democrática da seguridade como expresión lexítima do uso da forza por parte das administracións públicas, establecida con moito acerto por Ballbé Mallol<sup>4</sup>.

Desde un punto de vista xurídico, o termo *seguridade*, e en particular *seguridade pública*, pódese aplicar en diferentes ámbitos ou sectores da Administración pública: seguridade cidadá, seguridade viaria, extinción de incendios ou protección civil, aínda que cómpre pór de manifesto a carga democrática que esta terminoloxía arrastra en contra do tradicional concepto xurídico de *orde pública*<sup>5</sup>, característico do ordenamento xurídico do Estado español. Neste sentido, a achega do mestre Ballbé Mallol foi definitiva para que o lexislador constitucional adoptase o concepto *seguridade pública*, ben que durante a elaboración da Constitución esta era a postura minoritaria e, polo tanto, “provoca o cambio de paradigma totalitario polo democrático no mundo da seguridade e a policía”<sup>6</sup>. Para o mestre Ballbé Mallol, “o cambio de denominación non é banal, como se desprende da discusión parlamentaria. A vontade do lexislador, ao operar esta transformación, é a de que a nova institución policial sexa a antítese do que significou como forzas de orde pública na nosa historia. O cambio de modelo policial é, pois, un imperativo constitucional”<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> BALLBÉ MALLOL, M., “Prólogo”; Fuentes i Gasó, J.R. (autor), *Alemania, un modelo de policía y seguridad para Europa*, CEDECS, Barcelona, 2002 (3.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 25).

<sup>4</sup> *Vid. in totum* a maxistral obra de BALLBÉ MALLOL, M., *Orden público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)*, 2.ª ed., Alianza Editorial, Madrid, 1985.

<sup>5</sup> *Vid.* GODICHEAU, F., “Orígenes del concepto de orden público en España: su nacimiento en un marco jurisdiccional”, *Ariadna Histórica. Lenguajes, Conceptos, Metaforas*, n. 2, 2013, pp. 107-130.

<sup>6</sup> FUENTES I GASÓ, J.R. e ABDELKADER GARCÍA, J.M., “El marc jurídic del model policial en el dret estatal i autonòmic. Especial referència a l’ordenació policial de l’àmbit local català”; Fuentes i Gasó, J.R. e Capell i Manzaneres, J.M. (coords.), *La policía local a Catalunya*, vol. 1, Deputación de Barcelona, Barcelona, 2016, p. 94.

<sup>7</sup> BALLBÉ MALLOL, M., *Orden público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)*, cit., p. 462-463. Nesta liña, *vid.* Barcelona Llop, que considera que aínda que o termo *orde pública* é tan válido como calquera outro para expresar globalmente as finalidades da policía en seguridade, si que foi oportuno adecuar a terminoloxía e romper con tradicións de significación marcadas por adoptar unha “formulación formalmente democrática” das finalidades da policía (BARCELONA LLOP, J., *El régimen jurídico de la policía de seguridad*, HAAE/IVAP, Oñati, 1988, p. 138). Así mesmo, Recasens i Brunet sinala que a noción de orde pública non se podía seguir mantendo no léxico democrático “a causa do uso excesivo que fixera o réxime anterior deste concepto aplicado a un estado de tipo represivo” que o facía inutilizable (RECASENS I BRUNET, A., “Seguridad: la inseguridad

Así, para Ballbé Mallol, o vello concepto de *orde pública* baséase na seguridade, tranquilidade, salubridade e ausencia de perturbacións; circunscríbese a unha “mera orde na rúa”<sup>8</sup>, e é substituído por un novo concepto ligado á protección e á garantía do libre exercicio de dereitos e liberdades individuais e ao respecto da orde constitucional<sup>9</sup>. Como afirmou o mesmo profesor Ballbé Mallol, “a seguridade pública ten nos sistemas democráticos un contido diferente ao mantemento da orde na rúa”<sup>10</sup>.

Con gran claridade, o profesor Parejo Alfonso recolle do ordenamento alemán a distinción entre o concepto de *seguridade cidadá* e o clásico de *orde pública*, e sinala os riscos e a inseguridade que comportan estes conceptos –que se asentán sobre ideas e concepcións– para as sociedades pluralistas e democráticas<sup>11</sup>, aínda que pon de manifesto que “non obstante, hai que ter en conta que tal factor de inseguridade se reduce progresivamente pola tendencia á xuridificación formal de todas as relacións sociais”<sup>12</sup>. De todos os xeitos, segundo Friauf, ambos dous conceptos teñen unha lectura constitucional: “a protección da seguridade e da orde pública tamén ten unha función defensiva esencial dos dereitos fundamentais porque só nun estado de orde e seguridade o individuo pode facer uso da súa liberdade e gozar da bendición do Estado social”<sup>13,14</sup>.

Podemos avanzar que a arquitectura de todo o sistema de seguridade catalán o fixa a Lei 4/2003, do 7 de abril, de ordenación do sistema de seguridade pública de Cataluña (LOSSPC), que determina que o seu obxecto é a ordenación das competencias da Generalitat en materia de seguridade pública, especialmente as de policía, e a súa integración coas de protección civil, tráfico, xogo e espectáculos e seguridade privada, entre outras, nun sistema de seguridade propio de Cataluña, participado por

y la subjetividad”, *Actas de las Jornadas del Graduado en Criminología i Política Criminal 2000 y 2001*, Universidade de Barcelona, Barcelona, 2002, p. 7).

<sup>8</sup> BALLBÉ MALLOL, M., “Fuerzas de Orden Público”, Peces Barba, G., *et al.*, *La izquierda y la Constitución*, Taula de Canvi, Barcelona, 1978, p. 150.

<sup>9</sup> GIL MÁRQUEZ, T., *El sistema de seguridad pública en la Constitución española de 1978*, tese de doutoramento, Universidade Abat Oliva-CEU, Barcelona, maio 2004, p. 25.

<sup>10</sup> BALLBÉ MALLOL, M., “Deu anys de seguretat i policia autonòmiques”, *Revista Catalana de Dret Públic (RCDP)*, n. 12, 1990, p. 117.

<sup>11</sup> En referencia a estes conceptos, o preámbulo da Lei 4/2003, do 7 de abril, de ordenación do sistema de seguridade pública de Cataluña, afirma que “Cataluña aspira a dotarse plenamente dun modelo que transcenda a concepción tradicional da seguridade e a orde pública en favor dunha orientación que se fundamente na prevención, a participación e a implicación dos diferentes servizos públicos, e tamén da sociedade civil”, FUENTES I GASÓ, J.R. e ABDELKADER GARCÍA, J.M., “El marc jurídico del model policial en el dret estatal i autonòmic. Especial referència a l’ordenació policial de l’àmbit local català”, *cit.*, p. 94.

<sup>12</sup> Así, para Parejo Alfonso, “seguridade pública” –Öffentlicher Sicherheit– defínese no noso ordenamento xurídico como “relativa á protección dos bens individuais e colectivos tutelados polo ordenamento xurídico (a protexibilidade *vén determinada pola norma de que se trate*) e equivale á nosa expresión «seguridade das persoas e das cousas», empregada pola LOPSC [Lei orgánica de protección da seguridade cidadá] (p. ex., art. 18 *in fine*)”. E o concepto “orde pública” –*Öffentliche Ordnung*– é o “referente ao conxunto das regras de comportamento non escritas, que son consideradas na conciencia colectiva como indispensables para unha vida en común ordenada”, PAREJO ALFONSO, L.J., “Seguridade pública”, Parejo Alfonso L.J., Jiménez-Blanco, A. e Ortega Álvarez, L., *Manual de Derecho Administrativo (parte especial)*, 5.ª ed., Ariel, Barcelona, 1998, p. 121.

<sup>13</sup> FRIAUF, K.H., “Polizei- und Ordnungrecht”, Schmidt-Assmann, E. (ed.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 6.ª ed., Berlín, 1986, p. 206.

<sup>14</sup> Por outro lado, outros autores trataron amplamente este ámbito: *vid.* o magnífico traballo de PALAU I MARGINET, A., *Conflictivitat competencial en matèria de seguretat pública*, Institut d’Estudis Autonòmics, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1996; PAREJO ALFONSO, L.J., *Seguridade pública y derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2001; BARCELONA LLOP, J., “La administración de la seguridad ciudadana: selección de problemas a comienzos del siglo XXI”, *Revista Vasca de Administración Pública (RVAP)*, n. 64, 2002.

outras administracións con competencias nesta materia, como é o caso dos entes locais, en particular dos concellos.

## 2 O concepto de seguridade pública

O Tribunal Constitucional<sup>15</sup> estableceu que a seguridade pública é o conxunto de actividades dirixidas á protección de persoas e bens (seguridade cidadá *stricto sensu*, polo tanto), así como á preservación e ao mantemento da tranquilidade ou da orde cidadá. Con todo, Palau i Marginet<sup>16</sup> afirma que esta é unha definición moi xeral, xa que moitas outras actividades dos poderes públicos implican tamén protección de persoas e bens: Seguridade Social, administración de xustiza e protección do medio ou protección de menores. E é que hai un factor que lle dá especificidade á función policial: a protección das persoas e dos bens que se leva a cabo ante as agresións violentas ou de perigo que se poidan producir. Esta nota de violencia ou perigo xustifica que o papel destacado no mantemento da seguridade pública lles compete ás forzas e corpos de seguridade (FCS), en particular de policía, que son os órganos administrativos preparados específica e tecnicamente para actuar utilizando a forza.

Nesta liña, seguindo a Palau i Marginet, pódese definir a seguridade pública como “a actividade dos poderes públicos, coa colaboración dos particulares, dirixida á protección de persoas e bens ante posibles agresións violentas producidas tanto por actos humanos como por forzas naturais ou feitos accidentais, onde concorren tanto medidas de prevención como de minoración e reparación de danos”<sup>17</sup>. En opinión de Aguado i Cudolà, a seguridade pública constitúe un sistema ao servizo da cidadanía, un servizo de interese xeral, en que os diversos poderes públicos con responsabilidade na materia deben conxuntar as súas actuacións para protexer os dereitos e liberdades públicas de todos os cidadáns e garantir esta seguridade cidadá de forma continuada e regular<sup>18</sup>.

A situación de seguridade pública, polo tanto, será aquela na cal non poida existir risco de perigo para os cidadáns pero a súa consecución non depende unicamente da actuación da policía, senón dun conxunto de medidas e actividades lexislativas, policiais, xudiciais, administrativas e penitenciarias e dunha serie de institucións e organismos públicos, e, ás veces, mesmo privados. Neste sentido, Recasens i Brunet determina que o concepto de seguridade cidadá non é estable, senón dinámico e, como tal, cambiante. Por este motivo, na actualidade a idea de seguridade pública obedece a unha concepción ampla da seguridade cidadá baseada na protección de dereitos e liberdades das persoas e os bens<sup>19</sup>.

<sup>15</sup> STC 123/1984, do 18 de novembro.

<sup>16</sup> PALAU I MARGINET, A., *Conflictivitat competencial en matèria de seguretat pública*, cit., p. 12.

<sup>17</sup> PALAU I MARGINET, A., *Conflictivitat competencial en matèria de seguretat pública*, cit., *Ibidem*.

<sup>18</sup> AGUADO I CUDOLÀ, V., “Estudio preliminar: la seguridad como sistema al servicio de la ciudadanía”, *Revista Catalana de Seguretat Pública (RCSP)*, n. 16, 2006, pp. 34 e ss.

<sup>19</sup> RECASENS I BRUNET, A., “Les noves polítiques de seguretat”, *Revista Catalana de Seguretat Pública (RCSP)*, n. 6-7, decembro de 2000, p. 11.

Neste sentido, as funcións en materia de seguridade pública son asumidas primordialmente pola “policía”, que se pode definir como “unha función pública específica da Administración pública, cuxa principal característica é a súa capacidade de intervención e execución”, segundo Fuentes i Gasó<sup>20</sup>. Agora ben, para Ballbé Mallol, “a policía non é un ente abstracto que poida ser obxecto dunha definición unívoca”<sup>21</sup>.

A policía constitúe un servizo público esencial para o mantemento da “seguridade pública” que busca o equilibrio entre a liberdade e a seguridade como base da convivencia democrática. Así, para Fuentes i Gasó e Abdelkader García, “a defensa do valor colectivo da seguridade pública foi tradicionalmente a xustificación básica do monopolo estatal no exercicio lexítimo da coacción limitadora de dereitos e liberdades. Así se desprende do artigo 104.1 CE, cando determina que todas as FCS teñen o deber constitucional de protexer o libre desenvolvemento dos dereitos e liberdades, e de garantir a seguridade cidadá”<sup>22</sup>. O servizo policial básico enténdese como aquel conxunto de tarefas relativas ao exercicio das principais funcións encomendadas á policía, é dicir, a prevención de delitos; a intervención en delitos e accidentes; o mantemento da seguridade cidadá en manifestacións, actos multitudinarios, conflitos colectivos e circulación, e o auxilio á poboación<sup>23</sup>. Aínda que cómpre engadir, en particular e en relación coas policía locais, outras actividades como o control da normativa administrativa ou a intervención en conflitos e disputas privadas entre os cidadáns<sup>24</sup>.

En calquera caso, o concepto de policía é examinado desde diferentes perspectivas: obxectiva, subxectiva, xurídica, sociolóxica... Desde unha aproximación xurídica obxectiva, para Garrido Falla é “aquela actividade que a Administración despreza no exercicio das súas propias potestades que por razóns de interese público limita os dereitos dos administrados mediante o exercicio, se é o caso, da coacción destes”<sup>25</sup>. En todo caso, policía e Administración quedan absolutamente vinculadas e, como afirma Villar Palasí, a policía é “un concepto flutuante segundo a época histórica e o país, igual que sucede coa Administración pública”<sup>26</sup>.

<sup>20</sup> FUENTES I GASÓ, J.R., *Alemania, un modelo de policía y seguridad para Europa*, CEDECS, Barcelona, 2002 (3.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 270).

<sup>21</sup> BALLBÉ MALLOL, M., “El modelo de pluralidad policial y la Guardia Civil”, *Cuadernos de la Guardia Civil*, n. 5, 1991, p. 36.

<sup>22</sup> FUENTES I GASÓ, J.R. e ABDELKADER GARCÍA, J.M., “El marc jurídic del model policial en el dret estatal i autonòmic. Especial referència a l’ordenació policial de l’àmbit local català”, cit., p. 93-94.

<sup>23</sup> Vid. BOSCH I MESTRES, J. e CURBET I HEREU, J., “Protección ciudadana”, Borja Sebastià, J. (coord.), *Manual de Gestión Municipal Democrática*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1987, p. 433-442.

<sup>24</sup> FUENTES I GASÓ, J.R. e ABDELKADER GARCÍA, J.M., “El marc jurídic del model policial en el dret estatal i autonòmic. Especial referència a l’ordenació policial de l’àmbit local català”, cit., p. 93.

<sup>25</sup> GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo II, 7.ª ed., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 171.

<sup>26</sup> VILLAR PALASÍ, J.L., “Poder de policía y precio justo. El problema de la tasa de mercado”, *Revista de Administración Pública (RAP)*, n. 16, 1995, p. 22.

### 3 O réxime xurídico da seguridade pública

As competencias en materia de seguridade pública –protección civil, extinción de incendios ou seguridade cidadá, entre outras– deben entenderse configuradas no marco da división territorial do Estado, integrada polas diferentes administracións estatal, autonómica e local, e limitadas polos respectivos territorios, en particular no caso da local, cousa que nos permite afirmar, con Fuentes i Gasó e Abdelkader García, que o actual modelo policial se move dentro de certa ambigüidade, consecuencia das diversas realidades existentes en cada nivel territorial e administrativo. Particularmente, da asimetría que supón, dun lado, que só catro comunidades autónomas (CC. AA.) contén con policía propia (Cataluña, País Vasco, Navarra e Canarias)<sup>27</sup> e cinco con unidades adscritas ao Corpo Nacional de Policía (CNP)<sup>28</sup>; e, por outro lado, o feito de que en principio unicamente os municipios de máis de 10.000 habitantes posúan o corpo de policía local<sup>29</sup>.

#### 3.1 A Constitución española

No marco do Estado social e democrático de dereito, a Constitución española (CE) é o fundamento do modelo de seguridade do Estado español e de Cataluña. Así, o artigo 104.1 dispón que as forzas e os corpos de seguridade “terán como misión protexer o libre exercicio dos dereitos e liberdades e garantir a seguridade cidadá”. Aínda que se mencione as FCS baixo a dependencia do Goberno, debe entenderse extensible a todas as forzas e corpos de seguridade recollidos na Lei orgánica 2/1968, do 13 de marzo, de forzas e corpos de seguridade (LOCFS), xa que esta norma é a resposta legislativa do desenvolvemento do artigo 104 previamente citado e, polo tanto, como establece, de aplicación tamén ás policía das CC. AA. que as creen e aos entes locais. Isto é o que levou a Palau i Marginet a afirmar que, “á hora de definir as competencias en seguridade, estas estiveron matizadas polo Tribunal Constitucional, que recoñeceu que a seguridade pública é unha materia na cal se dan competencias concorrentes entre as diversas administracións públicas”<sup>30</sup>.

Desde esta perspectiva, a seguridade pública no ámbito local, principalmente mediante as súas policía, terá como misión constitucional a mencionada protección do libre exercicio das liberdades dos cidadáns para garantir a súa seguridade.

<sup>27</sup> A Policía da Generalitat-Corpo de Mossos d'Esquadra foi creada en 1721 e refundada en 1983; a Ertzaintza foi creada en 1982; a Policía Foral de Navarra, ou Foruzaingoa, en 1928 e refundada en 1985, e o Corpo Xeral de Policía Canaria foi creado en 2010.

<sup>28</sup> A policía da Generalitat Valenciana (1993), a Unidade de Policía da Comunidade Autónoma de Andalucía (1992), a Unidade de Policía Adscrita do Principado de Asturias (2006), a Unidade de Policía Autónoma de Galicia (1991) e a Unidade de Policía Autónoma de Aragón (2005).

<sup>29</sup> Actualmente, todos os municipios que superan esta poboación teñen policía local e algún outro máis pequeno, por autorización excepcional do Departamento de Interior, tamén. Así, dos 948 municipios cataláns, 213 teñen corpo de policía local –máis de 11.000 axentes que proporcionan servizo directo a unha poboación de máis de 5 millóns de habitantes, o 73 % do total catalán, aínda que só está presente no 20 % do territorio catalán–. O ano 1983 existían 162 corpos de policía local e en 2011 xa eran 213.

<sup>30</sup> PALAU I MARGINET, A., *Conflictivitat competencial en matèria de seguretat pública*, cit., p. 26.

Ademais, nesta breve aproximación constitucional debe terse presente a repartición competencial entre as distintas administracións públicas. Así pois, o artigo 148.1.22 CE atribúe ás CC. AA. a ordenación e outras facultades en relación coas policía locais nos termos que establece a lei. Precisamente, baixo este título, Cataluña e outras autonomías despregarán lexislativamente as súas respectivas competencias en materia de policía local mediante normas que, posteriormente, serán sancionadas polo Tribunal Constitucional<sup>31</sup>.

### 3.2 O Estatuto de Cataluña

O Estatuto de autonomía de Cataluña de 1979 (EAC79), como norma institucional básica do autogoberno de Cataluña, xa considerou a creación dun corpo de policía autonómica e a competencia en coordinación da actuación das policía locais<sup>32</sup>. Isto mesmo, pero aínda máis ampliado e reforzado, é o que a tradición estatutaria de Cataluña recolleu no Estatuto de Cataluña de 2006 (EAC), no artigo 164.1, que lle atribúe á Generalitat un amplo abano de competencias en seguridade pública, entre as cales, e con carácter non exhaustivo, están a de planificación e regulación do sistema de seguridade pública de Cataluña, a ordenación das policía locais, a creación e a organización da Policía da Generalitat-Mossos d'Esquadra e o control e a vixilancia do tráfico<sup>33</sup>.

Así mesmo, desde o punto de vista estatutario, a Generalitat de Cataluña ten, como mínimo, competencias para coordinar as actuacións das policía locais, así como a súa ordenación, “a cal implica a determinación dos medios e os sistemas de relación que fan posible a acción conxunta destes corpos, mediante as autoridades competentes, de maneira que se consiga a integración das respectivas actuacións particulares dentro do conxunto do sistema de seguridade que lles é confiado”, en virtude do artigo 25.1 LOSSPC, que desenvolve estes títulos competenciais, aínda que é necesario interpretalos no marco do principio de autonomía local, como se explica nesta obra<sup>34</sup>.

<sup>31</sup> *Vid. post.*

<sup>32</sup> O artigo 13.1 EAC79 establecía que “a Generalitat poderá crear unha policía autónoma..”, e así foi como, mediante a Lei 19/1983, do 14 de xullo, se creou o corpo dos Mossos d'Esquadra como policía da Generalitat de Cataluña.

<sup>33</sup> *Vid. FUENTES I GASÓ, J.R., “El régimen local de Cataluña y la viabilidad de articulación de una planta política y administrativa propia después de la sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de junio de 2010”, Revista Catalana de Dret Públic. Especial Sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006, 2010, pp. 218-224.*

<sup>34</sup> O artigo 25.2 LOSSPC dispón que a coordinación da actividade das policía locais abrangue as seguintes funcións:  
 “a) Promover a homoxeneización dos medios técnicos e a uniformidade doutros elementos comúns.  
 b) Establecer as normas básicas de estrutura e organización interna ás que deben axustarse as policía locais, e a normativa de acceso, formación e promoción dos seus respectivos membros.  
 c) Determinar, por regulamento, con informe previo da Comisión de Policía de Cataluña, os tipos de armas que deben utilizar os policía locais, as características dos depósitos de armas, as normas para administralas e as medidas de seguridade necesarias para evitar a perda, subtracción ou uso indebido, de acordo coa normativa vixente en materia de armamento.  
 d) Establecer, co informe previo da Comisión de Policía de Cataluña, as características comúns dos uniformes, as insignias, os distintivos, o equipamento, os vehículos e o resto dos complementos das policía locais que poidan ser uniformados para garantir a efectividade operativa e a identificación pública dos policía locais, sen prexuízo de que cada municipio poida engadir elementos característicos propios”.

### 3.3 A lexislación local

O artigo 25.2 da Lei 7/1985, do 3 de abril, reguladora das bases do réxime local (LRBRL), como lexislación básica do Estado, establece que os municipios teñen competencias propias, en todo caso, en materia de:

- Policía local, protección civil e extinción de incendios.
- Tráfico, estacionamento de vehículos e mobilidade, así como en transporte colectivo urbano.

No ano 2013, a LRBRL foi modificada pola Lei 27/2013, do 27 de decembro, de racionalización e sustentabilidade da Administración local (LRSAL), e con anterioridade á dita reforma o artigo 25.2 da LRBRL consideraba que os concellos eran competentes no ámbito da “seguridade nos lugares públicos”<sup>35</sup>. Coa reforma da LRSAL, en lugar de falar de “seguridade nos lugares públicos” faise referencia ao concepto “policía local”, é dicir, que os concellos son competentes no ámbito da “policía local”. Esta modificación na terminoloxía introduciu diferentes interrogantes no ámbito teórico, debido a que a nova redacción da LRBRL non aclara se cando se fala de policía local se fai referencia á policía local como unidade administrativa ou ben como a actividade administrativa<sup>36</sup>.

Pola contra, no artigo 66.3 do Decreto lexislativo 2/2003, do 28 de abril, polo cal se aproba o Texto refundido da Lei municipal e do réxime local de Cataluña (TRLMC), como norma local fundamental de Cataluña que desenvolve o réxime local propio de Cataluña, continúa facendo referencia á seguridade nos espazos públicos e ao resto de competencias neste campo da mesma forma en que o facía o orixinal artigo 25.2 da LRBRL, e establece, en consecuencia, unha regulación máis ampla que a lexislación básica estatal.

Desde un punto de vista práctico, esta modificación da LRBRL non alterou o sistema competencial local no ámbito da seguridade, xa que os concellos continuaron xestionando os conflitos que xorden localmente<sup>37</sup>. É máis, as administracións locais, polo feito de seren máis próximas á cidadanía, adaptáronse ás necesidades que os veciños lles presentan día a día e, polo tanto, deben axustar os seus recursos a estas novas necesidades.

<sup>35</sup> Vid. in totum FUENTES I GASÓ, J.R., “Consecuencias de la Ley 27/2013, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, en el régimen local de Cataluña”, *Revista Vasca de Administración Pública (RVAP)*, n. 101, 2015, pp. 55-88.

<sup>36</sup> Acosta Gallo cualifica como desafortunada a substitución de “seguridade en espazos públicos” por “policía local”, porque “seguridade en espazos públicos” era unha materia e, en cambio, “policía local” fai referencia á actividade (ACOSTA GALLO, P. “La seguridad pública en el ámbito local”, García Rubio, F. (coord.), *Análisis de las repercusiones de la reforma local sobre la organización, competencias y servicios de las entidades locales*, INAP, Madrid, 2015, p. 307). Por outro lado, para Augado i Cudolà, a limitación do concepto está xustificada porque “seguridade nos espazos públicos” era un título competencial moi amplo que amparaba distintos pronunciamentos xudiciais de responsabilidade patrimonial, razón pola cal se promoveu a substitución por “policía local” para limitalo a un tema orgánico (AGUADO I CUDOLÀ, V., “El resurgir dels serenos a l'àmbit local: entre la seguretat privada i la convivència ciutadana”, *Revista Catalana de Dret Públic (RCDP)*, n. 61, 2020, p. 116).

<sup>37</sup> Neste sentido, Acosta Gallo destaca que esta substitución terminolóxica non implicou unha diminución de competencias a nivel local, xa que a policía local continúa, como xa facía con anterioridade á reforma, exercendo funcións de policía de seguridade, de policía administrativa e de policía xudicial. É máis, destaca que esta modificación permitiu que os corpos policiais locais xa posúan o seu propio espazo competencial (ACOSTA GALLO, P., “La seguridad pública en el ámbito local”, cit., p. 309).

En todo caso, cómpre destacar que estas competencias recollidas no artigo 25.2 LRBRL como competencias propias do concello deben levarse a cabo baixo a súa responsabilidade e sobre a base da autonomía local que rexe, e respectar a coordinación co resto das administracións locais<sup>38</sup>.

### 3.4 O réxime xurídico en materia de seguridade viaria

O réxime competencial do tráfico e a seguridade viaria está recollido fundamentalmente no Real decreto legislativo 6/2015, do 30 de outubro, que aprobou o Texto refundido da Lei sobre tráfico, circulación de vehículos de motor e seguridade viaria (TRLTSV).

Este texto mantén o espírito do seu predecesor, o Real decreto legislativo 339/1990, do 2 de marzo, que aprobou o Texto articulado da Lei sobre tráfico, circulación de vehículos de motor e seguridade viaria, debido a que se configura como unha típica *lei de policía*, no sentido tradicionalmente establecido, polo feito de que está integrado o citado texto normativo, na súa maioría, por disposicións restritivas de dereitos individuais coa finalidade de lograr a mellor protección e salvagarda dos bens xurídicos obxecto dunha tutela pública eficaz.

Este texto legal desenvolve nos seus artigos –4 e 7, principalmente– as competencias das administracións do Estado e dos entes locais, sen prexuízo das que teñan asumidas as CC. AA. a través dos seus propios estatutos (artigos 1 e 4 TRLTSV), como é noso caso, mediante o artigo 164.1.c) EAC.

As competencias en materia de seguridade viaria a nivel local establécenas os artigos 25.2.b) LRBRL e 66.3.c) TRLMC, unhas competencias que son exercidas polos entes locais, primordialmente a través das policía locais, e que son desenvolvidas en gran parte mediante as ordenanzas municipais de circulación (artigo 7 TRLTSV), e que desde a reforma realizada pola Lei orgánica 19/2003, do 23 de decembro, de modificación da Lei orgánica do poder xudicial, na LOFCS, se abriu a posibilidade de que os municipios máis grandes, a través dos seus plenos, puidesen crear corpos funcionariais que tivesen a condición de axente da autoridade, sen que formasen parte das FCS, pero subordinados aos membros dos corpos de policía local co fin de controlar o tráfico rodado. Esta posibilidade materializouse nalgúns concellos coa creación do corpo de vixilantes de tráfico<sup>39</sup>.

Finalmente, cómpre salientar, volvendo á reforma introducida pola LRSAL no artigo 25.2 da LRBRL, que esta modificación no eido da seguridade viaria incorporou unha mirada máis global das competencias en seguridade viaria a nivel local, xa que o artigo 25.2 orixinario prevía que os municipios tiñan a competencia de ordenar o tráfico de vehículos e persoas nas vías urbanas; non obstante, tras a modificación da LRSAL, este precepto prevé que os concellos teñen competencia en tráfico,

<sup>38</sup> Neste sentido, *vid.* GARCÍA ARANDA, S., *La autonomía local en la Constitución de 1978*, Ed. Dykinson, Madrid, 2015, p. 68.

<sup>39</sup> ACOSTA GALLO, P., “La seguridad pública en el ámbito local”, *cit.*, p. 308, destaca como nos últimos anos, e como consecuencia do aumento de políticas de seguridade local, se deron supostos en que a policía local obtivo competencias, no sentido en que conseguiu novas funcións ampliando as que xa tiña, pero perdeu outras, é dicir, deixou de exercer algunhas que tradicionalmente executara, como o control do tráfico.

estacionamento de vehículos e mobilidade, así como en transporte colectivo urbano. O concepto mobilidade supera o concepto tradicional de ordenar o tráfico de vehículos e persoas e aposta por unha xestión da mobilidade desde un punto de vista seguro, eficiente e sustentable.

### 3.5 O desenvolvemento normativo en materia de seguridade pública desde as previsións legislativas constitucionais

As disposicións constitucionais en materia de seguridade pública desenvolvéronse a través de dúas normas legais de carácter orgánico:

a) *Lei orgánica 2/1986, do 13 de marzo, de forzas e corpos de seguridade (LOFCS)*

A LOFCS desenvolve basicamente a previsión do artigo 104 CE, así como os aspectos competenciais en materia de seguridade pública (artigo 149.1.29 CE). Esta norma establece que a seguridade pública é competencia exclusiva do Estado; no entanto, prevese que as distintas CC. AA. participarán no mantemento da seguridade pública nos termos que establezan os respectivos estatutos, e os entes locais farano no que estableza a LBRL. Así mesmo, cando se fai referencia ao mantemento da seguridade pública, exercerase por parte das distintas administracións públicas a través das FCS, das cales forman parte tamén, como xa vimos, as policía autonómicas e locais.

Como se pode comprobar con este marco competencial constitucional, estatutario e legislativo mencionado, pódese cualificar a competencia da seguridade pública como multinivel, onde interveñen diferentes administracións territoriais (estatal, autonómica e local); por iso, e de conformidade coa exposición de motivos da LOFCS, que cataloga a seguridade pública como indivisible e o carácter concorrente do exercicio desta competencia, establécese o principio de cooperación recíproca entre os distintos corpos policiais (artigos 12, 38 e 53 LOFCS)<sup>40</sup>.

b) *Lei orgánica 4/2015, do 30 de marzo, de protección da seguridade cidadá (LOSC)*

A LOSC desenvolve diversos aspectos dos artigos 149.1.29 e 104 CE, aínda que á hora de facer referencia ás autoridades competentes en materia de seguridade relaciona órganos da Administración do Estado, e esta norma tamén establece que as autoridades locais continuarán exercendo as facultades correspondentes, de acordo coa LOFCS e a LBRL.

Ademais, a LOSC prevé de xeito específico que os alcaldes e as alcaldesas poderán impor as sancións e adoptar as medidas previstas na LOSC cando as infraccións se leven a cabo en espazos públicos municipais ou afecten a bens de titularidade local, sempre que teñan competencia sobre a materia de acordo coa lexislación específica, unha situación que abre a posibilidade de que mediante ordenanza municipal se poidan introducir especificacións ou graduacións no cadro das infraccións e das sancións tipificadas na LOSC, sempre que non constitúan novas infraccións ou sancións nin alteren a súa natureza e límites co obxectivo de contribuír a unha máis correcta

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 306.

identificación das condutas ou unha máis precisa determinación das sancións correspondentes (artigos 32 e 41 LOSC).

### 3.6 O desenvolvemento normativo en materia de seguridade pública das previsións legislativas estatutarias

Tal como se puxo de manifesto, no desenvolvemento das previsións constitucionais e estatutarias a Generalitat de Cataluña posúe competencias para coordinar as actuacións das policía locais, así como a súa ordenación e o resto das facultades que lle poidan ser atribuídas polas leis. Neste sentido, detallamos o desenvolvemento legislativo que neste contexto realizou o Parlamento de Cataluña:

- a) *Lei 4/2003, do 7 de abril, de ordenación do sistema de seguridade pública de Cataluña (LOSPC)*<sup>41</sup>

É a lei básica sobre esta materia en Cataluña, e ten por obxecto a ordenación das competencias da Generalitat en materia de seguridade pública, especialmente as de policía, e a súa integración coas de protección civil, tráfico, xogo e espectáculos e seguridade privada, nun sistema xeral de seguridade propio de Cataluña participado por outras administracións con competencias nesta materia nos termos que indicamos. E é que o sistema de seguridade pública de Cataluña ten como finalidade a súa contribución ao desenvolvemento de políticas públicas de prevención e protección eficaces na protección de dereitos e liberdades dos cidadáns, na preservación da convivencia e no fomento da cohesión social.

Neste sentido, resaltamos os tres grandes obxectivos da LOSPC: ordenar o sistema de seguridade pública de Cataluña, coordinar as institucións implicadas na seguridade pública e mellorar a participación dos cidadáns para ofrecer un servizo rápido e eficaz<sup>42</sup>. Por outro lado, prevese o despregamento, sobre todo no territorio catalán, do mapa policial e ten á vez unha grande incidencia nos termos municipais, principalmente na creación das xuntas locais de seguridade e nos plans locais de seguridade.

A LOSPC conceptualiza a Policía da Generalitat-Mossos d'Esquadra ou Cos dels Mossos d'Esquadra (CME) en conxunto coas distintas policía locais como a policía propia de Cataluña<sup>43</sup>.

---

<sup>41</sup> *Vid. post* o apartado 5 deste capítulo.

<sup>42</sup> GÓMEZ HERRERO, A., "La Llei catalana del sistema de seguretat pública y el procés de desenvolupament de la policia autonòmica", *Revista Catalana de Seguretat Pública (RCSP)*, n. 16, 2016, p. 131.

<sup>43</sup> Para Gómez Herrero, que o lexislador catalán inclúe na catalogación da policía de Cataluña tanto o CME como os distintos corpos policiais locais pode constituírse como un precedente para unha futura lei de policía de Cataluña na que se inclúa a regulación conxunta destes corpos policiais similar á Lei de policía do País Vasco (GÓMEZ HERRERO, A., "La Llei catalana del sistema de seguretat pública y el procés de desenvolupament de la policia autonòmica", cit., p. 142). Na actualidade, o CME está regulado na Lei 10/1994, do 11 de xullo, da policía da Generalitat de Cataluña-Mossos d'Esquadra, e as diferentes policía locais regúlense na Lei 16/1991, do 10 de xullo, das policía locais, aínda que o 21 de marzo de 2020 finalizou o prazo de consulta previa da elaboración do anteproxecto de lei do sistema de policía de Cataluña, que tería como finalidade regular de xeito conxunto un sistema único de policía de Cataluña con dous corpos policiais: o CME e a policía local de Cataluña, en lugar das 217 actuais. Así mesmo, *vid.* MARTÍNEZ HERNÁNDEZ, A.J., "El sistema de policía de Catalunya: un nou model organitzatiu policial", *Working Papers*, n. 367, Institut de Ciències Polítiques i Socials (ICPS), Barcelona, 2012, que realza unha proposta dun novo modelo organizatiu policial de Cataluña.

b) *Lei 16/1991, do 10 de xullo, das policía locais (LPL)*<sup>44</sup>

A LPL explicita claramente, na súa exposición de motivos, o papel da policía local no sistema de seguridade pública cando establece que “a Lei orgánica 2/1986, do 13 de marzo, de forzas e corpos de seguridade, regula a grandes trazos as policía locais e as considera como un corpo de seguridade máis, ao lado das policía autonómica e do Estado”.

Así pois, no marco desta norma básica, apróbase a LPL de Cataluña, co obxecto de establecer un réxime xurídico homoxéneo que á vez integre os diferentes corpos policiais nun mesmo sistema de seguridade pública e permita a coordinación, cun rigoroso respecto ao principio de autonomía municipal. En canto ao réxime estatutario, ademais das previsións legais, será necesario atender tamén aos regulamentos específicos de cada corpo e outras normas ditadas polos concellos correspondentes<sup>45</sup>.

Esta lei confírelles ás policía locais de Cataluña un amplo abano competencial, baixo o mando do alcalde ou alcaldesa (artigo 4.2, en concordancia tamén co artigo 53.1 letra j. do TRLMC), no eido territorial do termo municipal (artigo 3.4 LOSPC). Cabe dicir que o ámbito competencial das policía locais se atopa restrinxido, sen poderse desenvolver competencias fóra, unicamente limitado aos supostos minimamente establecidos, como a persecución “en quente”, e, neste sentido, sen a posibilidade de mancomunarse con outros municipios, ata a modificación establecida mediante a Lei orgánica 16/2007, do 13 de decembro, complementaria da Lei 45/2007, para o desenvolvemento sostible do medio rural. Antes desta modificación, o Tribunal Constitucional<sup>46</sup> fora rotundo no sentido de prever unicamente a posibilidade de establecer acordos de colaboración entre municipios limítrofes, logo de autorización do *conseller* ou *consellera* competente en materia de interior, para casos de necesidade, sen posibilidade de creación de policía supramunicipais nin de creación extraterritorial de corpos de policía local. Só se admitía, así mesmo, o establecemento de mecanismos de colaboración baseados na adscrición ou transferencia de axentes temporalmente<sup>47</sup>. Mediante a mencionada reforma legal, posibilitouse a creación de policía locais mancomunadas, con boa lóxica tras os repetidos episodios de inseguridade cidadá en moitos municipios, principalmente os rurais, e que non poden contar cun corpo de policía propio por falta de recursos económicos. A nova previsión legal prevé que, cando se trate de municipios limítrofes e pertencentes a unha mesma comunidade autónoma que contén con cadros de persoal de policía insuficientes para poder prestar os seus servizos con garantías, se poderán crear corpos policiais

<sup>44</sup> Que derrogou a Lei 10/1983, do 5 de marzo, de coordinación de policía locais.

<sup>45</sup> Tal como xa se apuntou, Cataluña é un país moi fragmentado polo que respecta á organización municipal, con 947 municipios, dos cales 213 posúen policía local, con máis de 11.000 axentes, que proporcionan servizo directo a unha poboación de máis de 5 millóns de habitantes, o 73% do total catalán, aínda que unicamente se presente nos núcleos de poboación principal, é dicir, o 20% do territorio catalán (Departamento de Interior da Generalitat de Cataluña, 2021).

<sup>46</sup> STC 85/1993, do 8 de marzo.

<sup>47</sup> STC 81/1993 e 86/1993, do 8 de marzo.

mancomunados, co preceptivo informe favorable das administracións autonómica ou estatal, segundo os casos<sup>48</sup>.

Atendendo á diversidade municipal de Cataluña, con moitos pequenos municipios e moi poucos, porcentualmente falando, cunha poboación de máis de 10.000 habitantes –que é o tramo a partir do cal se considera a facultade de constituír un corpo de policía local (artigo 3 LPL)–, a lei prevé outras posibilidades. A LPL establece que os municipios que non dispoñan de policía local poderán dotarse de gardas, vixilantes municipais –que é o nome xeneralizado destes corpos singulares–, alguacís ou similares que exerzan a custodia dos bens, servizos e instalacións e dependencias municipais, a ordenación e regulación do tráfico no núcleo urbano, as tarefas de auxilio ao cidadán, velar polo cumprimento dos regulamentos, ordenanzas, bandos e resolucións municipais, etc. Esta oportunidade tivo unha boa acollida en moitos municipios, e debería potenciarse aínda máis, ben que será necesario velar en todo momento pola coordinación co corpo dos Mossos d'Esquadra.

c) *Lei 4/1997, do 20 de maio, de protección civil de Cataluña (LPCC)*

O artigo 30.4 CE refírese indirectamente á protección civil cando establece que mediante unha lei poderán ser regulados os deberes dos cidadáns nos casos de risco grave, de catástrofe ou de calamidade pública. Neste sentido, o Tribunal Constitucional definiu a “protección civil” como un conxunto de accións dirixidas a evitar, reducir ou corrixir os danos causados a persoas e bens por toda clase de medios de agresión e polos elementos naturais ou extraordinarios en tempos de paz cando a amplitude e a gravidade dos seus efectos son dotados con carácter de calamidade pública.

No réxime local, dentro do núcleo de competencias propias que deben ser exercidas polos municipios, o artigo 25.2.c) LRBRL prevé a “protección civil, prevención e extinción de incendios” nos termos da lexislación do Estado e das CC. AA. nos mesmos termos que o artigo 63.2.c) TRLMC.

O desenvolvemento lexislativo feito en Cataluña en materia de protección civil realizouse a través da LPCC, que culmina a creación dunha estrutura de protección civil integrada nas diversas administracións catalás, Generalitat e entes locais en canto ao Estado. En relación coa Administración local, a sección terceira desta lei establece unha regulación precisa das súas funcións e competencias. Neste sentido, conxugouse a coordinación de actuacións e a integración de plans, medios e servizos co respecto á autonomía dos entes locais, especialmente dos municipios. Por outro lado, os municipios defínense como os entes locais básicos de protección civil en Cataluña os cales dispoñen de capacidade xeral de actuación e de planificación nesta materia, e estes exercen as funcións que lles atribúe a lei e calquera outra que, sen contradicila, resulte necesaria no eido da súa colectividade para a protección das persoas, os bens e o medio ambiente ante situacións de risco colectivo grave, catástrofes ou calamidades públicas. De acordo con estas previsións, corresponde ao pleno dos concellos:

<sup>48</sup> Neste sentido, as primeiras reaccións doutrinais xa deixan entrever algunhas posibles insuficiencias (MAINAR ENE, J.M., “Una nueva policía mancomunada”, *El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados*, n. 18, 2008, pp. 3024-3035).

- Aprobar o plan básico de emerxencia municipal, os plans específicos municipais, os plans de actuación municipal e, en xeral, calquera outro instrumento de planificación de protección civil no ámbito municipal.
- Crear a comisión municipal de protección civil.
- Outras funcións que lle outorgue a lexislación vixente.

Polo que se refire ás competencias do alcalde ou alcaldesa, cómpre dicir que se trata da autoridade local superior de protección civil, sen prexuízo das funcións da persoa titular do departamento competente na materia no Goberno da Generalitat de Cataluña. Neste sentido, os concellos que por lei están obrigados a adoptar plans de protección civil deben crear e manter centros de coordinación operativa nas condicións que fixe por regulamento o *Govern* e, en todo caso, deben actuar en coordinación co Centro de Coordinación Operativa de Cataluña (CECAT). Os municipios con máis de 50.000 habitantes, así como os municipios que, sen chegaren a esta poboación, teñen no seu termo empresas, entes, centros ou instalacións obrigados a adoptar plans de autoprotección, e os municipios de carácter especial tipificados no artigo 17.2 LPCC, deben crear unha *comisión municipal de protección civil*. No resto dos municipios, a creación desta comisión é facultativa e correspóndelle decidilo, se é o caso, ao pleno do concello. A comisión está integrada polo alcalde ou alcaldesa, quen a preside, e polos representantes do concello e das outras administracións que dispoñen de servizos adscritos aos plans municipais; por representantes das entidades colaboradoras en funcións de protección civil e das asociacións de voluntarios e voluntarias, se existen; polos directores ou directoras dos plans de autoprotección das empresa e dos centros do municipio que sexan convocados, e polo persoal técnico que se considere necesario. Esta comisión ten carácter consultivo, deliberante e coordinador, e exerce as funcións que lle sexan asignadas polas leis, regulamentos e ordenanzas municipais.

Expresamente, debe terse en conta tamén que os consellos comarcais son entidades que participan nas tarefas de protección civil en Cataluña e exercen as funcións establecidas pola LPCC e calquera outra normativa que, sen contradicila, resulte necesaria no ámbito da súa colectividade para a protección das persoas, os bens e o medio ambiente. A misión dos consellos comarcais consiste basicamente en proporcionar apoio, asistencia e cooperación ás funcións municipais de protección civil. Os consellos comarcais poden crear e manter un centro de coordinación de emerxencias comarcais, por delegación expresa dos municipios interesados, que debe estar comunicado e debe coordinarse cos centros municipais de coordinación operativa e co CECAT. Así mesmo, os consellos comarcais poden crear comisións comarcais de protección civil, con carácter consultivo, deliberante e coordinador, e de asistencia e cooperación para os municipios. O *Govern* debe determinar por regulamento as funcións.

Por outro lado, cómpre indicar que no EAC se recollen e delimitan de forma expresa, e por primeira vez no ámbito estatutario, as competencias da Generalitat en

materia de emerxencias e protección civil no artigo 132, de acordo co cal corresponde á Generalitat a competencia exclusiva en materia de protección civil, que inclúe, en todo caso, as funcións seguintes:

- A regulación, planificación e execución de medidas relativas ás emerxencias e á seguridade civil.
- A dirección e a coordinación dos servizos de protección civil, que inclúen os servizos de prevención e extinción de incendios.

Estas funcións realizaranse sen prexuízo das facultades dos entes locais na materia e respectando o que estableza o Estado no exercicio das súas competencias en materia de seguridade pública. A Generalitat deberá promover mecanismos de colaboración con outras CC. AA. e co Estado nos casos relativos a emerxencias e protección civil que abrangan un territorio superior ao catalán.

Finalmente, atribúeselle ao Goberno da Generalitat de Cataluña a competencia executiva en materia de salvamento marítimo, nos termos que determine a lexislación do Estado, así como a participación na execución en materia de seguridade nuclear, nos termos acordados nos convenios subscritos para tal efecto e, se é o caso, nas leis.

## 4 As competencias dos entes locais en materia de seguridade pública

O artigo 149.1.29 CE establece –e a LOFCS reitera– que o Estado ten competencia exclusiva en seguridade pública, aínda que o marco xurídico e o ámbito competencial en materia de seguridade pública non se pode restrinxir unicamente a unha interpretación literal do artigo 149.1.29 CE, xa que o desenvolvemento lexislativo do Parlamento de Cataluña e a doutrina do mesmo Tribunal Constitucional configuraron un ámbito competencial moito máis amplo, que mudou notablemente en Cataluña, sobre todo co Estatuto de 2006.

Desde o punto de vista da división territorial do Estado, os entes locais, como Administración territorial, dispoñen de competencias en materia de seguridade pública, aínda que non derivan do texto constitucional, como no caso das outras administracións territoriais, senón da mesma LOFCS. Non obstante, débese ter en conta que o artigo 148.1.22 CE establece que son competencias das CC. AA. a coordinación e outras facultades en relación coas policía locais; polo tanto, desde o punto de vista constitucional, estase a facer unha referencia clara ao feito de que a Administración local ten competencias en materia de seguridade pública.

### 4.1 Competencias en materia de seguridade cidadá

Os entes locais exercen basicamente as competencias en materia de seguridade cidadá a través das súas policía locais, que, como vimos, forman parte das FCS obedecendo a un sistema pluralista e que, como defende o profesor Ballbé Mallol, presenta máis

vantaxes sobre o modelo unitario, entre outros, polo control entre os corpos policiais e pola súa competitividade e mellor resposta ante os problemas da cidadanía<sup>49</sup>. Este último aspecto obsérvase dun xeito moi patente no ámbito local, onde as políticas públicas que adoptan os entes locais poden diferir entre elas. Ademais, debe facerse notar certa tendencia do Goberno central a implicar máis os entes locais no mantemento diario da seguridade pública, como no caso das instrucións ditadas pola fiscalía no sentido de que as policía locais se impliquen no tema da seguridade laboral.

En definitiva, o papel primordial dun servizo público de policía organizado, eficiente e eficaz debe ser dar unha resposta clara e decidida ás necesidades da cidadanía, que é, ao final, a destinataria do servizo. Esta actividade debe desenvolverse sempre con vocación de servizo público.

Os municipios de máis de 10.000 habitantes –e os de menos cando o autorice o departamento con competencias en materia de interior– poden crear un corpo de policía local (artigo 3 LPL), de acordo coas seguintes notas:

- a) A organización da policía local baséase nunha estrutura funcional xerarquizada, dotada da condición de autoridade e coa posibilidade de exercer lexitimamente o uso da forza. Así, os artigos 52 LOFCS e 2 LPL definen a policía local como “un instituto armado de natureza civil con estrutura e organización xerarquizada”.
- b) As funcións da policía local están recollidas basicamente no artigo 11 LPL, coa misión de preservar a convivencia e a protección das persoas e os bens, no marco dos principios de legalidade e proporcionalidade e co respecto pleno aos dereitos fundamentais das persoas. Desde esta perspectiva, o corpo da policía local defínese como un servizo do concello coa finalidade de coadxuvar ao cumprimento dos seus fins e, á vez, como un servizo para a comunidade, cun mandato explícito de coadxuvar ao benestar social e de cooperar con outros axentes sociais nos ámbitos preventivo, asistencial e de rehabilitación.
- c) A coordinación entre os diferentes corpos policiais competentes en materia de seguridade pública (seguridade cidadá, seguridade viaria e protección civil, entre outras) é unha necesidade patente á hora de levar a cabo as súas actuacións. Con esta finalidade, prevese a creación dunha xunta local de seguridade e dunha mesa de coordinación operativa. O despregamento completo dos Mossos d’Esquadra formula a necesidade de potenciar e, se é o caso, ampliar os órganos de coordinación, no marco da LOSPC.

<sup>49</sup> BALLBÉ MALLOL, M., “Principios pluralistas”, Ballbé Mallol, M. e Franch i Saguier, M., *Manual de Derecho Administrativo*, Universidade Autònoma de Barcelona - Axencia Española de Cooperación Internacional, Girona, 2020, pp. 33-72.

## 4.2 Competencias en materia de seguridade viaria

No que respecta á competencia municipal nesta materia, debe partirse do artigo 25.2, letras a e b, LBRL, que establece que o municipio exerce competencias relativas á policía local e ao tráfico, estacionamento de vehículos e mobilidade, o cal necesariamente conduce á lexislación sectorial. A TRLTSV, como xa facía a TALTSV, atribúelles aos entes locais, ou máis concretamente aos municipios, unha competencia propia –e non delegada da Administración do Estado, como resultaba do Código de Circulación– en materia de tráfico nas vías urbanas, que contén unha relación detallada destas competencias, as cales poden ser agrupadas do seguinte xeito:

- a) *Competencias regulamentarias*, que supoñen a regulación, mediante disposicións de carácter xeral, dos usos das vías públicas, facendo compatible a distribución equitativa dos aparcadoiros entre todos os usuarios, coa fluidez necesaria do tráfico rodado e co uso para os viandantes das rúas.
- b) *Competencias executivas*, mediante a ordenación e o control do tráfico nas vías urbanas, que inclúen a vixilancia e a denuncia por parte dos propios axentes das infraccións e a imposición de sancións, a autorización de probas deportivas no núcleo antigo e o peche das vías.
- c) *Competencias preventivas*, que abranguen tanto a inmovilización como a retirada e o depósito dos vehículos que obstaculicen ou dificulten a circulación ou que supoñan un perigo, e tamén a realización das probas para determinar o grao de intoxicación alcohólica ou por estupefacientes, psicotrópicos ou estimulantes dos condutores que circulen polas vías urbanas.

Finalmente, cómpre destacar que en Cataluña a Lei 14/2997, do 24 de decembro, de creación do Servei Català de Trànsit, regula a Comissió Catalana de Trànsit i Seguridade Viària como un órgano consultivo e de participación adscrito ao Servei Català de Trànsit, onde poden participar representantes dos diferentes departamentos da Generalitat que teñen incidencia no tráfico e a seguridade viaria, das organizacións municipais máis representativas de Cataluña e das entidades públicas e privadas vinculadas a esta materia, así como as persoas de recoñecido prestixio no ámbito da seguridade viaria. Esta comisión ten como finalidade actuar como un foro de análise, reflexión, debate e participación para mellorar a seguridade e a xestión do tráfico. A participación das administracións locais neste tipo de órganos permite ter unha visión en conxunto da seguridade viaria e da mobilidade.

### 4.3 As competencias en materia de extinción de incendios

As competencias en prevención e seguridade en materia de extinción de incendios corresponden tanto ao Goberno da Generalitat de Cataluña (art. 132.1 EAC)<sup>50</sup> como aos municipios (art. 84 EAC)<sup>51</sup>. E, neste marco, a Lei 5/1994, do 4 de maio, de regulación dos servizos de prevención e extinción de incendios e de salvamento de Cataluña (LRSPEIS), establece que, de conformidade coa lexislación de réxime local, os municipios con máis de vinte mil habitantes terán que prestar o servizo de prevención e extinción de incendios, xa que esta materia se constitúe como un servizo mínimo (artigo 64 TRMLC). Porén, a mesma LRSPEIS prevé que estes concellos, cando cumpran os requisitos legais, poderán solicitarlle a dispensa da prestación do servizo ao Goberno da Generalitat. En caso de dispensa, como no caso dos concellos de menos de vinte mil habitantes, quen prestará o servizo de prevención e extinción de incendios será a Generalitat. Esta previsión legal comporta que, no caso de Cataluña, a prevención e a extinción de incendios sexa prestada maioritariamente polo corpo de bombeiros da Generalitat, agás algún consistorio, que o fai de xeito propio, como o caso do Concello de Barcelona, que mantén o seu propio corpo de bombeiros.

Por outro lado, a Lei 3/2010, do 18 de febreiro, de prevención e seguridade en materia de incendios en establecementos, actividades, infraestruturas e edificios (LPSIEAIE), establece como competencia municipal as funcións necesarias para rexer a seguridade en caso de incendio dentro do municipio nos termos que establece a normativa de aplicación, en especial as funcións normativas de control, de inspección, de informe e sancionadoras, todo iso sen prexuízo da supervisión e o control superiores reservados á Administración da Generalitat. Ademais, prevé que lles corresponde aos concellos a verificación das condicións de seguridade en caso de incendio nos casos en que teñan a competencia para conceder a licenza de obras ou de actividades, directamente ou ben por medio das entidades colaboradoras da Administración previamente autorizadas.

### 4.4 As competencias en materia de protección civil

Tanto nas normas do réxime local estatal como nas específicas de protección civil (artigos 47 a 51 LPCC), e en particular no artigo 66.3.c) TRLMC, outórganelles competencias aos entes locais en materia de protección civil. Así, a lexislación conceptúa os municipios como aquelas entidades básicas da protección civil en Cataluña que dispoñen de capacidade xeral de actuación e de planificación nesta materia e exercen funcións necesarias no ámbito da súa colectividade para a protección das persoas,

<sup>50</sup> O artigo 132.1. EAC establece que "lle corresponde á Generalitat a competencia exclusiva en materia de protección civil, que inclúe, en todo caso, a regulación, a planificación e a execución de medidas relativas ás emerxencias e á seguridade civil, e tamén a dirección e a coordinación dos servizos de protección civil que inclúen os servizos de prevención e extinción de incendios, sen prexuízo das facultades nesta materia dos gobernos locais e respectando o que estableza o Estado no exercicio das súas competencias en materia de seguridade pública".

<sup>51</sup> O artigo 84 EAC prevé a protección civil e a prevención de incendios como unha competencia propia dos gobernos locais de Cataluña nos termos que determinen as leis.

os bens e o medio ambiente ante situacións de risco colectivo, catástrofes ou calamidades públicas.

Os municipios cunha poboación superior aos vinte mil habitantes e os que teñan a consideración de turísticos ou de risco especial pola súa situación xeográfica ou actividade industrial, independentemente do seu número de habitantes, teñen a obriga de elaborar e aprobar un plan básico de emerxencia municipal, e para o resto dos municipios será potestativa a elaboración.

Os municipios afectados por riscos obxecto de plans especiais aprobados polo Goberno da Generalitat deberán incorporar as previsións derivadas do plan especial nos seus plans de actuación municipal en todo aquilo que lles afecte. Así mesmo, os municipios afectados por riscos concretos diferentes dos considerados nos plans especiais aprobados polo Goberno da Generalitat poderán elaborar e aprobar plans específicos municipais para xestionar estes riscos concretos.

Ante a diversidade de plans prevista na Lei 4/1997, do 20 de maio, de protección civil de Cataluña (LPCC), aprobouse o Decreto 155/2014, do 25 de novembro, polo cal se aproba o contido mínimo para a elaboración e homologación dos seus plans de protección civil municipais e se establece o procedemento para a tramitación conxunta, co obxectivo de facilitar a elaboración e a tramitación dos plans de emerxencia a escala municipal, motivo polo cal se determinou que todos os plans de emerxencia municipal quedasen recollidos nun único documento chamado *Document únic de protecció civil municipal* (DUPROCIM), onde se recollen todos os riscos que afectan a un municipio de conformidade cos diferentes plans de emerxencia municipais.

Desde un punto de vista técnico-xurídico, os municipios teñen a obriga de adaptar e dimensionar o contido mínimo dos plans de protección civil en función dos riscos que poidan producirse no seu interior e da súa capacidade técnica e funcional, e respectar as indicacións recollidas nas diferentes guías técnicas aprobadas pola dirección xeral competente en materia de protección civil. Unha vez elaborados estes plans municipais de protección civil, teñen que someterse a información pública e a Comisión Municipal de Protección Civil, se existe,<sup>52</sup> elaborará un informe, para finalmente, e en tramitación conxunta, seren aprobados polo pleno do concello<sup>53</sup>. A aprobación materialízase mediante o DUPROCIM, que, unha vez feito, se somete á Comisión de Protección Civil de Cataluña para que poida homologar os diferentes plans previstos neste documento.

Os plans de protección civil municipais deben revisarse cada catro anos. A finalidade da revisión responde ao modelo catalán de protección civil baseado na planificación preventiva. A revisión periódica dos plans de protección civil de ámbito municipal permite reexaminar os riscos existentes no municipio, así como a súa planificación e os recursos operativos para intervir do concello e adoptar as medidas correctoras necesarias.

<sup>52</sup> Vid. apartado 3.6.c) deste capítulo para coñecer as funcións e a composición da Comisión Municipal de Protección Civil.

<sup>53</sup> Cómpre destacar que os concellos poden solicitar apoio e asistencia técnica na elaboración dos plans municipais de protección civil á dirección xeral competente en materia de protección civil, aos consellos comarcais ou ao resto de administracións supramunicipais. Esta asistencia pódena recibir todos os municipios cataláns, independentemente de se teñen a obriga ou non de elaborar plans municipais de protección civil.

## 5 O sistema de seguridade pública de Cataluña

O sistema de seguridade pública de Cataluña atópase regulado, como vimos, pola LOSPC, que fai unha especial referencia á coordinación entre as diferentes administracións competentes en materia de seguridade pública, en particular a Generalitat de Cataluña e os concellos, un sistema que se fundamenta na policía de Cataluña, integrada polo corpo de policía da Generalitat-Mossos d'Esquadra e os máis de 200 corpos de policía local.

O obxecto da LOSPC é a ordenación das competencias da Generalitat en materia de seguridade pública, especialmente a da policía (policía da Generalitat e policía locais) e a súa integración coas de protección civil, tráfico, xogo e espectáculos e seguridade privada, nun sistema de seguridade propio de Cataluña, participado polas outras administracións con competencia nesta materia, como os entes locais (artigo 1)<sup>54</sup>.

O sistema abastécese, de acordo co artigo 2 LOSPC, sobre un conxunto de principios xerais que a inspiran:

- Prevención de riscos e ameazas.
- Adecuación do servizo público á demanda social.
- Proximidade aos cidadáns e descentralización dos servizos públicos.
- Eficacia da acción pública e eficiencia na asignación de recursos e medios.
- Planificación e avaliación das actuacións.
- Proporcionalidade da intervención pública.
- Corresponsabilidade e complementariedade de autoridades e administracións.
- Coordinación e cooperación entre autoridades, administracións e servizos.
- Transparencia e información aos cidadáns.

Os distintos órganos que integran o sistema de seguridade son as autoridades de seguridade, os corpos policiais e outros servizos, públicos ou privados, de seguridade, e os órganos de coordinación e participación en materia de seguridade (artigos 3 e 4 LOSPC).

As autoridades de seguridade, en virtude do artigo 4 LOSPC, son as seguintes: Goberno da Generalitat, *conseller* ou *consellera* competente en materia de interior, delegados ou delegadas territoriais do *Govern*, alcaldes e alcaldesas e órganos da

<sup>54</sup> Debe destacarse que, aínda que regule este marco competencial tan amplo, a finalidade da lei non é redactar un texto refundido de normas legais relacionadas coa seguridade pública en Cataluña, é dicir, agrupar nun único texto legal o conxunto de normas catalás relacionadas coa materia, senón constituír unha nova estrutura do sistema de seguridade pública de Cataluña cunha visión de conxunto (GÓMEZ HERRERO, A., "La Llei catalana del sistema de seguretat pública y el procés de desenvolupament de la policia autonòmica", cit., p. 131).

Generalitat ou dos concellos con competencia en materia de seguridade pública, expresa ou por delegación.

Os artigos 9 a 13 LOSPC establecen un amplo abano de órganos de coordinación e participación, cunha base de distribución territorial. Os máis próximos ao ámbito municipal son a Xunta Local de Seguridade, a Mesa de Coordinación Operativa e a Comisión Rexional de Seguridade. Así mesmo, a LOSPC prevé diferentes ferramentas de planificación que fomentan a coordinación da seguridade e unha actuación integrada, como o Plan xeral de seguridade de Cataluña e os plans de seguridade local.

## 5.1 A Xunta Local de Seguridade

O órgano principal de coordinación en materia de seguridade cidadá no municipio é a Xunta Local de Seguridade<sup>55</sup>, á cal a LOSPC dota dun significado especial, sobre todo polo papel significativo que o alcalde ou alcaldesa ten ao presidila. Así, de acordo co artigo 9 LOSPC, naqueles municipios que teñan policía local debe crearse unha Xunta Local de Seguridade como un órgano colexiado de colaboración e coordinación xeral dos distintos corpos de policía e outros servizos de seguridade que operan nos seus territorios e de participación cidadá no sistema de seguridade. Unha das funcións máis destacadas da Xunta Local de Seguridade é a aprobación do Plan de seguridade local.

A Xunta está integrada pola alcaldesa ou o alcalde, que a preside, e os vogais permanentes seguintes, con voz e voto:

- a) A delegada ou delegado territorial do Goberno da Generalitat, quen pode delegar a súa representación no subdirector ou subdirectora xeral.
- b) A rexedora ou rexedor delegado en materia de seguridade cidadá.
- c) A xefa ou o xefe da comisaría da Policía da Generalitat-Mossos d'Esquadra do concello ou, se non, a xefa ou xefe da área básica policial ou o mando que designe nos termos fixados por regulamento.
- d) A xefa ou o xefe da policía local ou o mando que se designe nos termos fixados regulamentariamente.

As Xuntas Locais de Seguridade teñen que crear unha Mesa de Coordinación Operativa en cada municipio como órgano permanente e estable de coordinación e de cooperación dos diversos corpos e servizos de seguridade no municipio, constituída polos xefes da policía da Generalitat-Mossos d'Esquadra e da policía local<sup>56</sup>.

Finalmente, hai que pór de relevo a vía convencional en materia de seguridade cidadá, xa que a LOSPC fai mención específica ao artigo 27 e porque constitúe un

<sup>55</sup> Debe destacarse que o artigo 54 LOFCS xa prevía a posibilidade de constituír unha Xunta Local de Seguridade naqueles municipios que tivesen policía local propia. A finalidade de constituír este órgano era materializar o principio de cooperación recíproca e de coordinación das FCS no ámbito territorial municipal. Neste sentido, *vid.* GÓMEZ HERRERO, A., "La Llei catalana del sistema de seguretat pública y el procés de desenvolupament de la policía autonòmica", cit., p.140.

<sup>56</sup> *Vid.* apartado 5.2 deste capítulo.

instrumento básico de coordinación e colaboración do sistema en cada municipio dotado de policía local<sup>57</sup>.

## 5.2 A Mesa de Coordinación Operativa

A Mesa de Coordinación Operativa defínese como “o órgano permanente e estable de coordinación e cooperación dos distintos corpos e servizos de seguridade no municipio” (artigo 11 LOSPC), creada pola Xunta Local de Seguridade e formada polos xefes/as da policía da Generalitat-Mossos d’Esquadra e da policía local, que poderán ser asistidos por funcionarios e técnicos en función das actuacións que se desenvolvan, así como para aqueloutros mandos de policía ou de seguridade que a Xunta designe.

As funcións da Mesa, co fin de mellorar a eficiencia e a coordinación das actuacións en materia de seguridade pública, son:

- a) Executar acordos da Xunta Local de Seguridade, de conformidade coas previsións establecidas na mesma Xunta.
- b) Asegurar o intercambio de información entre os corpos e os servizos de seguridade que actúan no municipio por medio dos instrumentos e os procedementos establecidos pola normativa vixente e o convenio suscrito.
- c) Asegurar a coordinación operativa das actuacións dos diversos corpos e servizos de seguridade no municipio e a dos recursos en materia de seguridade presentes no municipio.
- d) Elaborar propostas de plans de seguridade e de coordinación de servizos e presentarllos á Xunta Local para que, se é necesario, os aprobe.
- e) Elevar á Xunta Local de Seguridade as propostas que crean convenientes co fin de mellorar a colaboración entre os distintos corpos e servizos de seguridade e a súa eficacia e eficiencia no municipio.
- f) O resto das funcións que lle sexan encomendadas pola Xunta Local de Seguridade e a normativa vixente.

## 5.3 A Comisión Rexional de Seguridade

A Comisión Rexional de Seguridade integra os municipios dunha mesma rexión policial<sup>58</sup> co fin de analizar e valorar a situación da seguridade pública no conxunto

<sup>57</sup> Esta práctica convencional é habitual en países como, por exemplo, Alemaña (sobre todo á hora de subscribir convenios en materia de policía e seguridade entre os *Länder* e a Federación ou *Bund*), onde foi moi utilizada, malia non estar prevista na lei fundamental. Neste sentido, *vid. in totum*, FUENTES I GASÓ, J.R., *Alemania un modelo de policía y seguridad para Europa*, cit.

<sup>58</sup> Enténdese por rexión policial a agrupación de diversas áreas básicas policiais (artigo 20 LOSPC).

de municipios da rexión e así definir as políticas públicas de seguridade e analizar os recursos dispoñibles para executalas.

Por outro lado, unha das funcións primordiais da Comisión é a elaboración dos plans de seguridade, eleválos aos órganos decisorios competentes para a súa aprobación e facer o seguimento unha vez aprobados. Ademais, debe elaborar o Plan de seguridade rexional, que deberá ser aprobado polo *conseller* ou a *consellera* do departamento con competencias en materia de seguridade pública, tendo en conta os plans de seguridade locais dos municipios abrangidos na rexión policial e as directrices do Plan xeral de seguridade de Cataluña<sup>59</sup>.

A Comisión ten que coñecer os plans de emerxencias, os de seguridade viaria, os de seguridade en eventos deportivos, de xogo e espectáculos, e todos aqueles que poidan afectar á seguridade dos municipios que a integran e elaborar os informes que crean convenientes para presentarllelos aos órganos que sexan procedentes.

Para cumprir con estas funcións, en virtude do artigo 12.2 LOSPC, as comisións rexionais de seguridade están formadas por<sup>60</sup>:

- a) A *consellera* ou *conseller* do departamento con competencias en materia de seguridade pública, que a preside, ou a persoa en quen delegue.
- b) As alcaldesas ou alcaldes dos municipios que a integran, que poden delegar a súa representación na rexedora ou rexedor competente en materia de seguridade.
- c) A delegada ou delegado territorial do Goberno da Generalitat, que pode delegar a súa representación no subdirector ou subdirectora xeral.
- d) A xefa ou o xefe da comisaría da rexión policial, ou o mando en quen delegue.
- e) A xefa ou o xefe da comisaría da área básica policial, ou o mando en quen delegue.
- f) As xefas ou os xefes da policía municipal, se é o caso.

Se a Administración do Estado o encontra procedente, poderán asistir como vogais e, polo tanto, con voz e voto, no ámbito das súas competencias, os xefes/as da Garda Civil e do Corpo Nacional de Policía que teñan responsabilidades funcionais no municipio. Así mesmo, a Administración do Estado poderá invitar representantes da xudicatura e da fiscalía se o requiren os asuntos que deban tratarse, aínda que con voz pero sen voto.

A presidenta ou o presidente da Comisión Rexional de Seguridade pode invitar representantes das entidades cidadás que actúen no seu ámbito territorial e se vexan afectadas polos asuntos que deban tratarse nestas sesións, os cales poderán asistir con voz pero sen voto. Así mesmo, a presidencia pode requirir a asistencia dos

---

<sup>59</sup> *Vid.* o apartado 5.4. deste capítulo.

<sup>60</sup> Tanto a presidencia como as ou os vogais poderán requirir o persoal técnico necesario, segundo os temas que se teñan que tratar, con voz pero sen voto.

responsables dos servizos de seguridade privada que actúen no seu ámbito territorial, como mostra da tendencia ascendente de reforzar as relacións entre a seguridade pública e privada.

## 5.4 O Plan xeral de seguridade de Cataluña

O Plan xeral de seguridade de Cataluña é o instrumento onde se recolle o conxunto de previsións relacionadas con riscos, actuacións e medios, incluídos os de seguridade privada, en materia de seguridade cidadá, emerxencias, seguridade viaria e outros que afecten á convivencia cidadá e á seguridade das persoas e dos bens en Cataluña. Por outro lado, ten un papel capital para lograr a coordinación e a integración adecuadas porque recolle as directrices e os criterios técnicos que deben respectarse para a elaboración dos plans rexionais e locais de seguridade.

O Plan apróbase por parte do Goberno da Generalitat, por proposta da *consellera* ou *conseller* do departamento competente en materia de seguridade pública e co coñecemento previo da Comisión de Goberno para a Seguridade e do Consello de Seguridade de Cataluña, quen terá realizado diferentes recomendacións para ter en conta na súa elaboración. Finalmente, debe presentarse no Parlamento de Cataluña.

## 5.5 O Plan local de seguridade

Nos últimos anos evolucionou a resposta ante os conflitos relacionados coa seguridade, que pasou de ser un modelo reactivo, en que se activaban os axentes en función da necesidade do momento, a un modelo preventivo, onde a planificación é clave para anticiparse ao risco. Neste modelo local de seguridade, os plans locais de seguridade foron unha ferramenta planificadora que funcionou como unha guía de traballo para o municipio<sup>61</sup>.

O Plan local de seguridade permite realizar un diagnóstico da seguridade a nivel local analizando os datos recompilados para a súa elaboración (enquisas de vitimización, mapas de riscos, estatísticas municipais dos diferentes órganos e axentes relacionados coa seguridade –policía, bombeiros, protección civil, axentes sociais, etc.– e todas aquelas que se consideren necesarias). Recompiladas estas informacións, procederase a elaborar unha DAFO (debilidades, ameazas, fortalezas e oportunidades) que nos permitirá obter unha análise cualitativa do estado da seguridade no ámbito municipal, tanto desde un punto de vista de seguridade obxectiva como subxectiva<sup>62</sup>.

<sup>61</sup> Neste sentido, González Martín afirma que os plans locais de seguridade son o xeito de materializar os obxectivos estratéxicos municipais no ámbito da seguridade (GONZÁLEZ MARTÍN, C.D., "Plan local de seguridade. Análisis de los factores, planificación, objetivos y evaluación. La participación de la policía autonómica", VV.AA., *Seguridad urbana, urbanismo y entornos urbanos*, Dykinson, Madrid, 2011, p. 72).

<sup>62</sup> Con este coñecemento marcaranse os obxectivos, tanto no ámbito xeral como específico. Os obxectivos xerais deben ser obxecto do plan de seguridade, mentres que os específicos son os que nos permitirán conseguir os obxectivos xerais. Tanto uns como os outros deben ter indicadores que nos permitan avaliar de xeito continuado a súa consecución.

A planificación das actuacións que se levarán a cabo no Plan local de seguridade deben estar priorizadas por orde de intervención en función da súa importancia, e será necesario identificar os axentes intervinientes e o cronograma que se ten que executar. Estas actuacións pódense agrupar en subplanos competenciais, en función das actuacións a executar, subplanos no ámbito policial, de protección civil, de seguridade viaria, etc.<sup>63</sup>.

## 6 Epílogo

Tradicionalmente, dise que o sistema policial do Estado español –e, polo tanto, o catalán– responde a un “modelo policial descentralizado”, aínda que esta característica é máis formal que material, “na medida en que a policía se caracteriza pola coexistencia no seu seo de corpos estatais, autonómicos e locais, aos que poderían engadirse forzas policiais de base territorial distinta; así, por exemplo, as coincidentes cos territorios forais”<sup>64</sup>.

Neste sentido, o eixe central da seguridade cidadá en Cataluña é o municipio, onde a alcaldesa ou o alcalde é a máxima autoridade nesta materia, nun sistema de policía formado pola Policía Local e a Policía da Generalitat–Mossos d’Esquadra. Un sistema que “supuxo un grande avance evolutivo moito máis elevado nesta materia que noutros territorios do Estado. A LOSPC supuxo a creación dun sistema no que todos os actores da seguridade deben ocupar o seu lugar e facelo funcionar de forma coordinada”<sup>65</sup>.

O sistema de seguridade pública de Cataluña abrangue a seguridade nun sentido “integral”, é dicir, “desde a perspectiva da prevención e a reacción contra as distintas ameazas, perigos e danos que os cidadáns poidan sufrir na súa integridade persoal e nos seus dereitos, en conxunto. Neste sentido, para moitos, o «sistema de seguridade» catalán está conformado por dous grandes ámbitos: a xestión da seguridade cidadá –que se prevé fundamentalmente mediante policía local e policía autonómica– e a xestión das emerxencias –que combina efectivos profesionais e voluntarios–”<sup>66</sup>.

Hai que sinalar que a seguridade, na súa acepción integral, incorpora un compoñente básico importante: a prevención. Neste sentido, as administracións públicas, e en particular os entes locais, construíron un conxunto de órganos e servizos e deseñaron instrumentos e medidas para previr os riscos e os perigos que afectan aos dereitos dos cidadáns e das cidadás; os primeiros, a vida, a saúde e a integridade.

Ante este panorama, podemos afirmar que os concellos teñen atribuídas amplas competencias en materia de seguridade pública que abranguen a seguridade cidadá,

<sup>63</sup> Habitualmente, establécese unha dirección do Plan de seguridade local que se coordina coas ou cos responsables de execución dos subplans ou áreas temáticas para velar polo seu cumprimento (Vid. GONZÁLEZ MARTÍN, C.D., “Plan local de seguridade. Análisis de los factores, planificación, objetivos y evaluación. La participación de la policía autonómica”, cit., p. 77-80).

<sup>64</sup> ABDELKADER GARCÍA, J.M., *Modelos de seguridad y policía en campus universitarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 230.

<sup>65</sup> FUENTES I GASÓ, J.R. e ABDELKADER GARCÍA, J.M., “El marc jurídic del model policial en el dret estatal i autonòmic. Especial referència a l’ordenació policial de l’àmbit local català”, cit., p. 154.

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 155.

a seguridade viaria, a protección civil e a extinción de incendios, principalmente, uns campos nos cales queda moito por explorar e onde, sen dúbida, os gobernos locais teñen todo un mundo para aplicar e innovar para poder ofrecer o mellor servizo aos cidadáns e cidadás de Cataluña.

Neste sentido, podemos establecer que o “modelo de seguridade” do Estado deu lugar en Cataluña a un verdadeiro e articulado “sistema de seguridade” propio –se nos acolleamos á nomenclatura da lexislación catalá–, que debe mellorar e afondar sobre a base da construción dunha nova “cultura administrativa policial” que pouco a pouco está a impregnar as diferentes organizacións que participan, “de xeito que tanto a poboación en xeral como o persoal ao servizo dos entes públicos concorren na súa formación”<sup>67</sup>.

En definitiva, a realidade demostrou a importancia dos entes locais na xestión da seguridade pública polo feito de que é a Administración máis próxima á cidadanía e a primeira que responde ás súas necesidades con vocación de servizo, no marco do sistema de seguridade de Cataluña.

## Bibliografía

- ABDELKADER GARCÍA, J.M., *Modelos de seguridad y policía en campus universitarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- ACOSTA GALLO, P., “La seguridad pública en el ámbito local”, García Rubio, F. (coord.), *Análisis de las repercusiones de la reforma local sobre la organización, competencias y servicios de las entidades locales*, INAP, Madrid, 2015.
- AGUADO I CUDOLÀ, V., “Estudio preliminar: la seguridad como sistema al servicio de la ciudadanía”, *Revista Catalana de Seguridade Pública (RCSP)*, n. 16, 2006.
- AGUADO I CUDOLÀ, V., “El ressorgir dels serenos a l'àmbit local: entre la seguretat privada i la convivència ciutadana”, *Revista Catalana de Dret Públic (RCDP)*, n. 61, 2020.
- AGUIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, I., “Las competencias estatales y autonómicas en materia de seguridad pública y privada. ¿Se opera algún cambio con el nuevo Estatuto para Catalunya?”, *Revista Catalana de Seguridade Pública (RCSP)*, n. 16, 2006.
- AMOEDO SOUTO, C.A., “La cooperación policial en la Unión Europea: su repercusión en el modelo español de seguridad pública”, *Revista Catalana de Seguridade Pública (RCSP)*, n. 16, 2006.
- BALLBÉ MALLOL, M., “Fuerzas de Orden Público”, Peces Barba, G., et al., *La izquierda y la Constitución*, Taula de Canvi, Barcelona, 1978.
- BALLBÉ MALLOL, M., *Orden público y militarismo en la España constitucional (1812–1983)*, 2.<sup>a</sup> ed., Alianza Editorial, Madrid, 1985.
- BALLBÉ MALLOL, M., “Deu anys de seguretat i policia autonòmiques”, *Revista Catalana de Dret Públic (RCDP)*, n. 12, 1990.

<sup>67</sup> FUENTES I GASÓ, J.R., “El desenvolupament d’una cultura administrativa europea”, VV.AA., *Les administracions en perspectiva europea*, Escola de Administración Pública de Cataluña, Barcelona, 2012, p. 80.

- BALLBÉ MALLOL, M., “El modelo de pluralidad policial y la Guardia Civil”, *Cuadernos de la Guardia Civil*, n. 5, 1991.
- BALLBÉ MALLOL, M., “Le défis du système policier pluraliste en Espagne”, *Les Cahiers de la Sécurité Intérieure*, n. 7, Ministère de l’Intérieur, París, 1991.
- BALLBÉ MALLOL, M., “Modelos policiales comparados: el horizonte europeo”, *Harlax, Revista Técnica de la Ertzaina*, n. 3 e 4, 1991.
- BALLBÉ MALLOL, M., “Modelos policiales comparados”, *Seguridad y estado autonómico, VII Seminario Duque de Ahumada (8, 9 y 10 de mayo de 1995)*, Ministerio de Xustiza e Interior, Madrid, 1996.
- BALLBÉ MALLOL, M., “Prólogo”, Fuentes i Gasó, J.R. (autor), *Alemania, un modelo de policía y seguridad para Europa*, CEDECS, Barcelona, 2002 (3.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2020).
- BALLBÉ MALLOL, M., “Principios pluralistas”, Ballbé Mallol, M. e Franch i Saguer, M., *Manual de Derecho Administrativo*, Universitat Autònoma de Barcelona - Axencia Española de Cooperación Internacional, Girona, 2002.
- BALLBÉ MALLOL, M., “Estudis sobre l’autogovern de Catalunya”, *Estudis sobre l’autogovern de Catalunya-Testimonis parlamentaris*, Publicacions del Parlament de Catalunya, Barcelona, 2003.
- BALLBÉ MALLOL, M., “La actividad del Tribunal Europeo en materia de seguridad ciudadana”, *Seguridad ciudadana y globalización, XIV Seminario Duque de Ahumada (8 y 9 de mayo de 2002)*, Ministerio del Interior, Madrid, 2003.
- BALLBÉ MALLOL, M., “Prólogo: el nuevo concepto de seguridad”, Fernández Pereira, J.P., *La Seguridad Humana*, Ariel, Barcelona, 2006.
- BALLBÉ MALLOL, M., “Seguridade global per a una Catalunya global”, *Diàlegs Interiors*, vol. 1, Departament d’Interior, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2006.
- BALLBÉ MALLOL, M., “El futuro del derecho administrativo en la globalización: entre la americanización y la europeización”, *Revista de Administración Pública*, n. 174, 2007.
- BALLBÉ MALLOL, M., “Principios pluralistas”, Ballbé Mallol, M. e Franch i Saguer, M., *Manual de Derecho Administrativo*, Universitat Autònoma de Barcelona - Axencia Española de Cooperación Internacional, Girona, 2020.
- BARCELONA LLOP, J., *El régimen jurídico de la policía de seguridad*, HAEE/IVAP, Oñati, 1988.
- BARCELONA LLOP, J., “Responsabilidad por daños derivados de actuaciones policiales”, *Documentación Administrativa (DA)*, n. 237-238, xaneiro-xuño 1994.
- BARCELONA LLOP, J., “Reflexiones constitucionales sobre el modelo policial español”, *Revista Española de Derecho Constitucional (REDC)*, n. 48, 1996.
- BARCELONA LLOP, J., *El sistema policial español desde el prisma competencial y funcional. Actualidad y perspectivas de futuro*, Institut d’Estudis Autonòmics, Barcelona, 1997.

- BARCELONA LLOP, J., “Policías locales y competencias municipales en materia de seguridad y policía”, *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, n. 95, 1997.
- BARCELONA LLOP, J., “La administración de la seguridad ciudadana: selección de problemas a comienzos del siglo XXI”, *Revista Vasca de Administración Pública (RVAP)*, n. 64, 2002.
- BARCELONA LLOP, J., *Sobre el modelo policial español y sus posibles reformas*, Fundación Alternativas, Madrid, 2006.
- BARCELONA LLOP, J., *La protección civil municipal*, Ed. Iustel, Madrid, 2007.
- BOSCH I MESTRES, J. e CURBET I HEREU, J., “Protecció ciutadana”, Borja Sebastià, J. (coord.), *Manual de Gestión Municipal Democrática*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1987.
- CAPELL MANZANARES, J.M., “La actuación policial: causada de nulidad”, *Revista Catalana de Seguridade Pública (RCSP)*, n. 22, 2010.
- CAPELL MANZANARES, J.M., *Ser policia*, Plataforma, Barcelona, 2011.
- CARRASQUILLA NIETO, M. e VIRGILI ABELLÓ, X., *La Guàrdia Urbana de Tarragona. 150 anys de servei*, Arola, Tarragona, 2007.
- CASINO RUBIO, M., “El orden y la seguridad pública y privada”, Cano Campos, T. (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*, tomo VII, Iustel, Madrid, 2009.
- CURBET I HEREU, J., *Democràcia i Policia*, Direcció General de Seguridade Ciutadana, Barcelona, 1983.
- CURBET I HEREU, J., *La Policia del Quebec, un model per a Catalunya?*, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1987.
- CURBET I HEREU, J., *Una seguridad ilusoria*, Barcelona, Institut de Ciències Polítiques i Socials, Barcelona, 2003.
- CURBET I HEREU, J., *El rey desnudo. La gobernabilidad de la seguridad ciudadana*, UOC, Barcelona, 2009.
- CURBET I HEREU, J., “Inseguretat global, seguretat mundicèntrica”, *Revista Catalana de Seguridade Pública (RCSP)*, n. 24, 2011.
- DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, L.M., “Policía Local”, Muñoz Machado, S. (dir.), *Tratado de Derecho Municipal*, vol. II, Civitas, Madrid, 1988.
- FRIAUF, K.H., “Polzei- und Ordnungsrecht”, Schmidt-Assmann, E. (ed.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 6.ª ed., Berlín, 1986.
- FUENTES I GASÓ, J.R., *Alemania, un modelo de policía y seguridad para Europa*, CEDECS, Barcelona, 2002 (3.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2020).
- FUENTES I GASÓ, J.R., “El régimen local de Cataluña y la viabilidad de articulación de una planta política y administrativa propia después de la sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de junio de 2010”, *Revista Catalana de Dret Públic. Especial Sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006*, 2010.

- FUENTES I GASÓ, J.R., “El desenvolupament d’una cultura administrativa europea”, VV.AA., *Les administracions en perspectiva europea*, Escola d’Administració Pública de Catalunya, Barcelona, 2012.
- FUENTES I GASÓ, J.R., “Consecuencias de la Ley 27/2013, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, en el régimen local de Cataluña”, *Revista Vasca de Administración Pública (RVAP)*, n. 101, 2015.
- FUENTES I GASÓ, J.R., “El Régimen Jurídico de la prevención de peligros en Alemania: la vigencia de un modelo histórico”, *Revista Aragonesa de Administración Pública (RAAP)*, n. 49-50, 2017.
- FUENTES I GASÓ, J.R. e ABDELKADER GARCÍA, J.M., “El marc jurídic del model policial en el dret estatal i autonòmic. Especial referència a l’ordenació policial de l’àmbit local català”, Fuentes i Gasó, J.R. e Capell i Manzanares, J.M. (coords.), *La policia local a Catalunya*, vol. 1, Diputació de Barcelona, Barcelona, 2016.
- FUENTES I GASÓ, J.R. e CAPELL I MANZANARES, J.M., *La policia local a Catalunya*, vol. 1 y vol. 2, Diputació de Barcelona, Barcelona, 2016.
- GARCÍA ARANDA, S., *La autonomía local en la Constitución de 1978*, Ed. Dykinson, Madrid, 2015.
- GARCÍA RUBIO, F., *Análisis de las repercusiones de la reforma local sobre la organización, competencias y servicios de las entidades locales*, Ed. INAP, Madrid, 2015.
- GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo II, 7.ª ed., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.
- GENERALITAT DE CATALUNYA, *Llibre Blanc per la Transició Nacional de Catalunya*, Departament de la Presidència, Barcelona, 2014.
- GIL MÁRQUEZ, T., *El sistema de seguridad pública en la Constitución española de 1978*, Tesis doctoral, Universitat Abat Oliba-CEU, Barcelona, mayo 2004.
- GODICHEAU, F., “Orígenes del concepto de orden público en España: su nacimiento en un marco jurisdiccional”, *Ariadna Histórica. Lenguajes, Conceptos, Metáforas*, n. 2, 2013.
- GÓMEZ HERRERO, A., “La Llei catalana del sistema de seguretat pública y el procés de desenvolupament de la policia autonòmica”, *Revista Catalana de Seguridade Pública (RCSP)*, n. 16, 2016.
- GONZÁLEZ MARTÍN, C.D., “Plan local de seguridad. Análisis de los factores, planificación, objetivos y evaluación. La participación de la policía autonómica”, VV.AA., *Seguridad urbana, urbanismo y entornos urbanos*, Dykinson, Madrid, 2011.
- GUILLÉN LASIERRA, F., “La competència autonòmica sobre coordinació de les policies locals a la llum de la recent jurisprudència constitucional”, *Revista Catalana de Dret Públic (RCDP)*, n. 16, 1993.
- JAR CONSUELO, G., *Modelos comparados de policía*, Dickinson, Madrid, 2000.
- LÓPEZ-NIETO MALLO, F., *Seguridad ciudadana y orden público*, El Consultor, Madrid, 1992.
- LLISET BORRELL, F., “Los cuerpos de policía provincial”, *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, n. 65, 1990.
- MAINAR ENE, J.M., “Una nueva policía mancomunada”, *El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados*, n. 18, 2008.

- MARTÍNEZ HERNÁNDEZ, A.J., “El sistema de policia de Catalunya: un nou model organitzatiu policial”, *Working Papers*, n. 367, Institut de Ciències Polítiques i Socials (ICPS), Barcelona, 2012.
- MAURI MAJOS, J., “La policía local en Cataluña”, Barcelona Llop, F.J. (coord.), *Régimen de la policía local en el derecho estatal y autonómico*, Bosch, Barcelona, 2003.
- PALAU I MARGINET, A., *Conflictivitat competencial en matèria de seguretat pública*, Institut d’Estudis Autonòmics, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1996.
- PAREJO ALFONSO, L.J., “Seguridad pública”, Parejo Alfonso L.J., Jiménez-Blanco, A. e Ortega Álvarez, L., *Manual de Derecho Administrativo (parte especial)*, 5.ª ed., Ariel, Barcelona, 1998.
- PAREJO ALFONSO, L.J., *Seguridad pública y derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2001.
- POVEDA CRIADO, M.A. e TORRENTE BARREDO, B., *Protección civil, gestión de crisis i emergencias*, Fragua, Madrid, 2016.
- RECASENS I BRUNET, A. “Les noves polítiques de seguretat”, *Revista Catalana de Seguridade Pública (RCSP)*, n. 6-7, diciembre 2000.
- RECASENS I BRUNET, A., “Seguridad: la inseguridad y la subjetividad”, *Actas de las Jornadas del Graduado en Criminología i Política Criminal 2000 y 2001*, Universitat de Barcelona, Barcelona, 2002.
- RENYER I ALIMBAU, J., FUENTES I GASÓ, J.R., SOTO VALLE, J.I. e FORCADELL I ESTELLER, F.X., *Estudis per a una Llei de Governos Locals de Catalunya (2007-2011)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- REQUENA HIDALGO, J., “La proximitat policial a la policia de la Generalitat-Mossos d’Esquadra, entre el discurs i la realitat”, *Revista Catalana de Seguridade Pública (RCSP)*, n. 26, 2013.
- VILLAR PALASÍ, J.L., “Poder de policía y precio justo. El problema de la tasa de mercado”, *Revista de Administración Pública (RAP)*, n. 16, 1995.

regap



ESTUDIOS





# A colaboración entre sector público e privado no sistema de seguridade cibernética: reflexións a partir da estratexia europea e italiana

La colaboración entre sector público y privado en el sistema de seguridad cibernética: reflexiones a partir de la estrategia europea e italiana

Public-private collaboration in the cybersecurity system: reflections from the European and Italian strategy

65 Regap

Regap



ESTUDIOS

LUIGI PREVITI

Assistant Professor in Administrative Law  
University of Palermo

<https://orcid.org/0000-0001-7701-1718>

[luigi.previti@unipa.it](mailto:luigi.previti@unipa.it)

**Resumo:** Este estudo aspira a analizar o papel que representa a colaboración entre sector público e privado para alcanzar os obxectivos, nacionais e supranacionais, de tutela da seguridade cibernética, co fin de demostrar como o mellor seguro posible contra os perigos do ciberespazo está representado pola valorización da contribución cognoscitiva e experiencial dos operadores económicos do sector, por un lado, e da contribución dos usuarios da rede, por outro. Mencionadas as recomendacións normativas formuladas ao respecto a nivel europeo, a investigación céntrase na recente estratexia italiana, que parece atribuír, en adhesión ao novo achegamento "*whole of society*", un papel aínda máis activo aos diferentes compoñentes do tecido económico e social do país. Ao final da dita valoración, fórmulanse algunhas consideracións conclusivas con respecto ás formas de colaboración entre o sector público e o privado que sería oportuno promover, no noso ordenamento, para aproveitar ao máximo os beneficios que proceden da implementación dunha *governance* compartida en materia de seguridade informática.

**Palabras clave:** Seguridade cibernética, risco cibernético, xestión compartida, colaboración pública e privada.

**Resumen:** Este estudio aspira a analizar el papel que juega la colaboración entre sector público y privado para alcanzar los objetivos, nacionales y supranacionales, de tutela de la seguridad cibernética, con el fin de demostrar cómo el mejor seguro posible contra los peligros del ciberespacio está representado por la valorización de la contribución cognoscitiva y experiencial de los operadores económicos del sector, por un lado, y de la contribución de los usuarios de la red, por otro. Mencionadas las recomendaciones normativas formuladas al respecto a nivel europeo, la investigación se centra en la reciente estrategia italiana, que parece atribuir, en adhesión al nuevo acercamiento “*whole of society*”, un papel aún más activo a los diferentes componentes del tejido económico y social del país. Al final de dicha valoración, se plantean algunas consideraciones conclusivas con respecto a las formas de colaboración entre el sector público y el privado que sería oportuno promover, en nuestro ordenamiento, para poder aprovechar al máximo los beneficios que proceden de la implementación de una *governance* compartida en materia de seguridad informática.

**Palabras clave:** Seguridad cibernética, riesgo cibernético, gestión compartida, colaboración pública y privada.

**Abstract:** The work aims at analysing the role of public-private collaboration in achieving national and supranational cybersecurity objectives, in order to explain that the best possible insurance against the cyberspace threats is represented by the enhancement of knowledge and experience of the economic operators in the ICT sector, on the one hand, and of the contribution of network users, on the other. After having mentioned the normative indications formulated in this regard at European level, the survey focuses on the recent Italian strategy, which seems to assign, in compliance with the new approach “*whole of society*”, a more active role for the various components of society. At the end of the analysis, some concluding remarks are made about the forms of public-private partnership that should be promoted, within our legal system, to fully exploit the benefits of implementing a shared ICT security governance.

**Key words:** Cyber security, cyber risk, shared management, public and private partnership.

**SUMARIO:** 1 O sistema multinivel de protección da seguridade pública no ciberespazo. Delimitación da área de investigación. 2 Asimetrías informativas, compartición do risco e *governance* compartida. 3 Factor humano, cultura da seguridade cibernética e “inmunidade de grupo”. 4 Modelo de partenariado público-privado e perspectivas de *iure condendo*.

## 1 O sistema multinivel de protección da seguridade pública no ciberespazo. Delimitación da área de investigación

Entre as cuestións problemáticas conectadas co avance do proceso de transición dixital en marcha nos Estados membros na Unión, a tutela da seguridade cibernética ou, mellor dito, da seguridade pública no espazo cibernético, ocupa por suposto un lugar de máxima importancia.

Como é ben sabido, malia que o tema en cuestión se coñeza e discuta desde hai moito tempo<sup>1</sup>, os primeiros intentos de responder uniforme e eficaz a nivel interna-

---

<sup>1</sup> Véxanse, entre outras, a Comunicación da Comisión Europea do 6 de xuño de 2001, *Seguridade das redes e seguridade da información: proposta dun enfoque estratéxico europeo*, COM (2001) 298; a Comunicación da Comisión Europea do 26 de setembro de 2003, *O papel da Administración electrónica para o futuro de Europa*, COM (2003) 567.

cional son recentes, concretamente no ámbito das iniciativas dedicadas á realización do *Digital Single Market*<sup>2</sup>.

Con estas actuacións, a Unión quixo consolidar, en particular, unha visión propia estratéxica do ciberespazo, como lugar virtual aberto e seguro para o desenvolvemento das actividades económicas e sociais dos cidadáns europeos, baseada na protección e na fiabilidade dos datos, das redes e dos produtos informáticos presentes no seu interior. Un ámbito de fronteiras indefinidas – «o espazo público máis grande que a humanidade coñece»<sup>3</sup>– e de potencialidades aínda inexploradas<sup>4</sup>, ao que se quere dotar dun nivel elevado de resiliencia a través da aplicación de políticas e medidas homoxéneas, así como a través dun eficiente mecanismo de información de accidentes e de ataques máis relevantes<sup>5</sup>.

As directivas xerais dirixidas a desenvolver metodoloxías compartidas de prevención e de xestión do ciber-risco determinaron, no ordenamento italiano, a introdución dun novo sistema organizativo de defensa dos intereses da nación, que ten no Perímetro de Seguridade Cibernética (en diante, PSNC)<sup>6</sup> e na Axencia para a Ciberseguridade Nacional (en diante, ACN)<sup>7</sup> os puntos de referencia esenciais<sup>8</sup>.

A arquitectura institucional así definida caracterízase, na actualidade, pola coordinación das accións estratéxicas e pola centralización das competencias administrativas; un sistema que, debido ás peculiaridades que o connotan, resulta en esencia orientado a mitigar o impacto das ameazas informáticas nas infraestruturas e nos

Regap



ESTUDOS

<sup>2</sup> Nesta materia, cfr. a Directiva UE 2016/1148 do Parlamento Europeo e do Consello do 6 de xullo de 2016, Directiva NIS 1, modificada, por último, da Directiva UE 2022/2555 do Parlamento Europeo e do Consello do 14 de decembro de 2022, Directiva NIS 2; as comunicacións conxuntas da Comisión Europea e do alto representante da Unión, respectivamente, do 7 de febreiro de 2013, *Estratexia de ciberseguridade da UE: un ciberespazo aberto e seguro*, JOIN (2013) 1 final, do 13 de setembro de 2017, *Resiliencia, disuasión e defensa: cara a unha ciberseguridade forte na UE*, JOIN (2017) 450 final, e do 16 de decembro de 2020, *A estratexia de ciberseguridade da UE para a década dixital*, JOIN (2020) 18 final; o Regulamento UE 2019/881, do 17 de abril de 2019, *Cybersecurity Act*.

<sup>3</sup> Nestes termos, RODOTÀ, S., *Il mondo nella rete. Quali i diritti, quali i vincoli*, Laterza, Roma-Bari, 2014, p. 3.

<sup>4</sup> Sobre a influencia exercida pola difusión do ciberespazo e das novas tecnoloxías sobre a relectura do concepto de soberanía estatal e sobre a transformación das funcións tradicionais dos Estados, véxanse, por último, CASINI, L., *Lo Stato nell'era di Google. Frontiere e sfide globali*, Mondadori, Milano, 2020; TORCHIA, L., *Lo Stato digitale. Una introduzione*, Il Mulino, Bologna, 2023.

<sup>5</sup> Sobre a visión estratéxica da Unión relativa ao espazo cibernético, véxanse CENCETTI, C., *Cybersecurity: Unione europea e Italia. Prospettive a confronto*, Nuova Cultura, Roma, 2014, pp. 21 e ss.; CONTALDO, A. e MULA, D. (dirs.), *Cybersecurity Law*, Pacini, Pisa, 2020, pp. 57 e ss.; KOHLER, C., "The EU Cybersecurity Act and European standard: an introduction to the role of European standardization", *International Cybersecurity Law Review*, n. 1, 2020, pp. 7 e ss.; BASSINI M., "Cybersecurity", Paracampo, M.T. (dir.), *Fintech. Introduzione ai profili giuridici di un mercato unico tecnologico dei servizi finanziari*, Giappichelli, Torino, 2021, pp. 319 e ss.; BARONI, M., "Intelligenza artificiale e cybersicurezza in una prospettiva costituzionale", Cerrina Feroni, G., Fontana, C. e Raffiotta, E.C. (dirs.), *AI Anthology*, Il Mulino, Bologna, 2022, pp. 373 e ss.

<sup>6</sup> Instituído polo DL do 21 de setembro de 2019, n. 105, conversión con modificación da Lei do 18 de novembro de 2019, n. 133.

<sup>7</sup> Instituída polo DL do 14 de xuño de 2021, n. 82, conversión con modificación da Lei do 4 de agosto de 2021, n. 109.

<sup>8</sup> Con respecto á fisonomía e ás características da arquitectura italiana en materia de seguridade cibernética, véxanse, *ex multis*, CAROTTI, B., "Sicurezza cibernetica e Stato nazione", *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 5, 2020, pp. 629 e ss.; MELE, S., "Il Perimetro di sicurezza nazionale cibernetica e il nuovo «golden power»", Cassano, G. e Previti, S. (dirs.), *Il diritto di internet nell'era digitale*, Giuffrè, Milano, 2020, pp. 186 e ss.; ATERNO, S., *Sicurezza informatica. Aspetti giuridici e tecnici*, Pacini, Pisa, 2022, pp. 234 e ss.; RENZI, A., "La sicurezza cibernetica: lo stato dell'arte", *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 4, 2021, pp. 538 e ss.; SERINI, F., "La nuova architettura di cybersicurezza nazionale: note a prima lettura del decreto-legge n. 82 del 2021", *Federalismi.it*, n. 12, 2022, pp. 241 e ss.; FORGIONE, I., "Il ruolo strategico dell'Agenzia nazionale per la cybersicurezza nel contesto del sistema di sicurezza nazionale: organizzazione e funzioni, tra regolazione europea e interna", *Diritto amministrativo*, n. 4, 2022, pp. 1113 e ss.

servizos considerados de maior importancia para a vida do país<sup>9</sup>. Infraestruturas e servizos que constitúen un verdadeiro “fortín” dotado de bastións pola súa natureza móbiles, concretamente en razón da evolución tecnolóxica, á defensa dos cales non están encargados “incansables soldados con escopetas e canóns”, senón enxeñeiros, expertos en *compliance* e máquinas intelixentes<sup>10</sup>.

Esta reflexión aspira a pór de manifesto a importante contribución realizada polo sector empresarial privado para o logro dos obxectivos, nacionais e internacionais<sup>11</sup>, de tutela da seguridade cibernética. E iso co fin de demostrar como a mellor garantía posible contra os perigos do ciberespazo está representada polo recoñecemento e pola valorización da contribución cognoscitiva e experiencial dos operadores económicos do sector, por un lado, e do papel colaborativo dos cidadáns usuarios, por outro.

Nos seguintes parágrafos examínanse, polo tanto, as principais modalidades con que a valiosa cooperación entre autoridades institucionais e suxeitos privados pode cumprirse concretamente, tendo en consideración, nun primeiro momento, a categoría das empresas que operan no sector das tecnoloxías da información e comunicación (TIC) e da ciberseguridade, para centrarse logo no papel de cada un dos usuarios. A análise proposta permitirá entender a importancia da recente estratexia italiana adoptada en maio de 2022<sup>12</sup>, orientada a atribuírlles un papel autenticamente activo aos distintos compoñentes do complexo económico e social do país, de acordo co achegamento “*whole of society*” que inspira os numerosos actos de orientación da Unión.

Ao final da investigación, formularanse unhas consideracións conclusivas con respecto ás formas de partenariado público-privado, que se cre oportuno promover no noso ordenamento para poder aproveitar ao máximo as significativas vantaxes que derivan da implementación dunha *governance* plenamente participante en materia de seguridade informática.

## 2 Asimetrías informativas, compartición do risco e *governance* compartida

A instauración dun sincero e construtivo diálogo entre público e privado no sector da ciberseguridade non constitúe en absoluto un obxectivo de doada realización.

As principais razóns a partir dunha xeral situación de mutua desconfianza entre os diferentes portadores de interese son xa ben coñecidas: por unha parte, as autoridades administrativas manifestan certa resistencia en compartir cara ao exterior os datos

<sup>9</sup> Como sinala PARONA, L., “L’istituzione dell’Agenzia per la cybersicurezza nazionale”, *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 6, 2021, pp. 709 e ss., spec. 718.

<sup>10</sup> Segundo a suxestiva e eficaz imaxe de URSL, R., “La difesa: tradizione e innovazione”, *Diritto Costituzionale*, n. 1, 2022, p. 18.

<sup>11</sup> Sobre a imposibilidade de afrontar e gobernar problemas de orde económica e social que traspasan os límites do Estado, véxase, para todos, CASSESE, S., *La crisi dello Stato*, Laterza, Roma-Bari, 2002; CASSESE, S., *Lo spazio giuridico globale*, Laterza, Roma-Bari, 2003.

<sup>12</sup> Cfr. a estratexia de ciberseguridade 2022-2026 e o respectivo plan de implementación de maio de 2022, localizables en [www.acn.gov.it](http://www.acn.gov.it), a través dos cales se adopta un consistente programa de medidas e de investimentos dirixidos a realizar os tres fundamentais obxectivos de “desenvolvemento”, “protección” e “resposta” (volverse mellor aos puntos 2 e 3).

e as informacións que atinxen á súa propia seguridade, temendo comprometer, de tal forma, a súa propia imaxe institucional; por outra, os operadores económicos, recibindo só de cando en vez axeitados incentivos para a colaboración prestada, prefiren non confiar informacións reservadas ou persoais, que os exporían ao risco de sufrir accións legais ou de prexudicar a súa propia reputación no mercado<sup>13</sup>.

Trátase de actitudes que no pasado xustificaron e, en parte aínda xustifican, o recurso a modelos organizativos e reguladores do tipo *top-down*, que contan coa previsión de específicas obrigas de notificación e de conduta, oportunamente sancionadas á conta das empresas interesadas, no intento de inducir estes suxeitos a desenvolver comportamentos virtuosos e a prestar as debidas precaucións fronte ás numerosas ameazas do ciberespazo<sup>14</sup>.

Co obxectivo de superar eses puntos críticos, as institucións da Unión fomentaron, nos últimos anos, a través de institutos e modalidades diferentes, unha implicación máis efectiva das empresas que ofrecen produtos e servizos tecnolóxicos no ámbito dos sistemas de seguridade cibernética elaborados polos Estados membros.

A estratexia supranacional, en primeiro lugar, pasa por fixar principios fundamentais, que se dirixen aos operadores do sector en canto coprotagonistas da calidade do nivel de protección asegurado ás infraestruturas e aos *softwares* presentes no mercado único.

Neste sentido, os produtores e os provedores das TIC vense obrigados, por un lado, a comercializar exclusivamente bens e servizos que posúen, desde o momento do proxecto, determinados requisitos de seguridade contra o risco de accidentes e de ataques cibernéticos (principio de seguridade *by design*); por outro, os mesmos suxeitos teñen que asumir, cara aos usuarios, un papel de interlocutores privilexiados durante o ciclo completo de vida dos produtos, colaborando co sector público na xestión da actividade de vixilancia (principio de responsabilidade tecnolóxica)<sup>15</sup>.

De aí a previsión dunha serie de desempeños peculiares, que son, entre outros: efectuar revisións periódicas de funcionamento, realizar as actualizacións e revisións necesarias dos *softwares*, eliminar con celeridade as vulnerabilidades informáticas reportadas e garantir un correcto emprego dos datos persoais dos usuarios. Conséguese, en definitiva, a introdución de específicas obrigas de dilixencia reforzada, máis

<sup>13</sup> Entre outros, SALES, N.A., "Regulating Cyber-Security", *Northwestern University Law Review*, vol. 107, n. 4, 2013, pp. 1549-1550. O dato está confirmado tamén polo informe do Grupo de coordinación sobre a seguridade cibernética do Banco de Italia, *Sicurezza cibernetica: il contributo della Banca d'Italia e dell'Ivass*, agosto de 2018, localizable en [www.bancaditalia.it](http://www.bancaditalia.it), onde se subliña que, malia o valor estratéxico da participación das informacións sobre as ameazas informáticas, as empresas que sufriron ataques, moitas veces, son remisas a revelalos temendo secuelas reputacionais e están dispostas a compartir os seus propios datos só en contextos que garantan confidencialidade e reciprocidade.

<sup>14</sup> Como sinalan KESAN, J.P. e HAYES, C.M., "Creating a 'Circle of Trust' to Further Digital Privacy and Cybersecurity Goals", *Michigan State Law Review*, 2014, pp. 1475 e ss.; BOSSONG, R. e WAGNER, B., "A Typology of Cybersecurity and Public-Private Partnerships in the Context of the European Union", *Crime, Law and Social Change*, n. 67, 2017, pp. 272-273, eles afirman que «[...] it is mistaken to assume a general positive impact for all participants of information-sharing exercises. Many actors apparently fear the reputational costs of, or possible liabilities deriving from, breaches of their cybersecurity more than desiring the rather diffuse benefits of strategic threat awareness».

<sup>15</sup> Sobre o tema, véxase TADDEO, M., "Is Cybersecurity a Public Good?", *Minds & Machines*, n. 29, 2019, pp. 351-352.

estruturas tanto máis elevadas son os riscos de manipulación das aplicacións e dos dispositivos tecnolóxicos proporcionados no mercado<sup>16</sup>.

O obxectivo de construír unha arquitectura multinivel eficiente en materia de seguridade cibernética tradúcese, en segundo lugar, na definición de modalidades máis estruturadas e duradeiras de cooperación entre sector público e sector privado, en condicións de aproveitar de forma axeitada os coñecementos e as capacidades de análise deste último, «*that rival those of the world's most sophisticated intelligence agencies, including in the notoriously difficult task of attack attribution*»<sup>17</sup>.

Desde esta perspectiva é como se pode entender a institución dalgunhas sedes privilexiadas de conexión, de matriz europea, como por exemplo: o Centro Europeo de Competencia Industrial, Tecnolóxica e de Investigación sobre a Ciberseguridade, que quere desenvolver os recursos e as competencias da Unión e quere reducir a súa dependencia de países terceiros, comprometendo as enerxías dos centros nacionais de coordinación (en Italia, o ACN), do mundo da industria e da universidade<sup>18</sup>; a Unidade Conxunta para o Ciberespazo (*Joint Cyber Unit*), como plataforma destinada a promover o intercambio de informacións, boas prácticas e coñecementos, así como a cooperación entre forzas da orde pública e de defensa, autoridades civís e diplomáticas, e sector privado en caso de severos ataques ou accidentes transfronteirizos<sup>19</sup>; a rede dos centros operativos de seguridade (SOC, *Security Operations Center*), como *network* destinado a garantir unha supervisión constante, estendida e en tempo real, das intrusións e das anomalías informáticas nas redes e nos sistemas de diferentes portadores de interese, tamén a través da implicación das PMI da Unión<sup>20</sup>. Grazas a esta rede, en particular, refórzanse as capacidades de detección, de análise e de uso compartido dos datos relativos aos ataques *cyber* máis perigosos, permitíndolles ás autoridades públicas e aos suxeitos privados sinalar rapidamente ameazas potenciais e en marcha, antes de que estas causasen danos irreparables a grande escala.

Trátase de organismos e instrumentos que demostran a madura consciencia, por parte das institucións, da necesidade de establecer unha *governance* máis participativa para abordar do mellor xeito posible os difíciles desafíos para a seguridade postos en marcha pola difusión do ciberespazo. E isto, tendo en conta os importantes beneficios que se poden obter da contribución do mundo empresarial, polo menos baixo unha dobre perspectiva.

<sup>16</sup> De reforzo das obrigas de dilixencia exixibles por parte dos produtores e dos provedores das novas tecnoloxías falan, especialmente, a Comunicación conxunta do 13 de setembro de 2017, *Resiliencia, disuasión e defensa: cara a unha ciberseguridade forte para a UE*, cit., par. 2.2; a Comunicación conxunta do 16 de decembro de 2020, *A estratexia de ciberseguridade da UE para a década dixital*, cit., par. 1.5.

<sup>17</sup> Así, SALES, N.A., "Privatizing Cybersecurity", *UCLA Law Review*, vol. 65, n. 3, 2018, p. 632.

<sup>18</sup> Cfr. a normativa UE 2021/887, do 20 de maio de 2021, que lles encarga ás redes dos «Centros nacionais de coordinación» a tarefa de apoiar o Centro Europeo de Competencia para a Ciberseguridade na actividade de reforzo das capacidades, dos coñecementos e da competitividade da Unión no sector (art. 6 do regulamento).

<sup>19</sup> Cfr. a Comunicación conxunta do 16 de decembro de 2020, *A estratexia de ciberseguridade da UE para a década dixital*, cit., par. 2.1.

<sup>20</sup> Cfr. a Comunicación conxunta do 16 de decembro de 2020, *A estratexia de ciberseguridade da UE para a década dixital*, cit., par. 1.2.

En primeiro lugar, unha interlocución constante entre actores públicos e operadores privados en materia de ciberseguridade fomentaría un intercambio rendible de coñecementos especializados e de solucións operativas.

No contexto examinado, de feito, a creación dun sistema altamente centralizado e unilateral, en presenza de evidentes asimetrías informativas, está destinada a resultar ineficaz: por un lado, a acción capilar das ciberameazas e a complexidade da tecnoloxía no mercado fan que as empresas do sector sexan os suxeitos máis cualificados para entender as estratexias de ataque dos *hackers*, para detectar as principais vulnerabilidades escondidas nos *softwares* e para recomendarlles ás autoridades competentes as contramedidas máis apropiadas; por outro, a realización dun circuíto de supervisión e dun sistema de alerta distribuído –a.d.– (*distributed surveillance*), que se basea (tamén) na constante actividade de vixilancia realizada polos operadores económicos, pode reducir significativamente as ineficiencias e os custos administrativos soportados polos Estados membros debido á protección da seguridade cibernética nacional<sup>21</sup>.

En segundo lugar, a implicación do sector empresarial sería extremadamente importante na elaboración e na actualización dos protocolos, das directrices e dos estándares de seguridade comúns, concretamente no ámbito da protección das infraestruturas e dos servizos considerados “críticos”, xestionados, na maioría dos casos, por suxeitos privados.

Especialmente, a intervención destes últimos no proceso de determinación das políticas e das medidas vinculantes para todas as partes interesadas (*stakeholders*), proporcionaríalles, por suposto, ás autoridades competentes un soporte técnico valioso<sup>22</sup>; esta forma de colaboración permitiría, ademais, evitar o risco de perseguir ambiciosos obxectivos de resiliencia a través da introdución de cargas e requisitos inadecuados ou excesivos, incompatibles co principio de proporcionalidade e coa perspectiva liberal a preservar neste ámbito<sup>23</sup>. Como parece evidente, empresas e varias entidades fan fronte a ameazas, a vulnerabilidades e diferentes consecuencias; por conseguinte, unha verdadeira inclusión destes suxeitos nas sedes decisorias e consultivas non podería máis que fomentar a definición de ferramentas parametrizadas co determinado nivel de risco informático, apropiadas para contextos concretos en que operan as empresas e actualizadas con respecto ás innovacións tecnolóxicas formuladas.

Noutras palabras, a promoción de formas máis estables e estruturadas de cooperación entre actores públicos e privados permitiría non só un maior uso compartido

<sup>21</sup> CLARKE, A. e KNAKE, R.K., *Cyber War: The Next Threat to National Security and What To Do About It*, HarperCollins Publishers, New York, 2010, p. 162.

<sup>22</sup> CAPPELLETTI, F. e MARTINO, L., “Achieving robust European cybersecurity through public-private partnerships: approaches and developments”, *Elf discussion paper*, n. 4, 2021, spec. pp. 7 e ss.

<sup>23</sup> RAFFIOTTA, E.C., “Cybersecurity regulation in the European Union and the issues of Constitutional Law”, *Rivista AIC*, n. 4, 2022, pp. 13-14, que contrapón, ao enfoque, en certa medida, dirixido polo lexislador europeo, o modelo liberal adoptado polos Estados Unidos de América. Segundo o autor, en particular, o paradigma americano, que funciona a nivel federal a través da *Cybersecurity and Infrastructure Security Agency* (CISA), caracterízase por «a *voluntary approach, within which there is a synergy between a “light government touch” and a strong empowerment of private entities, including –above all– Big Techs corporations*».

de informacións, habilidades e boas prácticas, senón tamén unha desexable participación “desde abaixo” ao proceso regulatorio, limitando o tradicional enfoque “*command and control*” para fomentar formas de “*enforced self-regulation*”<sup>24</sup>. Como é sabido, tamén a nivel europeo, “para poder formular eficazmente unha política, cómpre entender con claridade a natureza e o alcance dos retos. Isto require non só datos estatísticos e económicos fiables e actualizados sobre os incidentes en detrimento da seguridade informática e sobre os niveis de confianza dos consumidores e dos usuarios, senón tamén datos actualizados sobre as dimensións e as tendencias en marcha no sector da seguridade das TIC en Europa”<sup>25</sup>.

Estas consideracións lévannos inevitablemente a reflexionar sobre o marco institucional de protección da seguridade cibernética, establecido no noso ordenamento, no cal o intento de reproducir módulos organizativos e operativos, propios do sector *intelligence*, determinou un evidente déficit de participación dos operadores económicos do sector<sup>26</sup>. Unha elección legislativa que, se se analiza a fondo, chama a atención, tamén se se ten en conta a ben coñecida adición das administracións públicas italianas ás capacidades e ás experiencias no ámbito tecnolóxico-informático que ten o sector privado, que representou, e aínda representa, unha das principais causas dos atrasos rexistrados polo noso país no proceso global de transición dixital<sup>27</sup>.

Aínda parecen limitadas e xenéricas, de feito, as referencias normativas que teñen en conta o valor estratéxico da dinámica cooperativa entre sector público e sector industrial. Faise referencia, por exemplo, ao art. 7 do DL do 14 de xuño de 2021, n. 82, que lle encarga ao ACN a tarefa de: “facer efectivos” as capacidades nacionais de prevención, supervisión, detección, análise e reacción aos ataques informáticos, mesmo a través do recurso a iniciativas de colaboración do sector público-privado<sup>28</sup>; de promover, por medio da implicación das universidades e do sistema produtivo, o desenvolvemento de competencias e de capacidades industriais, tecnolóxicas e científicas<sup>29</sup>, mesmo en calidade de centro nacional de coordinación, de conformidade co mencionado artigo 6 do regulamento UE 2021/887; de constituír colaboracións,

<sup>24</sup> Ao respecto, véxanse SALES, N.A., “Regulating Cyber-Security”, cit., pp. 1554 e ss.; TROPINA, T., “Public-private collaboration: Cybercrime, cybersecurity and nationals’ security”, Tropina, T. e Callanan, C. (dirs.), *Self- and Co-regulation in Cybercrime, Cybersecurity and National Security*, Springer, Cham, 2015, pp. 9 e ss.; CAPPELLETTI, F. e MARTINO, L., “Achieving robust European cybersecurity through public-private partnerships”, cit., p. 9.

<sup>25</sup> Cfr. a Comunicación da Comisión Europea do 31 de maio de 2006, *Unha estratexia para unha sociedade da información segura. Diálogo, asociación e responsabilización*, COM (2006) 251, par. 3.2.1., coa que a Comisión lle pediu a ENISA desenvolver unha cooperación de confianza cos Estados membros e as partes interesadas, co fin de crear un sistema europeo de uso compartido das informacións e de alerta, así como de fomentar un espazo axeitado para a recompilación e a análise dos datos sobre os incidentes e os ataques cibernéticos na Unión.

<sup>26</sup> Sobre estes perfís, véxanse PARONA, L., “L’istituzione dell’Agenzia per la cybersicurezza nazionale”, cit., p. 718; PREVITI, L., “Pubblici poteri e cybersicurezza: il lungo cammino verso un approccio collaborativo alla gestione del rischio informatico”, *Federalismi.it*, n. 25, 2022, pp. 81 e ss.

<sup>27</sup> Con respecto ao coñecido fenómeno do *digital divide*, véxanse, polo menos, CASSESE, S., “A Che serve la formazione dei dipendenti pubblici?”, *Politica del diritto*, 1989, pp. 431 e ss.; DONATI, D., “Digital divide e promozione della diffusione delle ICT”, Merloni, F. (dirs.), *Introduzione all’e-Government*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 209 e ss.; RAMAJOLI, M., “Quale cultura per l’amministrazione pubblica?”, *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 2, 2017, pp. 187 e ss.; SGUEO, G., *Il divario. I servizi pubblici digitali tra aspettative e realtà*, Egea, Milano, 2022.

<sup>28</sup> Art. 7, apartado 1, let. n), DL n. 82/2021.

<sup>29</sup> Art. 7, apartado 1, let. r), DL n. 82/2021.

consorcios, fundacións ou sociedades, con suxeitos públicos ou privados, para a mellor realización das súas finalidades institucionais<sup>30</sup>.

Como se indicou, mentres noutros países, como Francia e Alemaña, se asistiu á creación de organismos específicos, que reúnen representantes das administracións públicas e do mundo empresarial para realizar traballos de análise, planificación e elaboración de tendencias normativas en materia de ciberseguridade, en Italia, a colaboración cos privados foi, ata agora, principalmente de carácter financeiro e dirixida ao desenvolvemento de tecnoloxías e infraestruturas dixitais<sup>31</sup>.

O marco regulamentario que se acaba de indicar leva a acoller con satisfacción as interesantes propostas contidas na recente estratexia italiana sobre a ciberseguridade 2022-2026 e no correspondente plan de implementación de maio de 2022; a través destes documentos, ademais dos necesarios investimentos no factor “desenvolvemento”, pénsase garantir unha implicación máis efectiva no sector privado na persecución dos obxectivos de “protección”, por un lado, e de “resposta”, por outro, cara ás trampas da dimensión cibernética.

En concreto, en canto ao primeiro obxectivo, a estratexia e o plan de implementación aspiran a potenciar o sistema nacional de “escrutinio tecnolóxico”, que depende do Centro de Avaliación e Certificación Nacional (CVCN) instituído no ACN, e, nos ámbitos de competencia, depende dos Centros de Avaliación do Ministerio do Interior e de Defensa. Para tal fin, prevese a introdución dunha rede de laboratorios acreditados de proba (a.d. LAP), como suxeitos, públicos e privados, chamados para facilitar os procedementos de certificación de calidade dos recursos (*asset*) tecnolóxicos utilizados polos suxeitos incluídos no PSNC e para detectar as correspondentes vulnerabilidades<sup>32</sup>.

Ao mesmo tempo, as accións mencionadas destacan a necesidade de aproveitar ao máximo as capacidades nacionais de identificación e de resposta cara aos ciberrataques, establecendo dúas formas diferentes de colaboración para os operadores económicos do sector.

A primeira, de carácter estrutural, refírese á implantación dunha rede de centros sectoriais de análise e de intercambios de informacións relevantes (*Information Sharing and Analysis Center, ISAC*) creada para axudar ás oficinas do ACN a ofrecer e a difundir boas prácticas, directrices, avisos de seguridade e recomendacións dentro do país.

A segunda, de carácter ocasional, contempla a implicación directa de empresas oportunamente cualificadas en materia de resposta ante incidentes (*incident response*), de apoio nas funcións institucionais do CSIRT Italia, en caso de que se verificase “unha cantidade importante de ciberincidentes de carácter sistémico”. Con iso, Italia demostra a vontade de utilizar, xunto con axeitadas estratexias de resiliencia, tácticas eficaces de defensa activa (*active defense*), co propósito de desenvolver, aproveitando

<sup>30</sup> Art. 7, apartado 1, let. z), DL n. 82/2021.

<sup>31</sup> LAURO, A., “Sicurezza cibernetica e organizzazione dei poteri: spunti di comparazione”, *La Rivista Gruppo di Pisa*, n. 3, 2021, pp. 537 e ss.

<sup>32</sup> Sobre isto, remítese ás previsións do DL do 3 de agosto de 2022, n. 123.

múltiples fontes de datos relevantes e de actores responsables, formas compartidas e rápidas de xestión de crise e contraataque<sup>33</sup>.

Trátase de novidades que se espera implementar aínda máis, debido aos relevantes efectos disuasorios e preventivos exercidos por estes instrumentos cara ás operacións de intrusión e de manipulación realizadas polos criminais informáticos.

### 3 Factor humano, cultura da seguridade cibernética e “inmunidade de grupo”

O avance repentino do proceso de informatización das relacións económicas e sociais rexistrado nos últimos anos exige, sen dúbida, unha reconsideración do papel dos cidadáns usuarios dentro dos sistemas nacionais de protección da ciberseguridade. Esta afirmación pódese demostrar doadamente empezando pola simple consideración das novas ameazas para a seguridade colectiva que derivan da difusión, a nivel internacional, daqueles dispositivos e aparellos, dotados de sensores interconectados e interactivos, que pertencen ao amplo conxunto da *Internet das cousas*: un fenómeno que está determinando, con respecto ao pasado, un aumento vertixinoso das superficies de ataque e o número de obxectivos (*target*) afectados<sup>34</sup>. É posible sacar conclusións análogas poñendo atención na crecente expansión da a.d. economía cibercriminal, que viu florecer co tempo un auténtico mercado en liña (polo xeral, na Internet escura) de produtos e servizos especificamente dirixidos a consumir perigosos ataques informáticos, segundo o concepto de “*crime as a service*”<sup>35</sup>.

Trátase de elementos que conducen a reflexionar non só sobre o feito de que os actos de criminalidade informática xa poidan ser perpetrados a prezos moderados por suxeitos particularmente inexpertos na utilización das tecnoloxías<sup>36</sup>, senón tamén sobre a urxente necesidade de actuar para mellorar o nivel de alfabetización dixital e conciencia dos usuarios da rede.

<sup>33</sup> Sobre o papel estratéxico que xoga a elaboración de axeitadas tácticas de defensa activa, véxanse GORI, U., “Nuovi approcci alla sicurezza cibernetica: la diplomazia preventiva come strumento di difesa attiva”, Gori, U. (dir.), *Cyber Warfare 2018. Dalla difesa passiva alla risposta attiva: efficacia e legittimità della risposta attiva alle minacce cibernetiche*, Franco Angeli, Milano, 2019, pp. 17 e ss.

<sup>34</sup> Sobre as novas problemáticas xurídicas relacionadas coa aparición do fenómeno do *Internet of Things*, véxanse WEBER, R.H. e STUDER, E., “Cybersecurity and the Internet of Things: Legal Aspect”, *Computer Law & Security Review*, n. 36, 2016, pp. 726 e ss.; RAYES, A. e SALAM, S., *Internet of Things: from Hype to Reality*, Springer, Cham, 2019; DE NARDIS, L., *The Internet in Everything. Freedom and Security in a World with No Off Switch*, Yale University Press, New Haven, 2020; NOTO LA DIEGA, G., *Internet of Things and the Law. Legal Strategies for Consumer-Centric Smart Technologies*, Routledge, Londra, 2022.

<sup>35</sup> Sobre isto, BRIGHI, R. e CHIARA, P.G., “La cybersecurity come bene pubblico: alcune riflessioni normative a partire dai recenti sviluppi nel diritto dell’Unione europea”, *Federalismi.it*, n. 21, 2021, p. 21, que destacan a relevancia e as motivacións económicas de organizacións criminais estruturadas como unhas verdadeiras empresas, que ofrecen no mercado *softwares* listos para usar e que non necesitan específicas habilidades informáticas por parte dos compradores. Con respecto ao concepto do “*Crime as a Service*”, véxase a interesante análise de PAGANINI, P., “Cybercrime-as-a-Service: EU Perspectives”, Martino, L. e Gamal, N. (dirs.), *European Cybersecurity in Context. A Policy-Oriented Comparative Analysis*, Elf study, Brussels, 2022, pp. 67 e ss.

<sup>36</sup> Sobre a criminalidade informática e sobre as problemáticas de dereito penal relacionadas, véxanse para todos AMATO MANGIAMELI, A.C. e SARACENI, G. (dirs.), *I reati informatici. Elementi di teoria generale e principali figure criminose*, Giappichelli, Torino, 2019.

A necesidade de valorar as obrigas e as responsabilidades dos usuarios das infraestruturas e dos sistemas dixitais constitúe desde hai moito tempo un obxectivo das políticas europeas de protección da seguridade informática.

Sobre a cuestión indicouse como a “seguridade das redes e da información é responsabilidade común de todas as partes interesadas, mesmo dos operadores, dos provedores de servizos, dos provedores do *hardware* e do *software*, dos usuarios finais, dos entes públicos e dos gobernos nacionais”<sup>37</sup>; polo tanto, “todos os actores involucrados, sexan autoridades públicas, sector privado ou cada cidadán, deben recoñecer esta responsabilidade compartida, deben activarse para protexerse e, se é necesario, deben garantir unha resposta coordinada para fortalecer a ciberseguridade”<sup>38</sup>.

A nivel normativo, non obstante, as recomendacións mencionadas só atoparon unha resposta concreta hai pouco: ao principio, por medio de previsións dirixidas a obrigar os Estados membros a introducir, nas respectivas estratexias nacionais, programas específicos de formación e de actualización profesional<sup>39</sup>; logo, por medio do reforzo das funcións institucionais da Axencia da Unión Europea para a Ciberseguridade (*European Union Agency for Network and Information Security*, en diante ENISA), encargada de promover unha maior conciencia das organizacións públicas, das empresas e dos cidadáns da Unión en materia de ciberseguridade, así como de asesorar os Estados membros nas súas iniciativas de instrución e de sensibilización colectiva<sup>40</sup>.

Baixo estas intervencións subxace a constatación do feito de que certo nivel de risco de seguridade se atopa inevitablemente nas modernas sociedades dixitais; «*some intrusions can be prevented or mitigated but others cannot, and any defensive scheme is necessarily imperfect. This is so because offense is much less costly than defense in cyberspace*»<sup>41</sup>. De aquí a necesidade de ver, na implicación directa da sociedade civil, unha formidable arma de prevención dos incidentes e dos ataques informáticos, co intento de desenvolver esa “inmunidade de grupo” indispensable para conter o risco cibernético por debaixo dos niveis admisibles<sup>42</sup>.

En concreto, máis alá das alegacións das teorías económicas que consideran a solidez das redes e dos *softwares* como un verdadeiro ben público<sup>43</sup>, a introdución de políticas e medidas que teñen o obxectivo de limitar os erros imputables ao a.d.

<sup>37</sup> Cfr. a Resolución do Consello do 18 de decembro de 2009 *Un enfoque cooperativo en materia de seguridade das redes e da información*, 2009/C 321/01, par. 3.

<sup>38</sup> Cfr. a Comunicación conxunta do 7 de febreiro de 2013 *Estratexia de ciberseguridade da UE: un ciberespazo aberto e seguro*, cit., par. 1.2.

<sup>39</sup> Art. 7, apartado 1, let. d), directiva NIS 1.

<sup>40</sup> Art. 4, apartados 7 e 10 do regulamento UE 2019/881. A institución da Axencia realizouse a cargo do Regulamento CE 460/2004, do 10 de marzo 2004.

<sup>41</sup> SALES, N.A., “Regulating Cyber-Security”, cit., p. 1545.

<sup>42</sup> MONTESSORO, P.L., “Cybersecurity: conoscenza e consapevolezza come prerequisiti per l’amministrazione digitale”, *Istituzioni del Federalismo*, n. 3, 2019, pp. 784-785.

<sup>43</sup> Véxanse, entre outros, GRADY, M.F. e PARISI, F., *Law and Economics of Cybersecurity*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005; ROSENZWEIG, P., *Cyber Warfare: How Conflict in Cyberspace is Challenging America and Changing the World*, Praeger Press, Westport, 2012; TADDEO, M., “Is Cybersecurity a Public Good?”, cit., pp. 350 e ss.; BRIGHI, R. e CHIARA, P.G., “La cybersecurity come bene pubblico: alcune riflessioni normative a partire dai recenti sviluppi nel diritto dell’Unione europea”, cit., pp. 25 e ss.

“factor humano”, permitirían obter vantaxes prácticas, que se aprecian polo menos por unhas razóns tripartitas.

En primeiro lugar, unha maior información á opinión pública con respecto ás principais tipoloxías de ameazas, ás correspondentes modalidades de detección e aos instrumentos de resposta, que a normativa prevé, contribuiría a reducir a eficacia dos ataques menos sofisticados.

Neste sentido, a consolidación de oportunas normas de “hixiene informática”, doadas de comprender e replicar mesmo para quen non ten unha preparación especializada (como aquelas relativas aos sistemas de autenticación, ás copias de seguridade e de recuperación ou á instalación de *antivirus* e *firewall*) permitiría deseñar un sistema, se non completamente seguro, si capaz de facer fronte aos perigos do ciberespazo máis comúns e coñecidos<sup>44</sup>. Isto daríalles ás autoridades públicas a posibilidade de concentrar os seus propios recursos cara aos suxeitos máis indefensos, como os usuarios maiores ou moi novos, moitas veces dotados de escasas competencias básicas de informática e, polo tanto, aínda máis expostos ao risco de caer en trampas virtuais dispostas por criminais profesionais.

En segundo lugar, un maior intercambio de boas prácticas (*best practices*) e de directrices de comportamento en liña determinaría un desexable incremento do número das comunicacións e dos avisos por parte dos usuarios.

Esta circunstancia contribuiría non só a establecer unha relación máis directa entre os destinatarios dos ataques e os órganos administrativos encargados da atención e da axuda, senón tamén a proporcionar unha mellor comprensión do nivel de difusión das ameazas e das modalidades de ataque dos *hackers*. Estes últimos, de feito, a través de complexos sistemas de enxeñaría social, destinados a aproveitarse da inxenuidade dos individuos, agora son capaces de introducirse en moitos *servers*, apoderarse deles e afectar a obxectivos (*target*) de considerable relevancia, sen arriscarse a que as autoridades policiais os detecten<sup>45</sup>. Por esta razón, ademais do perfil da seguridade exterior, as modernas estratexias de ciberseguridade deberían prestar especial atención ás vulnerabilidades relacionadas coa seguridade interior<sup>46</sup>.

Por último, un apoio económico constante e operativo en favor de iniciativas no ámbito da formación cibernética facilitaría considerablemente a creación dunha verdadeira cultura da seguridade e do risco informático.

Un obxectivo que –malia representar unha das tarefas da ENISA<sup>47</sup> e, por último, da ACN<sup>48</sup>, mesmo a través da activación de cursos universitarios específicos e da

<sup>44</sup> ZICCARDI, G., “La cybersecurity nel quadro tecnologico (e politico) attuale”, Ziccardi, G. e Perri, P. (dirs.), *Tecnologia e diritto*, vol. III, Giuffrè, Milano, 2019, p. 210.

<sup>45</sup> Pénsese no acontecido a algúns xuíces da Corte dei Conti en setembro de 2022. Eles foron vítimas dunha insidiosa operación de suplantación de identidade (*phishing*), que empezou co envío dunha mensaxe, que contiña a solicitude duns datos e ao parecer enviada do teléfono profesional dun compañeiro, ao seu propio móbil. Contestando a mensaxe, os xuíces permitíronlles de feito aos criminais informáticos o acceso aos contactos da súa propia rúbrica e ás súas conversacións de WhatsApp, onde se atopaban documentos reservados.

<sup>46</sup> A este respecto, DE VERGOTTINI, G., “Una rilettura del concetto di sicurezza nell’era digitale e della emergenza normalizzata”, *Rivista Aic*, n. 4, 2019, p. 77.

<sup>47</sup> Art. 3, par. 1, let. j), Regulamento CE 460/2004, do 10 de marzo de 2004.

<sup>48</sup> Art. 7, apartado 1, let. u), DL n. 82/2021.

asignación de bolsas de estudos e de investigación ou doutoramentos<sup>49</sup> – aínda parece lonxe de realizarse plenamente, sobre todo no noso ordenamento.

Ao respecto, téñase en conta que, como afirma o recente informe Censis-*Deepcyber* de abril de 2022<sup>50</sup>, o 40 % dos cidadáns italianos permanece indiferente ou non se protexe en absoluto contra os ataques informáticos; segundo esta investigación, ademais, só o 24,3 % dos italianos declara que coñece concretamente o significado da palabra ciberseguridade, mentres que o 58,6 % declara que coñece o tema a grandes trazos e o 17,1 % declara que non sabe que é.

Tamén por estes motivos, no ámbito da nomeada estratexia italiana 2022-2026, se indican expresamente a formación e a promoción da cultura en materia de ciberseguridade como “factores habilitadores” necesarios para o alcance das finalidades de protección, de resposta e de desenvolvemento nela recollidas.

Ao respecto, a dita documentación remarca a existencia de actuar con dúas principais intervencións.

Por un lado, establécese un programa capilar de educación dixital para todos os niveis de educación escolar, co obxectivo de estimular, nos usuarios máis novos, a elección de boas condutas no espazo cibernético e de desenvolver novas profesionalidades nas carreiras técnico-científicas, mesmo co obxectivo de reducir a distancia relativa ás competencias con respecto doutros países.

Por outro lado, a estratexia propón a organización de cursos de formación especializada adecuados e de actualizacións profesionais, dirixidos aos empregados das administracións públicas e aos dos entes privados, grandes ou pequenos, con especial atención aos que ocupan posicións apicais. A estas últimas, de feito, corresponderá-lles establecer eficaces plans de xestión interior do risco cibernético e proporcionar axeitados mecanismos de mitigación e de aviso, mesmo a través de operacións de autoavaliación do seu propio nivel de exposición.

Está claro que a efectiva realización destes obxectivos, dirixidos a reducir os descoidos e os erros máis comúns dos operadores e dos usuarios da dimensión cibernética, implicará custos elevados; non obstante, se é certo que o elo máis débil da cadea de seguridade está representado xusto polo factor humano, entón “non facer nada tería custos moito máis elevados”<sup>51</sup>.

<sup>49</sup> Art. 7, apartado 1, let. v), DL n. 82/2021.

<sup>50</sup> Cfr. o informe Censis-*Deepcyber*, do 22 de abril de 2022, *Il valore della cybersecurity*, dispoñible en [www.censis.it](http://www.censis.it). Aos datos contidos neste informe hai que lles engadir aqueles referidos na edición do 2022 do Índice europeo de dixitalización da economía e da sociedade (*Digital Economy and Society Index*, DESI), que coloca Italia na posición 18 e, polo que se refire ao capital humano, na posición 25 entre os 27 Estados membros, posto que só o 46 % dos cidadáns italianos de entre os 16 e os 74 anos ten polo menos coñecementos dixitais básicos.

<sup>51</sup> GORI, U., “Lo spazio ciberneticò tra esigenze di sicurezza nazionale e tutela delle libertà individuali”, *Informazioni difesa*, supl. n. 6, 2014, p. 21.

## 4 Patróns de colaboración entre sector público e privado e perspectivas de *iure condendo*

Nos parágrafos anteriores púxose en evidencia a necesidade de promover unha maior colaboración entre público e privado nos sistemas nacionais de seguridade cibernética, como medida fundamental de prevención e de reacción ante o significativo aumento dos incidentes e dos ataques informáticos rexistrados a nivel mundial.

Como se sinalou, o logro deste resultado está completamente avalado polas recentes directrices europeas en temas de ciberseguridade, que implican todos os compoñentes da sociedade na construción dunha “Unión da seguridade verdadeira e eficaz”<sup>52</sup>, que se basea en instrumentos, coñecementos e actitudes, comúns e compartidos, impulsados mesmo pola mencionada directiva UE 2022/2555, a.d. directiva NIS 2<sup>53</sup>.

Para poder aproveitar ao máximo os mencionados beneficios que proceden da actuación do achegamento “*whole of society*” de matriz supranacional –cuxo valor xa é recoñecido mesmo no ordenamento xurídico italiano– parece importante actuar, en particular, en dous aspectos problemáticos fundamentais.

En primeiro lugar, unha vez recoñecido que «o dereito do risco perfila patróns relacionais baseados máis que en mecanismos de “*command and control*” ou total “autoadministración” privada, na integración e na cooperación entre público e privado»<sup>54</sup>, non parece posible deixar a aplicación do novo paradigma exclusivamente en mans da mera adhesión voluntaria dos suxeitos interesados. En cambio, sobre todo na fase de experimentación das novas propostas, sería necesario fixar con que modalidades e en que límites a colaboración debe realizarse. Iso implica, por exemplo, a conclusión de acordos contractuais destinados a aclarar os incentivos económicos, a repartición dos riscos, as condicións de privacidade e as cláusulas de exención das responsabilidades para as empresas do sector<sup>55</sup>.

---

<sup>52</sup> Cfr. a Comunicación da Comisión Europea do 24 de xullo de 2020, *Estratexia da UE para a Unión pola Seguridade*, COM (2020) 605 final, par. 3, onde se reafirma que: «[...] a cooperación co sector privado é fundamental, tanto máis que a industria conta cunha parte importante da infraestrutura dixital e non dixital indispensable para loitar de forma eficaz contra a criminalidade e o terrorismo. Igualmente, cada individuo pode achegar a súa contribución, creando por exemplo competencias e conciencia para combater a criminalidade informática ou a desinformación».

<sup>53</sup> A nova acción intervéñ para aclarar e ampliar o alcance da anterior disposición UE 2016/1148, e, desde o punto de vista subxectivo, facendo referencia á detección dos suxeitos involucrados na cadea de xestión do risco cibernético, e, desde o punto de vista obxectivo, facendo referencia ás obrigas de aviso e de seguridade. É interesante sinalar, por un lado, como a Comisión Europea expresamente cualificara os entes da Administración pública, central e rexional (agás os que desenvolven as súas actividades «nos sectores da seguridade nacional, da seguridade pública, de defensa, mesmo a prevención, a investigación, a comprobación e a persecución dos crimes»), como suxeitos que operan en sectores “de alta criticidade” e, por outro, como a mesma Comisión ampliase o ámbito de aplicación da disposición mesmo ás PMI, en caso de que estas últimas se consideren esenciais para a vida económica e social dun Estado membro.

<sup>54</sup> Sobre isto, BARONE, A., *Il diritto del rischio*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 64 e ss.

<sup>55</sup> Sobre o tema, véxanse BOSSONG, R. e WAGNER, B., “A Typology of Cybersecurity and Public-Private Partnerships in the Context of the European Union”, cit., p. 284, que subliñan que: «*In the area of cybersecurity, other forms of risks and responsibilities beyond timely construction or reliable service provision have to be considered. Governments are also increasingly able to exert pressure to obtain “voluntary” cooperation from business [...]. But when dealing with new or advanced cyber threats, public actors often enter these partnerships as the weaker partner, reliant on specialised IT companies to define the level of vulnerability and appropriate countermeasures*».

Dito doutro xeito, se por un lado «*computer hygiene and basic cybersecurity arrangements should become part of the everyday skills of any internet user, and in the corporate environment cybersecurity should become an overall management challenge, requiring a holistic risk-management approach*», por outro «*it is thus clear that new conceptual approaches to cybersecurity are required to make the behaviour of all players in this market more incentive-compatible*»<sup>56</sup>.

En segundo lugar, estando clara a importancia da cooperación nos sectores da investigación e da innovación –obxecto, non por casualidade, do primeiro acordo de colaboración estipulado nesta materia en sede europea<sup>57</sup>–, a atención do lexislador nacional debería dirixirse aínda máis a regulamentar formas máis estables e articuladas de colaboración.

Ao respecto, cabe destacar como a ENISA invitou varias veces os Estados membros a investir nesta dirección, identificando, en particular, catro paradigmas principais xa presentes en Europa<sup>58</sup>: I) o *Institucional PPP*, destinado a garantir a protección de institucións e infraestruturas críticas a través dunha cooperación a longo prazo entre os interesados, que se cumpre, por exemplo, no desenvolvemento de actividades de soporte operativo, de análise de datos, de elaboración de boas prácticas, de control dos estándares de seguridade e doutros servizos<sup>59</sup>; II) o *Goal-oriented PPP*, destinado a promover a cultura da seguridade informática nos Estados membros a través da constitución de centros e de grupos de intercambio de coñecementos e de solucións prácticas sobre argumentos concretos<sup>60</sup>; III) o *Service outsourcing PPP*, útil para presentar ás autoridades públicas competentes as problemáticas cibernéticas máis importantes nun sector empresarial específico e a suxerir, por conseguinte, os oportunos actos normativos e de orientación que deben adoptarse para solucionarlas<sup>61</sup>; o *Hybrid PPP*, que constitúe unha combinación do primeiro e do terceiro patrón, moitas veces utilizado para deixar en mans de entes privados cualificadas funcións e tarefas que as mesmas institucións nacionais non están á altura de exercer, como as inherentes ás actividades de aviso e de resposta en caso de ataques cibernéticos<sup>62</sup>.

A elección do patrón de colaboración que se debe implementar déixase, en realidade, a cada Estado membro, posto que «*there is no universal, simple solution that applies*

<sup>56</sup> Así, PUPILLO, L., “EU Cybersecurity and the Paradox of Progress”, *CEPS policy insights*, n. 6, 2018, p. 3.

<sup>57</sup> Trátase do Acordo de cooperación público-privada sobre a ciberseguridade do 5 de xullo de 2016, promovido pola Comisión Europea do 6 de maio de 2015, *Estratexia para o mercado único dixital en Europa*, COM (2015) 192 final, par. 3.4., con que se instaurou unha cooperación máis estable entre suxeitos diferentes, públicos e privados, interesados en promover a investigación e a innovación no ámbito cibernético, promover a industria europea da seguridade informática e introducir solucións innovadoras e fiables (produtos, servizos e *software* TIC) nalgúns sectores estratéxicos da Unión (*i.e.*, enerxía, sanidade, transportes, finanzas). En concreto, o acordo recibiu un investimento por parte da Unión Europea, no marco do programa Horizonte 2020, de 450 millóns de euros, mentres os investimentos dos operadores do mercado da ciberseguridade, representados pola Organización Europea para a Seguridade Informática (ECISO), foron tres veces maiores, para un total de aproximadamente 1,8 miles de millóns entre o 2016 e 2020.

<sup>58</sup> Cfr. ENISA, *Public Private Partnerships (PPP). Cooperative models*, novembro 2017, par. 3 e ss. (Acceso web: consultable en [www.enisa.europa.eu](http://www.enisa.europa.eu))

<sup>59</sup> Trátase do patrón difundido en Estonia e en Polonia.

<sup>60</sup> Trátase do patrón presente en España, Reino Unido, Luxemburgo, Holanda, Austria e Eslovaquia.

<sup>61</sup> Trátase do patrón que se atopa en Alemaña e en Austria.

<sup>62</sup> Patrón presente, por exemplo, na República Checa.

to all the nations for creating and developing PPP. It is rather a national issue, connected with the culture and the way how the whole political and economic system works»<sup>63</sup>.

Tendo en conta estas consideracións, é posible destacar a existencia de introducir sucesivas fases e modalidades de implicación da clase privada-empresarial no ámbito da arquitectura italiana de tutela da seguridade cibernética, en especial na determinación das políticas, dos procedementos, dos estándares, das medidas e contramedidas máis importantes na materia<sup>64</sup>.

Parecen inadecuadas para asegurar este obxectivo, de feito, as previsións normativas actualmente vixentes, que contemplan a mera participación sen dereito de voto ás reunións do Núcleo para a Ciberseguridade dos «suxeitos públicos ou privados eventualmente interesados» en situacións de crise de natureza cibernética<sup>65</sup> e que deixan en mans do ACN a tarefa de establecer «cun regulamento propio» os niveis mínimos de seguridade, de capacidade de elaboración, de aforro enerxético e de fiabilidade das infraestruturas dixitais da Administración pública<sup>66</sup>, ademais de promover, en xeral, a creación de actuacións de colaboración.

De aí a contraproba do feito de que, a pesar da retórica da transición dixital, aínda poida ser difícil para un Estado esa «confesión de fracaso»<sup>67</sup> ao regulamentar e tutelar con autonomía e con recursos propios a seguridade pública no ciberespazo.

## Bibliografía

- AMATO MANGIAMELI, A.C. e SARACENI, G. (dirs.), *I reati informatici. Elementi di teoria generale e principali figure criminose*, Giappichelli, Torino, 2019.
- ATERNO, S., *Sicurezza informatica. Aspetti giuridici e tecnici*, Pacini, Pisa, 2022.
- BARONE, A., *Il diritto del rischio*, Giuffrè, Milano, 2006.
- BARONI, M., “Intelligenza artificiale e cybersicurezza in una prospettiva costituzionale”, Cerrina Feroni, G., Fontana, C. e Raffiotta, E.C. (dirs.), *AI Anthology*, Il Mulino, Bologna, 2022.

<sup>63</sup> Cfr. ENISA, *Public Private Partnerships (PPP). Cooperative models*, cit., par. 3.

<sup>64</sup> Sobre a necesidade de promover, na Unión, un sistema de ciberseguridade aberto á participación e á colaboración dos actores privados, mesmo co fin de facilitar o alcance do obxectivo n. 16 da Axenda ONU 2030 para o Desenvolvemento Sostible, dedicado á promoción de sociedades pacíficas e inclusivas, así como á construción de institucións responsables e eficaces a todos niveis, véxanse ROSSA, S., “Administrative Law Reflections on Cybersecurity, and on its Institutional Actors, in the European Union and Italy”, *Italian Journal of Public Law*, n. 2, 2022, pp. 449-450.

<sup>65</sup> Artigo 10, apartado 3, DL n. 82/2021. O Núcleo para a ciberseguridade (en orixe, Núcleo para a Seguridade Cibernética) foi implantado polo DPCM n. 66/2013, co fin de coordinar a acción de todos os suxeitos involucrados na preparación e na xestión das situacións de crise e activar os eventuais procedementos de alerta e de resposta. Desde 2021 o Núcleo opera na Axencia Nacional para a Ciberseguridade.

<sup>66</sup> Artigo 33-*septies*, apartado 4, DL do 18 de outubro de 2012, n. 179, conversión con modificación da Lei do 17 de decembro de 2012, n. 221.

<sup>67</sup> MONTI, A., “Internet e ordine pubblico”, Cassano, G. e Previti, S. (dirs.), *Il diritto di internet nell'era digitale*, Giuffrè, Milano, 2020, p. 75. Sobre as inevitables dificultades que os poderes públicos atopan en regulamentar as conexións e relacións humanas que teñen lugar no espazo virtual, véxanse, por último, MANNONI, S. e STAZI, G., *Sovranità.com. Potere pubblico e privato ai tempi del cyberspazio*, Editoriale scientifica, Napoli, 2021; BETZU, M., *I baroni del digitale*, Editoriale scientifica, Napoli, 2022.

- BASSINI, M., “Cybersecurity”, Paracampo, M.T. (dir.), *Fintech. Introduzione ai profili giuridici di un mercato unico tecnologico dei servizi finanziari*, Giappichelli, Torino, 2021.
- BETZU, M., *I baroni del digitale*, Editoriale scientifica, Napoli, 2022.
- BOSSONG, R. e WAGNER, B., “A Typology of Cybersecurity and Public-Private Partnerships in the Context of the European Union”, *Crime, Law and Social Change*, n. 67, 2017.
- BRIGHI, R. e CHIARA, P.G., “La cybersecurity come bene pubblico: alcune riflessioni normative a partire dai recenti sviluppi nel diritto dell’Unione europea”, *Federalismi.it*, n. 21, 2021.
- CAPPELLETTI, F. e MARTINO, L., “Achieving robust European cybersecurity through public-private partnerships: approaches and developments”, *Elf discussion paper*, n. 4, 2021.
- CAROTTI, B., “Sicurezza cibernetica e Stato nazione”, *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 5, 2020.
- CASINI, L., *Lo Stato nell’era di Google. Frontiere e sfide globali*, Mondadori, Milano, 2020.
- CASSESE, S., “A Che serve la formazione dei dipendenti pubblici?”, *Politica del diritto*, 1989.
- CASSESE, S., *La crisi dello Stato*, Laterza, Roma-Bari, 2002.
- CASSESE, S., *Lo spazio giuridico globale*, Laterza, Roma-Bari, 2003.
- CENCETTI, C., *Cybersecurity: Unione europea e Italia. Prospettive a confronto*, Nuova Cultura, Roma, 2014.
- CLARKE, A. e KNAKE, R.K., *Cyber War: The Next Threat to National Security and What To Do About It*, HarperCollins Publishers, New York, 2010.
- CONTALDO, A. e MULA, D. (dirs.), *Cybersecurity Law*, Pacini, Pisa, 2020.
- DE NARDIS, L., *The Internet in Everything. Freedom and Security in a World with No Off Switch*, Yale University Press, New Haven, 2020.
- DE VERGOTTINI, G., “Una rilettura del concetto di sicurezza nell’era digitale e della emergenza normalizzata”, *Rivista Aic*, n. 4, 2019.
- DONATI, D., “Digital divide e promozione della diffusione delle ICT”, Merloni, F. (dirs.), *Introduzione all’e-Government*, Giappichelli, Torino, 2005.
- ENISA, *Public Private Partnerships (PPP). Cooperative models*, novembre 2017. Accesso web: [www.enisa.europa.eu](http://www.enisa.europa.eu).
- FORGIONE, I., “Il ruolo strategico dell’Agenzia nazionale per la cybersicurezza nel contesto del sistema di sicurezza nazionale: organizzazione e funzioni, tra regolazione europea e interna”, *Diritto amministrativo*, n. 4, 2022.
- GORI, U., “Lo spazio cibernetico tra esigenze di sicurezza nazionale e tutela delle libertà individuali”, *Informazioni difesa*, suppl. n. 6, 2014.
- GORI, U., “Nuovi approcci alla sicurezza cibernetica: la diplomazia preventiva come strumento di difesa attiva”, Gori, U. (dir.), *Cyber Warfare 2018. Dalla difesa passiva alla risposta attiva: efficacia e legittimità della risposta attiva alle minacce cibernetiche*, Franco Angeli, Milano, 2019.

Regap



ESTUDOS

- GRADY, M.F. e PARISI, F., *Law and Economics of Cybersecurity*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.
- KESAN, J.P. e HAYES, C.M., “Creating a “Circle of Trust” to Further Digital Privacy and Cybersecurity Goals”, *Michigan State Law Review*, 2014.
- KOHLER, C., “The EU Cybersecurity Act and European standard: an introduction to the role of European standardization”, *International Cybersecurity Law Review*, n. 1, 2020.
- LAURO, A., “Sicurezza cibernetica e organizzazione dei poteri: spunti di comparazione”, *La Rivista Gruppo di Pisa*, n. 3, 2021.
- MANNONI, S. e STAZI, G., *Sovranità.com. Potere pubblico e privato ai tempi del cyberspazio*, Editoriale scientifica, Napoli, 2021.
- MELE, S., “Il Perimetro di sicurezza nazionale cibernetica e il nuovo «golden power»”, Cassano, G. e Previti, S. (dirs.), *Il diritto di internet nell’era digitale*, Giuffrè, Milano, 2020.
- MONTESSORO, P.L., “Cybersecurity: conoscenza e consapevolezza come prerequisiti per l’amministrazione digitale”, *Istituzioni del Federalismo*, n. 3, 2019.
- MONTI, A., “Internet e ordine pubblico”, Cassano, G. e Previti, S. (dirs.), *Il diritto di internet nell’era digitale*, Giuffrè, Milano, 2020.
- NOTO LA DIEGA, G., *Internet of Things and the Law. Legal Strategies for Consumer-Centric Smart Technologies*, Routledge, Londra, 2022.
- PAGANINI, P., “Cybercrime-as-a-Service: EU Perspectives”, Martino, L. e Gamal, N. (dirs.), *European Cybersecurity in Context. A Policy-Oriented Comparative Analysis*, Elf study, Brussels, 2022.
- PARONA, L., “L’istituzione dell’Agenzia per la cybersicurezza nazionale”, *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 6, 2021.
- PREVITI, L., “Pubblici poteri e cybersicurezza: il lungo cammino verso un approccio collaborativo alla gestione del rischio informatico”, *Federalismi.it*, n. 25, 2022.
- PUPILLO, L., “EU Cybersecurity and the Paradox of Progress”, *CEPS policy insights*, n. 6, 2018.
- RAFFIOTTA, E.C., “Cybersecurity regulation in the European Union and the issues of Constitutional Law”, *Rivista AIC*, n. 4, 2022.
- RAMAJOLI, M., “Quale cultura per l’amministrazione pubblica?”, *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 2, 2017.
- RAYES, A. e SALAM, S., *Internet of Things: from Hype to Reality*, Springer, Cham, 2019.
- RENZI, A., “La sicurezza cibernetica: lo stato dell’arte”, *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 4, 2021.
- RODOTÀ, S., *Il mondo nella rete. Quali i diritti, quali i vincoli*, Laterza, Roma-Bari, 2014.
- ROSSA, S., “Administrative Law Reflections on Cybersecurity, and on its Institutional Actors, in the European Union and Italy”, *Italian Journal of Public Law*, n. 2, 2022.
- ROSENZWEIG, P., *Cyber Warfare: How Conflict in Cyberspace is Challenging America and Changing the World*, Praeger Press, Westport, 2012.
- SALES, N.A., “Regulating Cyber-Security”, *Northwestern University Law Review*, vol. 107, n. 4, 2013.

- SALES, N.A., “Privatizing Cybersecurity”, *UCLA Law Review*, vol. 65, n. 3, 2018.
- SERINI, F., “La nuova architettura di cybersicurezza nazionale: note a prima lettura del decreto-legge n. 82 del 2021”, *Federalismi.it*, n. 12, 2022.
- SGUEO, G., *Il divario. I servizi pubblici digitali tra aspettative e realtà*, Egea, Milano, 2022.
- TADDEO, M., “Is Cybersecurity a Public Good?”, *Minds & Machines*, n. 29, 2019.
- TORCHIA, L., *Lo Stato digitale. Una introduzione*, Il Mulino, Bologna, 2023.
- TROPINA, T., “Public-private collaboration: Cybercrime, cybersecurity and nationals’ security”, Tropina, T. e Callanan, C. (dirs.), *Self- and Co-regulation in Cybercrime, Cybersecurity and National Security*, Springer, Cham, 2015.
- URSI, R., “La difesa: tradizione e innovazione”, *Diritto Costituzionale*, n. 1, 2022.
- WEBER, R.H. e STUDER, E., “Cybersecurity and the Internet of Things: Legal Aspect”, *Computer Law & Security Review*, n. 36, 2016.
- ZICCARDI, G., “La cybersecurity nel quadro tecnologico (e politico) attuale”, Ziccardi, G. e Perri, P. (dirs.), *Tecnologia e diritto*, vol. III, Giuffrè, Milano, 2019.

Regap



ESTUDOS



# Regap

## Comentarios e crónicas

# 2





Revista Galega de Administración Pública, EGAP  
Núm. 65\_xaneiro-xuño 2023 | pp. 127-138  
Santiago de Compostela, 2023  
<https://doi.org/10.36402/regap.v1i65.5055>  
© José Manuel Novoa Falcón  
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371  
Recibido: 27/01/2023 | Aceptado: 01/06/2023

Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

65 Regap

## O complemento de produtividade e a súa vinculación cos servizos prestados

El complemento de productividad y su vinculación con los servicios prestados  
Productivity bonus and its link with the services rendered

JOSÉ MANUEL NOVOA FALCÓN  
Ministerio de Política Territorial

<https://orcid.org/0000-0003-3161-5369>

[josemanuel.novoa@correo.gob.es](mailto:josemanuel.novoa@correo.gob.es)

**Resumo:** O vixente artigo 23 da Lei 30/1984, do 2 de agosto, de medidas para a reforma da función pública, recolle dous tipos de retribucións, básicas e complementarias. Entre as retribucións complementarias está o complemento de produtividade, cuxo obxecto é retribuír o especial rendemento, a actividade extraordinaria e o interese ou iniciativa con que o funcionario desempeña o seu traballo. Este compoñente retributivo non sempre está regulado para cada ministerio ou organismo e ás veces, malia estalo, a regulación non prevé determinadas circunstancias como a data da devindicación destes conceptos ou ben as previsións contidas son contrarias ao ordenamento xurídico. Estes dous últimos casos constitúen o obxecto deste artigo.

**Palabras clave:** Función pública, retribucións, produtividade, transparencia, igualdade retributiva.

**Resumen:** El vigente artículo 23 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, recoge dos tipos de retribuciones, básicas y complementarias. Entre las retribuciones complementarias está el complemento de productividad, cuyo objeto es retribuir el especial rendimiento

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

to, la actividad extraordinaria y el interés o iniciativa con que el funcionario desempeñe su trabajo. Este componente retributivo no siempre está regulado para cada ministerio u organismo y a veces, a pesar de estarlo, la regulación no prevé determinadas circunstancias como la fecha del devengo de estos conceptos o bien las previsiones contenidas son contrarias al ordenamiento jurídico. Estos dos últimos casos constituyen el objeto del presente artículo.

**Palabras clave:** Función pública, retribuciones, productividad, transparencia, igualdad retributiva.

**Abstract:** Article 23, currently in force, of Law 30/1984, of 2 August 1984, on measures for the reform of the civil service, sets out two types of remuneration, basic and supplementary. Among the supplementary remuneration is the productivity allowance, the purpose of which is to reward the special performance, extraordinary activity and interest or initiative with which the civil servant carries out his or her work. This remuneration component is not always regulated for each ministry or body and sometimes, even when it is, the regulation does not provide for certain circumstances such as the date of accrual of these concepts or the provisions they contain are contrary to the legal system. These last two cases are the subject of this article.

**Key words:** Civil service, remuneration, productivity, transparency, equal pay.

**SUMARIO:** 1 Introducción. 2 Concepto de complemento de produtividade na Administración xeral do Estado e a súa motivación. 3 O complemento de produtividade e o acceso á información. 4 A data da devinición do complemento de produtividade. 5 Conclusión.

## 1 Introducción

Antes de iniciar o exame do complemento de produtividade, convén facer un repaso dos conceptos retributivos do persoal ao servizo da Administración xeral do Estado.

A normativa aplicable respecto do réxime retributivo contense nos artigos 23 e 24 da Lei 30/1984, do 2 de agosto, de medidas para a reforma da función pública, pois, aínda que o texto refundido do Estatuto básico do empregado público, aprobado polo Real decreto legislativo 5/2015, do 30 de outubro (en diante, TREBEP), regula esta materia nos artigos 21 a 30, contidos no capítulo III do seu título III, os ditos preceptos entrarán en vigor cando sexan desenvolvidos por unha lei de función pública, agás o disposto no artigo 25.2, que se atopa a día de hoxe plenamente vixente, tal como reza o apartado primeiro da súa disposición final cuarta.

Así as cousas, o artigo 23 da Lei 30/1984 divide os conceptos retributivos en dous:

- a) Retribucións básicas, que comprenden o soldo, os trienios e as pagas extraordinarias.
- b) Retribucións complementarias, que abranguen o complemento de destino, o complemento específico, o complemento de produtividade e as gratificacións por servizos extraordinarios.

O artigo 24, pola súa parte, establece que as contías de soldo e trienios serán iguais para todas as administracións públicas en función do grupo ou subgrupo en que estea clasificado o corpo ou escala.

## 2 Concepto de complemento de produtividade na Administración xeral do Estado e a súa motivación

O concepto de produtividade, tal como di a letra c) do artigo 23.3 da Lei 30/1984, ten por obxecto retribuír o especial rendemento, a actividade extraordinaria e o interese ou iniciativa con que o funcionario desempeña o seu traballo. A lei non explica en que consisten estes conceptos; estamos, polo tanto, ante conceptos xurídicos indeterminados, polo que cada un deles pode darse ou non. Sen prexuízo disto, parece ser que a lei os considera no seu conxunto e non por separado e que lle corresponde polo tanto a un funcionario polo seu especial esforzo ao prestar os seus servizos, polo que existe un compoñente eminentemente subxectivo, a diferenza do que sucede co complemento específico ou o complemento de destino, que teñen a súa base nas características e funcións do posto de traballo desempeñado. Precisamente sobre a diferenza entre o complemento específico e o de produtividade pronunciouse o Tribunal Supremo, ao dicir que *a finalidade dos complementos específico e de produtividade aparece perfectamente caracterizada na mesma norma legal que os regula; o primeiro, retribuír as condicións particulares dalgúns postos de traballo, en atención á súa especial dificultade técnica, dedicación, responsabilidade, incompatibilidade, perigosidade ou penosidade; o segundo, destinado a retribuír o especial rendemento, a actividade extraordinaria e o interese ou iniciativa con que o funcionario desempeña o seu traballo*<sup>1</sup>.

Os departamentos ministeriais e resto de organismos públicos adoitan regular a concesión do complemento de produtividade a través dunha resolución ditada normalmente polo órgano que ten atribuídas as competencias en materia de recursos humanos, polo que adoita ser habitual que as subsecretarías dos ministerios sexan o órgano competente para o seu ditado e que a súa aplicación rexa ben no ministerio ou tamén nos seus organismos públicos, cuxos máximos órganos de dirección en ocasións ditan as súas propias resolucións en materia de produtividade, tal como sucede no Instituto Nacional da Seguridade Social ou no Servizo Público de Emprego Estatal.

A práctica administrativa, considerando a literalidade da letra c) do artigo 23.3 da Lei 30/1984, adoita retribuír o seu persoal polos seguintes conceptos de produtividade.

a) Especial dedicación: Esta modalidade ten o seu engarzamento co tipo de xornada de especial dedicación regulada na Resolución do 28 de febreiro de 2019 da Secretaría de Estado de Función Pública, pola que se ditan instrucións sobre xornada e horarios de traballo do persoal ao servizo da Administración xeral do Estado e os seus organismos públicos (BOE do 1 de marzo). Este tipo de produtividade consiste no aumento da xornada laboral por necesidades do servizo, pasando a xornada semanal de 37,5 a 40 horas. Ao ser unha xornada especial, queda fóra do concepto de gratificacións por servizos fóra da xornada do apartado 4 do artigo 23 da Lei 30/1984.

b) Produtividade por obxectivos: Esta modalidade correspóndese coa participación do funcionario no cumprimento dos obxectivos que ten asignados a unidade na cal presta servizos. Aquí ten un enorme peso ben a instrución de produtividade ditada

<sup>1</sup> Tribunal Supremo, Sala 3.ª do Contencioso Administrativo, Sentenza do 25 de maio de 1992. ECLI:ES:TS:1992:17501.

para o efecto ou ben os obxectivos cuantificables que son propostos para cada unidade por parte do centro directivo ao que pertencen. De non existir unha instrución de produtividade ou o establecemento duns obxectivos cuantificables, posto que non en todas as unidades, en atención ao traballo realizable, é viable ou mesmo posible establecer eses obxectivos, podemos dicir que se distribúe este complemento a xuízo da persoa titular ben da unidade ou ben do centro directivo, en función dos conceptos que retribúe o complemento de produtividade, feito que sen dúbida é plenamente acorde ao espírito da lei.

A percepción dunha destas modalidades de produtividade xeralmente non impide a percepción da outra, sendo perfectamente compatibles. Como se dixo arriba, os ministerios e organismos poden ditar unha instrución que regule a percepción deste complemento e as súas contías; non obstante, non se configura como un requisito *sine qua non* para a súa devindicación. A práctica administrativa actual fai que a primeira se perciba naquel ou naqueles meses en que se realice a xornada de especial dedicación, mentres que a segunda se liquida normalmente de forma anual ou semestral.

En calquera caso, resulta indubidable que a concesión deste complemento, que por outro lado non ten por que ser fixo na súa contía nin xornal na súa devindicación, é unha potestade discrecional da Administración, polo que a decisión tanto da súa concesión como da súa supresión debe atender a unha motivación, resultando susceptible de control por parte de xuíces e tribunais. Como di Sarmiento Larrauri, trátase dun complemento persoal malia que a súa procedencia e a súa contía sexan fixadas por un órgano administrativo en atención a circunstancias relacionadas co desempeño do posto de traballo, permitindo que funcionarios con idéntico posto de traballo perciban contías diferentes<sup>2</sup>.

O feito de que a percepción dese complemento emane de determinados aspectos do traballo dunha persoa nun momento concreto implica que sexa un concepto que teña un carácter persoalísimo.

Sobre o dito carácter persoalísimo dese complemento pronúnciase o TSX de Madrid nos seguintes termos: *é o complemento máis individualizado de todos relacionado cunha dedicación ou actividade “non común” ou “fóra da orde” e, “en atención a ese superior rendemento motivado pola dedicación exclusiva, dedicación especial, prolongación de xornada, etc., ademais da maior cantidade de traballo...”, correspóndelle á Administración cuantificalo, en cuxa cuantificación, así como na determinación das condicións exixibles para a súa percepción, a Administración –coñecedora do funcionamento dos seus servizos– actúa con potestades discrecionais, o que non debe identificarse con discriminación, senón trato axeitado ás circunstancias de cada caso (SSTS do 20-2-86, 20-10-86 e 1-6-87)*<sup>3</sup>.

Este carácter de persoalísimo redunda en que persoas que desempeñan o mesmo posto de traballo poidan cobrar contías distintas, posto que a contía percibida non vai en función nin do corpo ou escala de adscrición, nin do grupo de titulación, nin tampouco do posto de traballo, senón en función dos conceptos que recolle a letra c)

<sup>2</sup> SARMIENTO LARRAURI, J.I., “El complemento de productividad y los tribunales”, *Actualidad Administrativa*, n. 20, Sección A Fondo, 2006, pp. 2452-2456.

<sup>3</sup> Tribunal Superior de Xustiza de Madrid, Sala do Contencioso Administrativo, Sentenza do 14 de marzo de 2014 (rec. 7/2012).

do artigo 23.3 da Lei 30/1984. Neste sentido, o Tribunal Supremo pronunciouse nunha recente sentenza, na que di que, *en efecto, aínda que sostén a recorrente que debe ser da mesma contía que o asignado aos outros funcionarios do seu grupo de titulación e nivel de posto de traballo, non ofrece argumento ningún sobre esa afirmada igualdade e dedícase a explicar que non houbo desinterese pola súa parte e que os reproches que se lle fixeron para xustificar a minoración da contía da súa produtividade no período considerado se deberon principalmente ao escaso tempo concedido para examinar unha documentación moi ampla, ás instrucións incorrectas recibidas e á ampliación da mostra que se lle impuxo. É dicir, trátase, en realidade, a formulada pola Sra. Encarnación, dunha controversia sobre os feitos ou, mellor dito, sobre a valoración dos feitos efectuada polo Tribunal de Contas. En todo caso, está claro que o complemento de produtividade non responde ao grupo de titulación nin ao nivel de posto de traballo, senón á actividade realizada polo empregado público en cuestión e a súa fixación a partir do seu labor e dos criterios que establecen os preceptos que definen este concepto retributivo, correspóndelle efectual de xeito discrecional pero motivado á Administración correspondente. Ademais, circunscrita a un período determinado, a asignación do complemento e o seu importe para este non significa que deba asignarse no seguinte nin que deba, en caso de que se considere xustificada esta retribución, ter a mesma contía que no anterior*<sup>4</sup>.

Visto que a diferenza retributiva na percepción do complemento de produtividade non reside no grupo ou subgrupo de referencia, resulta evidente que esa diferenza no cobramento ou na exclusión na percepción do dito complemento debe ter un motivo, xa que, pola contra, estaríamos ante un acto arbitrario e polo tanto anulable, pois é ben sabido, como se dixo máis arriba, que nos atopamos sen dúbida ningunha ante o exercicio dunha potestade discrecional da Administración que, ao amparo do disposto no artigo 35 da Lei 39/2015, do 1 de outubro, do procedemento administrativo común das administracións públicas, precisa ser motivado. Neste sentido tivo ocasión de pronunciarse o TSX de Galicia ao afirmar que *non se fixo, nin en vía administrativa nin nesta vía xudicial, ningunha referencia particular ou individual ao traballo desempeñado polo actor. O feito de que non se lle asignase o complemento de produtividade no exercicio 2007 non pode facer presumir que a súa actividade non alcanzase os niveis de esforzo e rendemento mínimo exixibles. Ningunha afirmación ao respecto foi feita dunha forma clara e directa pola Administración, que pretende defender a legalidade do acto impugnado baixo o argumento xenérico de que nos atopamos ante unha potestade discrecional da Administración*<sup>5</sup>.

Unha vez exposto o concepto de complemento de produtividade e as distintas modalidades que a práctica administrativa configurou, debe dicirse que en certas ocasións chega a desnaturalizarse, tal como di Arribas López<sup>6</sup>, e isto pode observarse cando a persoa non presta servizos, posto que, aínda que este complemento

<sup>4</sup> Tribunal Supremo, Sala 3.ª do Contencioso Administrativo, Sentenza 519/2021, do 15 de abril (rec. 58/2020), ECLI:ES:TS:2021:1344.

<sup>5</sup> Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, Sala do Contencioso Administrativo, Sentenza 1499/2010, do 22 de decembro (rec. 778/2008), ECLI:ES:TSXGAL:2010:11469.

<sup>6</sup> ARRIBAS LÓPEZ, E., "El complemento de productividad en la Administración General del Estado (2): alguna problemática práctica", *Actualidad Administrativa*, n. 19-20, Sección A Fondo, novembro 2012, 2012.

se percibe por un especial esforzo por parte da persoa, devíndicase tamén durante as vacacións, así como durante algunhas licenzas e permisos, o cal, como di o autor, foi apoiado por diversas resolucións xudiciais.

En opinión de quen subscribe este artigo, o complemento de produtividade non debería de devindicarse durante as situacións de incapacidade temporal, xa que supón que o funcionario non preste servizos, decaendo polo tanto os motivos polos que este se devindica, implicando colateralmente unha peor prestación de servizos por parte da unidade e na maioría dos casos propiciando un aumento da carga de traballo do resto de persoal da unidade. Non sucedería así coas vacacións, que son un permiso retribuído e non unha licenza, que teñen unha duración predeterminada pola lei e, tendo en conta iso, concédense en función das necesidades do servizo, permitindo a dosificación do traballo, dunha forma planificada, entre o resto do persoal.

A este respecto, Arribas López<sup>7</sup> distingue dúas situacións, mantendo a seguinte proposta:

- *Cando o complemento perdeu a súa natureza normativa subxectiva orixinaria no funcionamento administrativo e está vinculado ao desempeño de determinados postos de traballo, sostemos que o funcionario que se atope en situación de incapacidade temporal para o servizo o debe seguir percibindo nesa situación.*
- *No caso de que o complemento manteña na práctica a súa natureza subxectiva e a súa percepción veña condicionada por unha avaliación do funcionario relativa ao desempeño do seu posto de traballo, mantemos que non podería percibir o complemento, sempre, claro está, que a valoración do seu labor profesional non poida obxectivamente efectuarse pola duración da incapacidade temporal.*

### 3 O complemento de produtividade e o acceso á información

A Lei 30/1984 considera unha sorte de principio de publicidade respecto do complemento de produtividade, pois dispón que *as cantidades que perciba cada funcionario por este concepto serán de coñecemento público dos demais funcionarios do departamento ou organismo interesado, así como dos representantes sindicais.*

A este respecto, no ano 2015, a directora da daquela Oficina para a Execución da Reforma da Administración (OPERA), do Ministerio da Presidencia, solicitalle ao Consello de Transparencia e Bo Goberno que se adopten criterios uniformes sobre as seguintes cuestións:

- *A retribución dun determinado posto de traballo do sector público (xa sexa de persoal funcionario, laboral ou de carácter eventual) con ou sen a identificación do empregado público que o desempeña.*

---

<sup>7</sup> ARRIBAS LÓPEZ, E., "El complemento de productividad en la Administración General del Estado (2): alguna problemática práctica", cit.

- A RPT dos distintos organismos administrativos, así como a información sobre a identidade da persoa que desempeña un determinado posto de traballo.
- A produtividade que percibiu cada empregado público de xeito individualizado.

Finalmente, o Consello de Transparencia e Bo Goberno e a Axencia Española de Protección de Datos emiten o 24 de xuño de 2015 un criterio interpretativo conxunto sobre o alcance das obrigas dos órganos do sector público do artigo 2 da Lei 19/2013, de transparencia, acceso á información e bo goberno<sup>8</sup>, en materia de acceso á información pública sobre os tres aspectos arriba indicados.

Así as cousas, e no que a este traballo interesa, é dicir, ás retribucións, entre as que se atopa o complemento de produtividade, cómpre ponderar o interese público na divulgación da devandita información, concluíndo o informe que, cando o funcionario ocupa un posto de traballo de alto nivel na xerarquía do órgano, debe primar o interese público. Entre estes postos de traballo onde prima o interese público, e cuxa información se debe proporcionar de forma anualizada e en termos íntegros, é dicir, sen deducións, a teor do antes dito, atoparíanse:

- Persoal eventual de asesoramento e especial confianza.
- Titulares de órganos directivos.
- Persoal de libre designación que ocupe postos de traballo de niveis 28 a 30.

Por outro lado, o artigo 40 do TREBEP regula o acceso a determinada información, entre ela de carácter retributivo. Pois ben, o Tribunal Supremo pronunciouse recentemente, na súa Sentenza 748/2020, do 11 de xuño (recurso 577/2019), sobre a relación do dito precepto coa Lei 19/2013, cuxa disposición adicional regula a normativa aplicable ao dereito de acceso á información en presenza de normativa específica. O recurso de casación interpúñao a Avogacía do Estado contra unha sentenza ditada en apelación e que era confirmatoria doutra sentenza ditada polo Xulgado Central do Contencioso-Administrativo que confirmaban senllas resolucións do Consello de Transparencia e Bo Goberno no marco de determinada información relativa ao complemento de produtividade solicitada pola Xunta de Persoal á Delegación da AEAT en Valencia.

A xuízo do Avogado do Estado, no seu recurso de casación, o artigo 40 do Estatuto básico do empregado público debe completarse coas previsións contidas na Lei orgánica 11/1985, do 2 de agosto, de liberdade sindical, e no Estatuto dos traballadores, aprobado polo RD lexislativo 2/2015, do 23 de outubro, establecéndose así un conxunto de dereitos, deberes, facultades e funcións dos órganos de representación que integra un marco de relacións laborais constitutivo do réxime específico para o acceso á información dos órganos e representantes do persoal. Polo tanto, trátase dunha materia que conta coa súa propia regulación específica caracterizada pola súa

<sup>8</sup> CONSELLO DE TRANSPARENCIA E BO GOBERNO E AXENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, Criterio interpretativo CI/001/2015. Acceso web: <https://www.aepd.es/es/documento/ci-001-2015.pdf>.

estreita relación coa liberdade sindical, o que determina que a información sobre retribucións se proporciona a través das mesas de negociación cos sindicatos e polo tanto quedaría desprazado o réxime da Lei 19/2013 en aplicación da súa disposición adicional primeira.

Pois ben, a xuízo do Tribunal Supremo, o artigo 4.º TREBEP *non contén un réxime específico e alternativo que desprace o réxime xeral de acceso á información contido na Lei 19/2013, nin limita ou condiciona o acceso á información que as xuntas de persoal poden ter en relación con aquelas materias relativas aos empregados que representan e á información que lles atinxe*<sup>9</sup>. Na dita sentenza senta a seguinte doutrina: *as previsións contidas na Lei 19/2013, de transparencia e bo goberno, polo que respecta ao réxime xurídico previsto para o acceso á información pública, os seus límites e o procedemento que cómpre seguir, tan só quedan desprazadas, actuando neste caso como supletoria, cando outra norma legal dispoña un réxime xurídico propio e específico de acceso á información nun ámbito determinado, tal como establece a disposición adicional primeira, apartado segundo, da Lei 19/2013, do 9 de decembro.*

*Iso exige que outra norma de rango legal inclúa un réxime propio e específico que permita entender que nos atopamos ante unha regulación alternativa polas especialidades que existen nun ámbito ou materia determinada, creando unha regulación autónoma respecto dos suxeitos lexitimados e/ou o contido e límites da información que pode proporcionarse.*

## 4 A data da devindicación do complemento de produtividade

Unha vez abordados determinados aspectos do complemento de produtividade, como o seu concepto, natureza xurídica, obxecto da retribución, posibilidade de exclusión e o seu réxime de publicidade, cabe abordar o núcleo central deste traballo, que é a devindicación.

Como se dicía no apartado segundo, o complemento de produtividade ten un carácter persoalísimo, o cal implica que non teña nin por que ser periódico na súa percepción nin lineal na súa contía, dado que se trata dunha potestade administrativa en función do especial rendemento, da actividade extraordinaria e do interese ou iniciativa con que o funcionario desempeña o seu traballo.

Así as cousas, abordáronse os dous tipos maioritarios de complemento de produtividade que se aboan na Administración xeral do Estado segundo o tipo de actividade que se retribúe, sendo estas as seguintes:

- a) Realización dunha xornada dunha duración superior á ordinaria, polo que se vincula á realización da xornada de especial dedicación regulada na Resolución do 28 de febreiro de 2019 da Secretaría de Estado de Función Pública, pola que se ditan instrucións sobre xornada e horarios de traballo do persoal ao servizo da Administración xeral do Estado e os seus organismos públicos.

---

<sup>9</sup> Tribunal Supremo, Sala 3.ª do Contencioso Administrativo, Sentenza 748/2020, do 11 de xuño, (rec. 577/2019) ECLI:ES:TS:2020:1558.

## b) Participación no cumprimento dos obxectivos da unidade.

Na primeira delas non existe moita dúbida ao respecto, pois en todo caso a devindicación irá asociada ao desempeño da xornada de especial dedicación e, en consecuencia, o pagamento realizarase coa mesma periodicidade coa que se realiza o dito tipo de xornada.

Maior problema presenta a segunda das modalidades, a do cumprimento dos obxectivos da unidade. Para este caso, cómpre determinar en primeiro lugar con que periodicidade se mide o cumprimento dos obxectivos da unidade. Polo xeral, esa cuantificación realízase con determinada periodicidade, xa sexa semestral ou anual.

Como se dicía tamén no apartado segundo, normalmente mediante resolución da Subsecretaría do Ministerio ou do máximo órgano de dirección do organismo público inténtase facer unha regulación da percepción deste complemento retributivo.

Nas citadas resolucións, conforme a práctica administrativa, decídese unha data de corte na cal se devindica esa retribución para efectuar o pagamento en razón dos servizos prestados ata esa data e o esforzo, especial interese ou actividade. Isto presenta unha complexidade á hora de determinar o pagamento correspondente no caso de que a persoa cese no posto de traballo, para o cal canto menor sexa a periodicidade menor problema existirá a este respecto.

Isto implica que, cando unha persoa cese no seu posto de traballo antes de alcanzar esa data de corte, algúns ministerios ou organismos efectúen un rateo da produtividade, mentres que outros directamente exclúen a persoa da percepción dese complemento, todo iso por non prestar servizos na data en que se realiza o dito corte ou arqueo.

A solución lóxica sería evidentemente o rateo, pois, salvo que a exclusión estea amparada nalgunha causa obxectiva que non sexa unha data de devindicación, retribuiríase o persoal do mesmo xeito, xa que o rateo en función dos servizos prestados implica que estamos dentro do principio de igualdade retributiva, isto é, a igual traballo igual salario.

Non obstante, nalgúns ministerios ou organismos óptase por excluír directamente da percepción dese complemento a quen non presta servizos na data da devindicación, independentemente de que prestase servizos dentro do período que retribúe o citado complemento de produtividade, isto a pesar de que tal opción devén nunha decisión arbitraria da Administración consistente en fixar unha data de devindicación e obxectivar a exclusión da percepción do dito complemento retributivo unicamente nesa causa. Esta mala praxe administrativa incorrería en vicio de nulidade, vulnerando o principio de igualdade recollido no artigo 14 da nosa Constitución española en relación co 35 da citada norma, conculcando deste xeito a igualdade no dereito ao traballo, posto que implicaría que dúas persoas cobrasen de forma distinta polo mesmo traballo.

A este razoamento chegou o Tribunal Supremo en dúas sentenzas confirmatorias doutras de senllos tribunais superiores de xustiza, o de Castela-A Mancha e o de Navarra. Ambas as dúas sentenzas, confirmadas en casación polo Tribunal Supremo,

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

versaban sobre a exclusión da devindicación do complemento de produtividade por non prestar servizos no ámbito da Tesouraría da Seguridade Social.

Na primeira das ditas sentenzas, a do 16 de xuño de 2006 (rec. 6909/2000), confírmase a ditada polo TSX de Castela-A Mancha do 8 de xullo de 1998 (rec. 1221/1995), na decisión da cal se dispuña o seguinte: *Declaramos non axustada a dereito a resolución administrativa impugnada, recoñecéndolle como situación xurídica individualizada o dereito a percibir a cantidade correspondente, de acordo co posto de auxiliar administrativo na URE de Tudela en concepto de regularización do complemento de produtividade durante os nove meses que prestou servizos no ano 1994*<sup>10</sup>.

O fundamento xurídico primeiro da sentenza razoa os feitos do seguinte xeito: *o obxecto de impugnación deste recurso é a Resolución do director Provincial de Navarra da Tesouraría Xeral da Seguridade Social do 8 de setembro de 1995, que trae a súa causa na exclusión da actora da liquidación do complemento de produtividade, exercicio de 1994, que perciben os funcionarios con destino nas unidades de recadación executiva da Seguridade Social, tendo estado aquela destinada na URE de Tudela ata a data do seu cesamento o 3 de outubro de 1994. Iso, pola circunstancia de non estar a prestar servizos na TXDSS o 1 de febreiro de 1995, sendo amparada a resolución administrativa na instrución segunda da Resolución da Subsecretaría de Traballo e Seguridade Social do 15 de decembro de 1993 que expón no seu apartado n.º 5 “que a regularización non afectará ao persoal que na data de aprobación da liquidación anual deixase de prestar servizo na Tesouraría Xeral da Seguridade Social” e no seu apartado n.º 6 “salvo que expresamente se indique outra data nas instrucións anuais da TXSS considerarase para os efectos de regularización do complemento de produtividade como data de aprobación de liquidación anual a do un de febreiro”. En aplicación da mencionada resolución ditouse a circular n.º 8-019 do 30 de marzo de 1995 na que se establece que a regularización do complemento de produtividade non afectará ao persoal que en 1 de febreiro de 1995 deixase de prestar servizos na Tesouraría Xeral.*

O Tribunal Supremo chega ao mesmo razoamento que a sentenza de instancia ao dicir que:

- a) *Conforme o artigo 23.3.c da Lei 30/84, do 2 de agosto, o complemento de produtividade ten por obxecto retribuír o especial rendemento, a actividade extraordinaria e o interese ou iniciativa co que o funcionario desempeña o seu traballo. Deste precepto non cabe entender que a súa devindicación se atope conectada ao desempeño do posto no momento do cálculo do complemento, nin mesmo porque tal cálculo teña carácter anual, pois a devindicación do complemento non será por iso anual, senón en relación co tempo de servizos efectivamente prestados.*
- b) *Este tribunal alcanza a comprender en que medida os ditos preceptos establecen que non haxa que pagarlle o traballo a quen o realizase.*
- c) *É evidente a arbitrariedade da resolución antes citada do 5 do 12 de 1993, que exclúe da regularización dun complemento devindicado e traballado a quen cesase*

---

<sup>10</sup> TSX de Castela-A Mancha, Sentenza do 8 de xullo de 1998 (rec. 1221/1995).

*antes do 1 de febreiro, en que a Administración decide facer o arqueo do exercicio anterior. Vulnérase o dereito ao traballo recoñecido no artigo 35 da Constitución, que comprende como é lóxico o dereito ao cobramento das prestacións salariais; o principio de igualdade, recollido no artigo 14 da dita norma, pois cobran de forma distinta os que prestaron os mesmos servizos, e o principio de interdicción da arbitrariedade consagrado no artigo 9.3 do noso texto fundamental<sup>11</sup>.*

O Tribunal Supremo, na súa Sentenza do 3 de xullo de 2006 (rec. 2710/2001)<sup>12</sup>, confirma en casación a ditada sentenza polo Tribunal Superior de Xustiza de Castela-A Mancha con sede en Albacete o 9 de setembro de 1998 (recurso contencioso-administrativo 65/1996). No exame da dita sentenza, no fundamento xurídico primeiro transcríbese da sentenza de instancia<sup>13</sup> o seguinte:

*SEGUNDO: En concreto a cuestión litixiosa expónse en relación coa decisión administrativa de excluír do complemento de produtividade correspondente ao ano 1994 pola circunstancia de non estar prestando servizos na TXDSS o 1 de febreiro de 1995, sendo amparada a resolución administrativa na instrución segunda da Resolución da Subsecretaría de Traballo e Seguridade Social do 15 de decembro de 1993 que expón no seu apartado n.º 5 “que a regularización non afectará ao persoal que, na data de aprobación da liquidación anual, tivese deixado de prestar servizo na Tesouraría Xeral da Seguridade Social” e no seu apartado n.º 6 “salvo que expresamente se indique outra data nas instrucións anuais da TXSS, considerarase para os efectos de regularización do complemento de produtividade como data de aprobación de liquidación anual a do un de febreiro”. En aplicación da mencionada resolución ditouse a circular n.º 8-019 do 30 de marzo de 1995 establecendo que a regularización do complemento de produtividade non afecta ao persoal que en 1 de febreiro de 1995 deixase de prestar servizos na Tesouraría Xeral. (...)*

*TERCEIRO: De acordo co principio de xerarquía administrativa parece de todo punto coherente a resolución impugnada que non fai outra cousa que cumprir coas instrucións dun órgano administrativo superior. Non obstante, tamén é obriga desta sala controlar a legalidade da actuación administrativa e o seu sometemento pleno á lei e ao dereito conforme os artigos 103.1 e 106.1 da Constitución, na que por suposto se inclúen as instrucións administrativas sobre a forma de satisfacer as retribucións aos que posúan a condición de funcionarios públicos, para a determinación da cal cómpre observar necesariamente o previsto nas normas legais e regulamentarias de aplicación. Así, conforme o artigo 23.3.c da Lei 30/84, do 2 de agosto, o complemento de produtividade ten por obxecto retribuír o especial rendemento, a actividade extraordinaria e o interese ou iniciativa co que o funcionario desempeña o seu traballo. Por iso esta sala entende que, aínda que a resolución impugnada respectou o principio de xerarquía administrativa, a normativa da que trae o seu fundamento contradí unha norma de rango superior, pois do artigo 23.3.c non cabe entender que a súa devindicación se atope conectada ao desempeño do posto no*

<sup>11</sup> Tribunal Supremo, Sala 3.ª do Contencioso Administrativo, Sentenza do 16 de xuño de 2006 (rec. 6909/2000), ECLI:ES:TS:2006:3706.

<sup>12</sup> Tribunal Supremo, Sala 3.ª do Contencioso Administrativo, Sentenza do 3 de xullo de 2006 (rec. 2710/2001), ECLI:ES:TS:2006:3963.

<sup>13</sup> TSX de Castela-A Mancha, Sentenza do 9 de setembro de 1998 (rec. 65/1996).

*momento do cálculo do complemento, nin aínda porque tal cálculo teña carácter anual, pois a devindicación do complemento non será por iso anual, senón en relación co tempo de servizos efectivamente prestados.*

O alto tribunal conclúe o mesmo que na STS do 16 de xuño de 2000, desestimando o recurso promovido pola Administración, confirmando a sentenza de instancia.

## 5 Conclusión

A conclusión á que se debe chegar, unha vez analizadas as sentenzas achegadas, é que a Administración non pode establecer arbitrariamente unha data á cal quede vinculada a percepción do complemento de produtividade, senón que a percepción dese complemento debe estar ligada aos servizos efectivamente prestados, pois pola contra as percepcións salariais de dúas persoas que fixeron o mesmo traballo serían distintas, sendo estas sentenzas unha manifestación práctica do principio de igualdade salarial.

## Bibliografía e xurisprudencia consultadas

- ARRIBAS LÓPEZ, E., “El complemento de productividad en la Administración General del Estado (2): alguna problemática práctica”, *Actualidad Administrativa*, n. 19-20, Sección A Fondo, novembro 2012, 2012.
- SARMIENTO LARRAURI, J.I., “El complemento de productividad y los tribunales”, *Actualidad Administrativa*, n. 20, Sección A Fondo, 2006, pp. 2452-2456.
- CONSELLO DE TRANSPARENCIA E BO GOBERNO E AXENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Criterio interpretativo CI/001/2015*. Acceso web: <https://www.aepd.es/es/documento/ci-001-2015.pdf>-0.
- Tribunal Supremo, Sala 3.<sup>a</sup> do Contencioso Administrativo, Sentenza do 25 de maio de 1992. ECLI:ES:TS:1992:17501.
- Tribunal Supremo, Sala 3.<sup>a</sup> do Contencioso Administrativo, Sentenza do 16 de xuño de 2006 (rec. 6909/2000), ECLI:ES:TS:2006:3706.
- Tribunal Supremo, Sala 3.<sup>a</sup> do Contencioso Administrativo, Sentenza do 3 de xullo de 2006 (rec. 2710/2001), ECLI:ES:TS:2006:3963.
- Tribunal Supremo, Sala 3.<sup>a</sup> do Contencioso Administrativo, Sentenza 519/2021, do 15 de abril (rec. 58/2020), ECLI:ES:TS:2021:1344.
- TSX de Castela-A Mancha, Sentenza do 8 de xullo de 1998 (rec. 1221/1995).
- TSX de Castela-A Mancha, Sentenza do 9 de setembro de 1998 (rec. 65/1996).
- Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, Sala do Contencioso Administrativo, Sentenza 1499/2010, do 22 de decembro, rec. 778/2008 ECLI:ES:TSXGAL:2010:11469.
- Tribunal Superior de Xustiza de Madrid, Sala do Contencioso Administrativo, Sentenza do 14 de marzo de 2014 (rec. 7/2012).



Revista Galega de Administración Pública, EGAP  
Núm. 65\_xaneiro-xuño 2023 | pp. 139-153  
Santiago de Compostela, 2023

<https://doi.org/10.36402/regap.v1i65.5070>

© José Manuel Rey Varela

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

Recibido: 24/02/2023 | Aceptado: 01/06/2023

Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

## Dereito social á auga e os principios de solidariedade e eficacia administrativa previstos na lei galega de mellora de xestión do ciclo integral da auga

Derecho social al agua y los principios de solidaridad y eficacia administrativa previstos en la ley gallega de mejora de gestión del ciclo integral del agua

The social right to water and the principles of solidarity and administrative efficiency provided for in the Galician law on the improvement of managing the integral water cycle

JOSÉ MANUEL REY VARELA

Máster en Dereito Público e da Administración

Relator Lei de mellora da xestión do ciclo integral da auga de Galicia

<https://orcid.org/0000-0002-8655-7090>

[josemanuelrey@josemanuelrey.es](mailto:josemanuelrey@josemanuelrey.es)

65 Regap

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

**Resumo:** A auga é un recurso natural tan imprescindible para a vida como escaso, polo que a súa xestión debe responder aos retos de garantir o seu desfrute como dereito social ao tempo que asegurar o seu uso racional para preservar o medio ambiente.

Estes grandes retos deben implicar o conxunto de administracións públicas para que xuntas e de acordo cos principios de solidariedade e eficacia administrativa sexan capaces de afrontar a xestión do ciclo integral da auga, onde a lei galega sobre esta materia constitúe unha importante innovación e unha boa práctica legislativa.

**Palabras clave:** Dereitos sociais, xestión da auga, principios de solidariedade e eficacia administrativa.

**Resumen:** El agua es un recurso natural tan imprescindible para la vida como escaso, por lo que su gestión debe responder a los retos de garantizar su disfrute como derecho social al tiempo que asegurar su uso racional para preservar el medio ambiente.

Estos grandes retos deben implicar al conjunto de administraciones públicas para que juntas y de acuerdo con los principios de solidaridad y eficacia administrativa sean capaces de afrontar la gestión del ciclo integral del agua, donde la ley gallega sobre esta materia constituye una importante innovación y una buena práctica legislativa.

**Palabras clave:** Derechos sociales, gestión del agua, principios de solidaridad y eficacia administrativa.

**Abstract:** Water is a natural resource that is as essential for life as it is scarce, so its management must respond to the challenges of guaranteeing its enjoyment as a social right while guaranteeing its rational use to preserve the environment.

These great challenges must involve all the Public Administrations so that together and in accordance with the principles of solidarity and administrative efficiency they are able to face the management of the integral water cycle, where the Galician law on this matter constitutes an important innovation and a good legislative practice.

**Key words:** Social rights, water management, principles of solidarity and administrative efficiency.

**SUMARIO:** 1 A importancia da auga e a cuarta xeración de dereitos. 2 O dereito social fundamental á auga no dereito internacional. 3 Modelos constitucionais de dereito comparados do dereito á auga. 4 A configuración constitucional do medio ambiente e da auga no dereito español. 5 Os principios constitucionais de solidariedade e eficiencia administrativa en España. 6 O marco normativo galego e a complementariedade da nova lei para a xestión do ciclo integral da auga. 6.1 Voluntariedade dos concellos. 6.2 Valor técnico da nova lei e modelos de xestión comparados. 6.3 O proceso de participación e transparencia. 6.4 O obxecto, ámbito de aplicación e finalidade da lei. Título I. 6.5 Medidas para a mellora do ciclo integral. Título II. 6.6 Sistema de financiamento. Título III. 7 Conclusións.

## 1 A importancia da auga e a cuarta xeración de dereitos

España constitúese nun “Estado social” onde as administracións teñen o mandato constitucional de promover as condicións para que a liberdade e a igualdade dos cidadáns sexan reais e efectivas, así como “remover os obstáculos que impidan ou dificulten a súa plenitude”.

No frontispicio da nosa regulación constitucional dos dereitos fundamentais aparece como base destes “a dignidade da persoa” e a súa interpretación de conformidade “coa Declaración Universal de Dereitos Humanos e os tratados e acordos internacionais”.

Desde unha perspectiva dinámica do dereito, seguindo a Torres del Moral<sup>1</sup>, defendemos a aparición dunha primeira xeración de dereitos fundamentais tras as revolucións americana e francesa de finais do século XVIII baseados na liberdade, aínda que na súa vertente negativa ou de resistencia (dereitos civís), unha segunda xeración de dereitos fundamentais xestados tras a Revolución Industrial e a Revolución Francesa de 1848 baseados na extensión das liberdades públicas (dereitos políticos) e unha

<sup>1</sup> TORRES DEL MORAL, A., *Estado de Derecho y Democracia de Partidos: Una teoría del Estado constitucional contemporáneo*, 6.<sup>a</sup> ed., Editorial Universitas, Madrid, 2022.

terceira xeración de dereitos baseados na igualdade e a liberdade positiva (dereitos sociais) nacidos entre a Declaración Universal de Dereitos Humanos e finais do pasado século entendendo que só coa aplicación conxunta das tres xeracións de dereitos conseguiríamos alcanzar a dignidade da persoa e unha sociedade xusta e solidaria, onde se configuran os dereitos de prestación ou dereitos económicos e sociais.

O dereito administrativo nace, de acordo con Gamero Casado<sup>2</sup>, con esas revolucións porque só cunha «estrutura organizada e dotada dun poder superior ao dos individuos singulares» poden alcanzarse os fins previstos baixo o principio de legalidade (poder da Administración vinculado ao interese xeral), o par prerrogativa/garantía e o principio de responsabilidade dos poderes públicos.

Dando un paso máis, seguindo a Rodríguez-Arana<sup>3</sup>, asistimos a un cambio de paradigma do dereito administrativo que sitúa a persoa no centro do interese xeral, tomando protagonismo os dereitos sociais fundamentais.

En tempos onde a rapidez do cambio é cada vez máis acusada, defendemos xa a formulación dunha cuarta xeración de dereitos baseada na solidariedade que, mantendo as diferenzas, nos permita convivir nun mundo global. Toman forza no século XXI o dereito a Internet, o dereito á privacidade, o dereito á identidade, o dereito ao patrimonio cultural, o dereito xenético e, entre outros, o dereito ao medio ambiente, do que deriva o dereito social á auga.

De acordo con Ruiz Ruiz<sup>4</sup>, a proliferación no recoñecemento de dereitos implica os riscos da banalización destes, a imposibilidade de tutelalos, a exixencia de máis recursos públicos e un cambio na perspectiva da súa exixibilidade, que pasa dunha exixencia individual a exixencia colectiva ou grupal, que pode condicionar excesivamente a axenda normativa e política. Un cambio de paradigma nas relacións do dereito e o poder, onde o primeiro pasa de ser só un instrumento do control social a ser tamén un instrumento de dirección social.

Segundo as Nacións Unidas<sup>5</sup>, 1.000 millóns de persoas no planeta non contan cunha fonte hídrica para o seu consumo, especialmente en 43 países, mentres que 2.500 millóns de persoas non dispoñen de servizo de saneamento. A pesar de que o 70 % da superficie da terra está cuberta de auga, o 97 % da auga é salgada e da doce o 70 % está conxelada, polo que só o 1 % da auga doce do mundo está dispoñible para as persoas e os ecosistemas.

A importancia da auga está presente desde as orixes da civilización; basta con ler o libro do Xénese para comprobar que a palabra “auga” aparece máis de cincuenta veces. Recordamos os nosos maiores condicionados pola auga e os fenómenos meteorolóxicos nunha sociedade agraria e gandeira en tempos onde a contaminación, a baixada da pluviometría e o cambio climático aínda non eran protagonistas da axenda legislativa.

<sup>2</sup> GAMERO CASADO, E., *Manual básico de Derecho administrativo*, Ed. Tecnos, Madrid, 2019.

<sup>3</sup> RODRÍGUEZ-ARANA, J., *Derecho Administrativo y Derechos Sociales Fundamentales*, Inap, Sevilla, 2015.

<sup>4</sup> RUIZ RUIZ, J.J., *La cuarta generación de derechos fundamentales*, Universidade de Jaén, Jaén, 2020.

<sup>5</sup> WWAP (Programa Mundial de Avaliación dos Recursos Hídricos da UNESCO). Informe Mundial das Nacións Unidas sobre o Desenvolvemento dos Recursos Hídricos 2019: Non deixar ninguén atrás. UNESCO, París, 2019.

Incluso para os que vivimos nunha cidade, que xa somos maioría como consecuencia da concentración da poboación, mesmo cando a auga sae da billa recordamos unhas cantas horas sen auga como un pesadelo que altera as nosas vidas. Non poder ducharnos un día, non poder poñer a lavadora ou non poder deixar a comida preparada demóstranos como a ausencia de auga non é acorde coa calidade de vida que esperamos do Estado do benestar.

Se damos un paso máis na nosa reflexión, caeremos na conta de que a auga para que saia da nosa billa hai que extraela do medio, almacenala, potabilizala, distribuíla e depurala para devolvela limpa ao medio do que a extraemos.

Nos tempos globais nos que nos atopamos, dise que a loxística é un dos principais retos da nosa economía; trasladado á auga, poderíamos imaxinar os contedores, camións e repartidores que serían necesarios se lla pedísemos ás plataformas de venda e distribución que nos parecen a panacea do bo servizo. Así, a xestión preséntase como un reto estratéxico no dereito á auga, igual que as características do medio. Non é o mesmo dispor de recursos hídricos que non facelo, e tamén é distinto distribuíla e depurala a poboacións concentradas que a núcleos dispersos.

## 2 O dereito social fundamental á auga no dereito internacional

Xunto ao feminismo, o ecoloxismo está a transformar a conciencia da sociedade e, como sempre, o dereito non pode permanecer alleo ao cambio. O dereito á auga relacionouse desde a Declaración Universal de Dereitos Humanos co dereito á saúde, aos alimentos e á vivenda recollidos no seu artigo 25, pois a ausencia deste dereito fai moi difícil manter unhas mínimas condicións de salubridade, inxerir líquidos, así como cociñar e elaborar menús axeitados e dispor dunha vivenda digna.

A Convención sobre a eliminación de todas as formas de discriminación da muller prevé no seu artigo 14 o “abastecemento de auga”, e a Convención de dereitos do neno, no seu artigo 24, fálanos de “auga potable salubre”, relacionando o dereito á auga co dereito á vida.

O dereito á auga relaciónase tamén co dereito a preservar o medio ambiente, que inclúe a auga entre os recursos naturais desde a Declaración das Nacións Unidas de Estocolmo sobre medio ambiente de 1972, que, seguindo a Valdés de Hoyos<sup>6</sup>, é o precedente da Conferencia das Nacións Unidas da Auga celebrada en Mar del Plata só cinco anos máis tarde.

No mencionadísimo Cumio de Río ou na Conferencia das Nacións Unidas sobre Medio Ambiente e Desenvolvemento de 1992 relacionouse o dereito á auga co dereito ao desenvolvemento económico, tanto na súa dimensión social como individual.

Serán a Observación Xeral n. 6 de 1995 e n. 15 de 2002 do Pacto Internacional de Dereitos Económicos e Sociais as que oficialicen o dereito á auga para garantir unha

---

<sup>6</sup> VALDÉS DE HOYOS, E.P. e URIBE ARZATE, E., “El derecho humano al agua. Una cuestión de interpretación o reconocimiento”, *Cuestiones constitucionales*, n. 54, 2016.

vida digna e o exercicio doutros dereitos ata que, a través da Resolución 64/292 do dereito á auga e ao saneamento das Nacións Unidas de 2010, o declare “dereito humano esencial para o pleno desfrute da vida e de todos os dereitos humanos”, instando os Estados a contribuír “financeira e tecnoloxicamente (...) co fin de identificar os esforzos por proporcionarlle a toda a poboación un acceso económico á auga e ao saneamento”. Aínda que a diferenza entre dereito humano e dereito fundamental radique na necesidade dun desenvolvemento xurídico en cada Estado, mesmo constitucional, como veremos, para a súa eficacia si se marca un mínimo esencial que tamén aparece vinculado a outros dereitos fundamentais, tal como lles sucede aos dereitos sociais.

Desde esa perspectiva global da que falamos, os dereitos fundamentais superan as barreiras constitucionais de cada Estado no que pode definirse como constitucionalismo multinivel. Antes referíame á Declaración Universal dos Dereitos Humanos, pero tamén aos Tratados Internacionais de Dereitos Cívís e de Dereitos Económicos, Sociais e Culturais.

A Organización das Nacións Unidas pasa a ter un protagonismo directo no dereito constitucional e no dereito administrativo que non deixa de ser dereito constitucional concretado<sup>7</sup>. Tamén formamos parte de Europa e estamos suxeitos ás súas directivas; así, mentres que nos Obxectivos de Desenvolvemento do Milenio das Nacións Unidas de 2000 a auga ocupaba un apartado do obxectivo 7, na actual Axenda 2030 aparece en catro obxectivos: obxectivo 3 de saúde e benestar, obxectivo 6 de auga limpa e saneamento, obxectivo 12 de produción e consumo responsable e obxectivo 15 de vida de ecosistemas terrestres.

A Unión Europea á que pertencemos aprobou dúas directivas sobre a auga: a primeira en 1991, cos obxectivos de saneamento, e a segunda en 2000, co dobre obxectivo de coidar o medio ambiente e a recuperación dos custos asociados ao principio comunitario de que quen contamina paga.

Pasados máis de trinta anos desde a primeira das directivas, coincidimos con Setuáin Mendía<sup>8</sup> en que son moitos os logros conseguidos, pero tamén moitos os retos por alcanzar. Entre eles a cooperación entre administracións competentes. Así mesmo, o Pacto Verde Europeo presentado en 2019 marca a estratexia para situarnos como sociedade climaticamente neutra cunha economía moderna.

Moi recentemente, o Proxecto de Carta Iberoamericana dos Dereitos Sociais Fundamentais<sup>9</sup> eleva a dereito social fundamental o “acceso á auga potable e aos servizos de saneamento no marco das lexislacións nacionais”.

<sup>7</sup> MEILÁN GIL, J.L., “El paradigma de la buena administración”, *Anuario Facultad Derecho Universidad de A Coruña*, 2013.

<sup>8</sup> SETUÁIN MENDÍA, B., *Retos actuales del saneamiento de aguas residuales. Derivadas jurídicas, económicas y territoriales*, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2020.

<sup>9</sup> RODRÍGUEZ-ARANA, J., *Proyecto de Carta de los Derechos Sociales Fundamentales de los Ciudadanos Iberoamericanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

### 3 Modelos constitucionais de dereito comparados do dereito á auga

Desde a perspectiva dos Estados e seguindo o repaso do dereito constitucional á auga de Mitre Guerra<sup>10</sup>, Suráfrica incorpóralo como dereito constitucional (dereito individual, aínda que prestacional para o acordo coa súa lexislación e recursos dispoñibles) dentro dos dereitos da Carta de Dereitos de Suráfrica; a India faíno con base na non discriminación polo “uso de pozos, tanques e balsas de baño”; Colombia fai responsable o Estado da “subministración de auga potable e o saneamento básico” no seu artigo 366; México modifica a súa Constitución en 2011 pola que a través do artigo 40 “o Estado debe garantir o dereito ao acceso, disposición e saneamento de auga para o consumo persoal e doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable e accesible”, impóndolle tamén a obriga da “participación da federación, os municipios, así como a participación da cidadanía pola consecución dos ditos fins”; Perú tamén incorpora constitucionalmente o dereito á auga no seu artigo 7 cunha reforma de 2017; e as constitucións de Venezuela (art. 127), Uruguai (art. 41), Ecuador (art. 12), Bolivia (art. 16) e Panamá (art. 110) recollerán tamén o dereito á auga.

Seguindo a recompilación de Ruiz Benavente<sup>11</sup>, será en África onde maiores referencias constitucionais ao dereito á auga atoparemos coas recentes constitucións da República Democrática do Congo (art. 48), Exipto (art. 19), Eritrea (art. 8), Etiopía (art. 90), Gambia (art. 216), Kenya (art. 43), Níxer (art. 12), Somalia (art. 27), Suráfrica (art. 27), Sudán del Sur (art. 37) ou Uganda (art. 13). A súa explicación ten moito que ver con que na África subsahariana o 40 % dos seus habitantes careza de acceso a unha fonte de auga potable mellorada.

Na Unión Europea<sup>12</sup> recoñecerán a natureza xurídica da auga, a súa función territorial ou o seu uso racional as constitucións de Hungría, Irlanda, Liechtenstein, Lituania, Malta, Portugal, Moldavia, Romanía, Suíza e Ucraína, mentres que unicamente a Constitución Eslovena recoñece a auga como un dereito humano.

### 4 A configuración constitucional do medio ambiente e da auga no dereito español

En España a súa configuración como dereito social fundamental terémolo que conectar co dereito a gozar dun medio ambiente axeitado regulado no artigo 45 da CE, ligado ao desenvolvemento da persoa co mandato aos poderes públicos de velar “pola utilización racional de todos os recursos naturais”, entre os que destacamos a

<sup>10</sup> MITRE GUERRA, E., “La protección del derecho al agua en el derecho constitucional comparado y su introducción en los criterios de los tribunales internacionales de derechos humanos”, *Pensamiento Jurídico*, n. 35, 2012.

<sup>11</sup> RUIZ-BENAVENTE, M.R., *El agua, un derecho fundamental universal*. Acceso web: <https://reunir.unir.net/handle/123456789/3748>.2015.

<sup>12</sup> Boletín *Huella Hídrica* n. 24. Santiago de Chile. Marzo 2021.

auga. Prevé igualmente a Constitución española sancións penais ou administrativas aos que violen esa utilización racional dos recursos naturais ou a súa conservación.

Encadrar constitucionalmente o dereito ao medio ambiente entre os principios reitores da política social e económica lévanos ao debate permanente da súa exixibilidade, que entendemos totalmente superado seguindo a Ruiz-Rico Ruiz<sup>13</sup>, pois conéctase coa dignidade humana, a calidade de vida e o desenvolvemento da personalidade: dereitos ao lecer e ao descanso, desfrute da natureza, vivir en cidades non contaminadas desde o punto de vista acústico, atmosférico ou lumínico, a paisaxe, etc.

Así mesmo, a lexislación básica do Estado estará composta do RD 1/2001 de lei de augas e a súa normativa de desenvolvemento, e, no relativo á distribución competencial, pola Lei 7/1985, reguladora de bases de réxime local, que no seu artigo 25 establecerá a competencia local no abastecemento de auga potable e tratamento de augas residuais. Máis recentemente, a Lei 27/2013, de racionalización e sustentabilidade da Administración local, reforzou as competencias das deputacións na coordinación dos servizos municipais, especialmente naqueles de menos de 20.000 habitantes.

## 5 Os principios constitucionais de solidariedade e eficiencia administrativa en España

España constitúese igualmente nun Estado organizado territorialmente en municipios, provincias e comunidades autónomas, cunha distribución competencial que avanzou vertixinosamente nos últimos 40 anos achegando a Administración ás persoas.

A Administración actuará baixo os principios constitucionais de eficacia, xerarquía, descentralización e coordinación; tamén baixo o principio comunitario de subsidiariedade, que, se na súa orixe servía para estruturar as relacións entre a Unión Europea e os Estados membros, posteriormente e a través do artigo 4.3 da Carta europea de autonomía local, indica a preferencia competencial da Administración máis próxima ao cidadán moi ben resumida no aforismo de «pensar globalmente e actuar localmente»; e finalmente baixo o principio constitucional de solidariedade. Dentro desta maior complexidade administrativa, seguindo a Gamero Casado<sup>14</sup>, toman especial relevancia as relacións interadministrativas, pois ante o «pluralismo político territorial» aprécianse numerosas materias, como a da auga, onde se fan máis necesarios que nunca os deberes de colaboración entre administracións, a saber, o deber de lealdade institucional, o deber de mutuo auxilio e a cooperación interadministrativa que, baixo os puntos, estes si constitucionais, de solidariedade e eficacia, permitan abordar entre todos novos retos sociais, como a xestión do ciclo integral da auga.

Neste deseño de cooperación interadministrativa, cada Administración seguirá coas súas competencias, por iso as relacións interadministrativas deben basearse na

<sup>13</sup> RUIZ-RICO RUIZ, G., *El derecho constitucional al medio ambiente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

<sup>14</sup> GAMERO CASADO, E., *Manual básico de Derecho administrativo*, cit.

voluntariedade, como sinala o artigo 143 da Lei do réxime xurídico do sector público, pero permanecendo a competencia na Administración local (como é o caso do abastecemento e saneamento de auga); na súa execución poden colaborar a Administración xeral do Estado, a Administración autonómica ou outra Administración local de ámbito superior como poidan ser as deputacións. Poderá operar esta cooperación ben pola vía do apoio ou ben pola vía da cesión (translación ascendente), onde a xestión, que non a competencia da auga, pasa a outra Administración con máis medios financeiros, técnicos e humanos dos que posúe a Administración con competencias para prestar o servizo requirido con maior eficacia; ben pola vía onde habendo capacidade por quen ten a competencia se decide o seu exercicio pola Administración máis próxima (translación descendente); ou ben pola vía de activar separadamente no caso de competencias compartidas ou concorrentes; ou finalmente pola vía de cooperación horizontal entre administracións do mesmo nivel que se agrupan para abranguer un maior ámbito territorial, que no ámbito da auga poden ser diferentes concellos que configuran un consorcio ou encomendan a xestión a unha mancomunidade. Descritos os instrumentos xurídicos para facer realidade o interese xeral, o importante será elixir o máis axeitado en cada caso, ou a combinación destes, para responder ao reto dunha xestión máis eficaz e solidaria do ciclo integral da auga.

Desde esa perspectiva tan rica defenderemos a suma de esforzos para garantir o despregamento efectivo dos dereitos.

## **6 O marco normativo galego e a complementariedade da nova lei para a xestión do ciclo integral da auga**

Galicia, baseándose na súa autonomía e competencias estatutarias (art. 27.12 da Lei orgánica 1/1981), aproba a súa lei de augas en 2010 (Lei 9/2010) e a súa lei de garantía de abastecemento en 2019 (Lei 9/2019), ás que seguen os regulamentos de planificación de 2015, cos seus plans hidrolóxicos, de abastecemento e saneamento; o Regulamento do servizo de depuración de 2012 e o Regulamento de colaboración económica e financeiro de 2013. Así mesmo, o 19 de maio de 2022 o Consello da Xunta de Galicia aproba o Plan Hidrolóxico Galicia Costa, o primeiro de España xunto a Baleares deste terceiro ciclo que se somete ao Consello Nacional da Auga para a súa aprobación por real decreto do Goberno de España.

É neste contexto de evolución normativa e do reto da sustentabilidade onde se enmarca esta nova lei de mellora de xestión do ciclo integral da auga constatada a necesidade de dotar de novos instrumentos de xestión as administracións competentes pola especial dificultade de cubrir o ciclo integral especialmente nos concellos de 2.000 a 10.000 habitantes.

### **6.1 Voluntariedade dos concellos**

A primeira característica desta lei é a voluntariedade dos concellos para adherirse a este novo instrumento, de acordo coas características vistas do deseño de cooperación

administrativa no que se configura Augas de Galicia, dándolle, pois, unha translación ascendente, para prestarlles os servizos de abastecemento, saneamento e depuración de auga, filosofía que nace en 2013 coa sinatura entre a Xunta de Galicia e a Federación Galega de Municipios e Provincias do Pacto Local da Auga.

## 6.2 Valor técnico da nova lei e modelos de xestión comparados

A segunda característica desta lei é o seu elevado valor técnico, pois dicía Leonardo da Vinci que “cando trates coa auga consulta primeiro a práctica e logo a teoría”, polo que os técnicos de Augas de Galicia, de por si os mellores coñecedores dos servizos de abastecemento, saneamento e depuración en Galicia, acoden ao dereito comparado e ás fórmulas de xestión doutras comunidades autónomas onde atopan diferentes modelos públicos, privados e mixtos, igual que nos concellos galegos, máis alá da cor política dos seus gobernos.

Así, a xestión da auga en Madrid lévaa a cabo a Canle de Isabel II, unha sociedade anónima integramente pública da Comunidade de Madrid e dos 111 concellos madrileños. Destaca o cobramento directo pola entidade con tarifas iguais para todos os madrileños, unha boa mostra de solidariedade interterritorial, pois o custo individualizado do servizo é moi distinto en cada un deses concellos, especialmente pola dispersión, pero todos os veciños pagan o mesmo.

Outro exemplo de éxito atopámolo en Bizkaia, cun consorcio para a xestión de augas e residuos composto polo Goberno Vasco, a Deputación Foral e os concellos. Tamén lle cobra directamente ao subscritor tarifas idénticas.

En Asturias destaca o Consorcio para o Abastecemento de Auga e Saneamento no Principado de Asturias (CADASA), unha entidade de dereito público asociativa integrada polo Principado, a Confederación e varios concellos. A diferenza cos sistemas de xestión anteriores é que o Consorcio lles cobra aos concellos e a grandes empresas.

En Extremadura atopamos o Consorcio Promedio, integrado pola Deputación de Badajoz, mancomunidades e municipios para a xestión supramunicipal do ciclo integral da auga e os residuos. A fórmula xurídica de relación baséase en convenios interadministrativos cunha duración de 12 anos que lle dá acceso aos concellos aos órganos de dirección de Promedio, aínda que se comprometen a asumir as ordenanzas municipais, pois o seu incumprimento por distintas razóns adoita orixinar o desfasamento das tarifas, que, como noutros modelos estudados, están baseadas na solidariedade, xa que se paga o mesmo “vivas onde vivas”.

Finalizaremos o noso estudo nunha das rexións onde a auga é un dos bens máis prezados, Murcia, onde a Entidade Rexional de Saneamento e Depuración de Augas Residuais (ESAMUR), mediante convenios cos concellos, asume a xestión e o control das instalacións de saneamento e depuración existentes. A recadación está regulada pola Lei 3/2000, do 12 de xullo, que regula o canon de saneamento como tributo ambiental e finalista.

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

### 6.3 O proceso de participación e transparencia

A terceira característica desta lei é a participación pública e a transparencia na súa elaboración, pois escoitar é a antesala de tomar unha boa decisión. Antes de chegar ao Parlamento de Galicia, buscou un modelo de todos e para todos os galegos na liña doutros sistemas de éxito estudados. O proxecto de lei de ciclo integral da auga elaborado pola Consellería de Infraestruturas e Mobilidade da Xunta de Galicia contén unha memoria xustificativa e outra económica de Augas de Galicia e foi sometido a informe da Secretaría Xeral de Igualdade para estudo do impacto de xénero, á Dirección Xeral de Avaliación e Reforma Administrativa, da Dirección Xeral de Familia, Infancia e Dinamización Demográfica para estudo do impacto demográfico e finalmente a informe de sustentabilidade financeira da Consellería de Facenda e Administración Pública.

Iniciou a súa tramitación o 23 de xullo de 2021 coa súa publicación na páxina de transparencia da Xunta de Galicia, ampliándose en dúas ocasións o prazo de suxestións ata o 8 de outubro, a última a petición da Federación Galega de Municipios e Provincias asociada a reunións e mesas técnicas que propiciaron numerosas modificacións. O 2 de decembro de 2021 preséntase o anteprojecto de lei ao Cluster Viratec e o 29 de decembro ao Consello Económico e Social de Galicia, que emite o seu ditame o 18 de febreiro de 2022.

O proxecto de lei ten a súa entrada no Parlamento de Galicia o 17 de marzo de 2022, que coa súa publicación<sup>15</sup> abre o prazo de emendas para a súa tramitación pola Comisión 2.<sup>a</sup> de Ordenación Territorial, Obras Públicas, Medio Ambiente e Servizos. Ademais, no caso de Galicia os proxectos de lei publícanse no portal web do Parlamento no apartado *Lexisla con nós*, onde calquera particular ou entidade pode trasladar a súa opinión aos deputados e grupos parlamentarios que representan os galegos e participan na redacción da lei.

O 6 de maio de 2022 désígnase a constitución do relatorio, que nas súas reunións do 19 e 25 de maio estuda e transacciona cento dezanove emendas. O texto do relatorio finaliza coa aceptación de catorce emendas dos tres grupos parlamentarios (Popular, BNG e Socialista) e seis transaccións con éxito que modifican parte dos oitenta artigos que compoñen a nova lei.

### 6.4 O obxecto, ámbito de aplicación e finalidade da lei. Título I

O obxecto da lei queda definido no seu artigo primeiro como “un marco normativo que regule a política de xestión do ciclo integral da auga na Comunidade Autónoma de Galicia”, constituíndo o seu ámbito de aplicación (art. 2) as administracións con competencias e as comunidades de usuarios que interveñen no ciclo integral da auga (art. 3), entendido como o percorrido desde a extracción da auga do medio ata a súa devolución a este.

---

<sup>15</sup> *Boletín Oficial do Parlamento de Galicia* n. 295, do 22 de marzo de 2022.

A incorporación das comunidades de usuarios é moi relevante, xa que, sen ser Administración pública, é unha figura promovida por esta nunha realidade onde unha parte importante da poboación se abastece a través das ditas comunidades e de pozos particulares e que aínda necesitan un maior apoio para mellorar a xestión do ciclo integral que se propón.

Así mesmo, a lei incorpora as definicións de aglomeración urbana, en consonancia coa Directiva 91/271/CE sobre tratamento de augas residuais urbanas obxecto de transposición polo RDL 11/1985 polo que se establecen as normas aplicables ao tratamento de augas residuais, como a «zona xeográfica formada por un ou varios termos municipais (...) que constitúen un foco de xeración de augas residuais que xustifique a súa recollida e condución», así como a definición de ente público representativo da dita aglomeración urbana, que sería a Administración pública á que lle corresponda garantir tanto o cumprimento das obrigas de xestión como a responsabilidade polos seus incumprimentos.

A finalidade da lei é a correcta explotación das infraestruturas, citando en primeiro lugar a mellora da eficiencia, e ofrecer apoio aos concellos que así o soliciten para obter unha xestión sostible, profesionalizada e coordinada das administracións, a través dos principios de cooperación, corresponsabilidade e cofinanciamento (art. 5.1.e), solidariedade interterritorial (art. 5.1.f), sustentabilidade económica e financeira (art. 5.2) e recuperación de custos do servizo de acordo co aforismo «quen contamina paga» (art. 5.3).

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

## 6.5 Medidas para a mellora do ciclo integral. Título II

Comeza o título segundo regulando as aglomeracións urbanas de Galicia (art. 6), que, seguindo a normativa comunitaria (Directiva 91/271/CEE), deberán aprobarse en dous anos, determinando os entes públicos representativos dos municipios (art. 7) onde a supramunicipalidade non pode ser un obstáculo, senón unha oportunidade para a xestión do ciclo integral da auga, para o que se incorporaron suxestións e se ampliaron os prazos de audiencia sobre o texto orixinal.

Defínense as administracións públicas titulares das infraestruturas (art. 8) incluíndo para unha maior seguridade xurídica tanto as que sexan titulares rexistradas como as que obtiveron recursos públicos e mesmo as que acreditan a súa explotación durante máis de dez anos, así como a modificación das aglomeracións urbanas (art. 9), onde se considerarán modificacións substanciais ademais de modificacións na Administración representativa ou titular das infraestruturas unha alteración superior ao dez por cento da poboación da dita aglomeración.

Establécense controis analíticos e de caudais no artigo 10, enriquecido por unha emenda do Grupo Parlamentario BNG para que, se os resultados dos controis requiren un programa de acción, este sexa obxecto de consulta e alegacións polos concellos afectados, e por unha emenda do Grupo Parlamentario Socialista para publicitar na web os seus resultados e o programa de acción. Outra emenda de transacción

acompaña un plan de financiamento por parte de diferentes administracións para dar viabilidade ao programa de acción.

En canto á revisión das instalacións, plans de control de verteduras, e instalación de caudalímetros para determinar os consumos por concellos (art. 11), incorpórase a obriga destes para as aglomeracións urbanas de máis de dous mil habitantes nos puntos da rede que actúen de fronteira dos respectivos concellos, co obxecto de resolver habituais controversias na repartición dos custos. Entre as medidas para as aglomeracións de menos de dous mil habitantes, destacan as directrices para saneamento e depuración a elaborar por Augas de Galicia nos pequenos núcleos de poboación con procesos exclusivos e baixo consumo enerxético, nun momento en que os custos de xestión do ciclo integral se ven moi incrementados por este factor.

Entre as medidas para a xestión das augas brancas e pluviais (art. 12), a lei prevé un plan de redución da súa entrada de acordo cunhas directrices a elaborar por Augas de Galicia, incorporando, a prol da transparencia, acceso á información pública e bo goberno, unha emenda do Grupo Socialista que require a súa publicación na web do organismo autonómico e dos concellos afectados. Todas esas medidas, xunto ás revisións técnicas (art. 13); a eficiencia enerxética a través dun plan de optimización obrigatorio para aglomeracións de máis de vinte mil habitantes e unhas directrices de mellora enerxética das instalacións de abastecemento, saneamento e depuración (art. 14); a formación e transparencia (art. 15), así como a incorporación de tecnoloxías que incrementen a eficiencia, optimizar o mantemento, redución de fugas, campañas de información e sensibilización e órganos de participación social (art. 16), contribuirán sen dúbida a unha maior eficacia ambiental e unha maior eficiencia económica, incorporando as dúas últimas propostas descritas no trámite parlamentario con senllas emendas aceptadas do Grupo Socialista e do Grupo Parlamentario BNG.

No réxime xeral de protección de servizos do ciclo integral da auga buscaranse as fórmulas de xestión conxuntas (art. 17), que, para concellos inferiores a 20.000 habitantes e de acordo co artigo 26.2 da Lei 7/1985, debe ser coordinada pola deputación provincial, sen que resultase admitida a emenda do Grupo Parlamentario Socialista, que, ademais da coordinación polas deputacións, requiría un informe previo dos organismos provinciais para todas as actuacións municipais de infraestruturas de augas, xestión, concesións e taxas.

A voluntariedade e o respecto á autonomía local queda garantida no artigo 21, pois será o concello o que poida instar á xestión autonómica das súas infraestruturas de acordo cun procedemento establecido no artigo 25. O fomento do investimento nas instalacións compostas por estacións de bombeo, tanques de tormenta e estacións de tratamento de augas residuais regúlase no artigo 26, onde a principal novidade, seguindo tamén as normas básicas do Estado, está nos concellos de menos de 20.000 habitantes, coa participación financeira da Xunta de Galicia (1/3), concellos (1/3) e deputacións ou outros entes (1/3).

## 6.6 Sistema de financiamento. Título III

Como en todo dereito social e en toda política pública social, a cara b da súa realización en beneficio propio e da sociedade aparece no seu financiamento, nos recursos públicos que destinamos ao coidado do medio e da auga.

Esta lei reordena os canons existentes, logo da adhesión voluntaria polos concellos, establecendo disposicións comúns ao réxime económico e financeiro do servizo (capítulo I), buscando substituír nese caso as taxas municipais por canons que buscan prezos solidarios para todos os galegos. Así, o canon de xestión de depuradoras (capítulo II) substitúe o coeficiente de vertedura ou a taxa de depuración que viñese cobrando o concello antes de adherirse; o canon de xestión de redes de colectores (capítulo III) substitúe a taxa municipal de rede de sumidoiros, regulando tamén as normas comúns para a xestión de depuradoras, e o de redes de colectores (capítulo IV). A dita regulación busca que a xestión sexa viable, económica e financeiramente, unicamente nos servizos que os concellos deciden que a súa xestión corresponde a Augas de Galicia, pois de nada serven as boas intencións e a eficacia administrativa se esta non vai acompañada da eficiencia administrativa.

O canon de xestión de depuradoras configurarase como tributo propio da comunidade autónoma baixo a natureza de taxa só no caso de que Augas de Galicia preste o servizo, estando afectada a súa recadación á explotación, conservación, mantemento e mellora das ditas infraestruturas, incluíndo a regulación do baleirado de foxas sépticas en caso de que a auga consumida non estea conectada á rede.

O canon de xestión de redes de colectores será tamén un tributo propio da comunidade autónoma, tamén taxa para os supostos en que Augas de Galicia sexa prestadora dese servizo, afectado como o canon de xestión de depuradoras, diferenciándose daquel en que aquí o feito impositivo son os gastos de conducción das augas residuais ás depuradoras, coincidindo en que para vivendas o suxeito pasivo será titular do contrato, pero tamén o propietario, que será solidariamente responsable.

O canon de xestión de abastecementos será tamén tributo propio e taxa da comunidade autónoma, sendo aquí o suxeito pasivo a entidade local que se beneficia do servizo de abastecemento en baixa, que deberá ser medido por contador e en metros cúbicos.

Serán sustentables tamén en termos de equidade, polo que se crea a tarifa social para familias numerosas e persoas en risco de exclusión, debendo destacar tamén que, segundo o estudo tarifario de A eas do ano 2020, Galicia está entre as tres comunidades autónomas con menor prezo por metro cúbico nos servizos de abastecemento e saneamento de España (Navarra 0,51 e 0,79; Castela e León 0,57 e 0,60, e Galicia 0,62 e 0,76; fronte a Murcia 1,66 e 0,97; Cataluña 1,39 e 1,10, e Baleares 1,36 e 1,03), que presentan unha media conxunta de custos de 1,90 €/m<sup>3</sup>, cando o custo medio de Galicia se sitúa en 1,38 €/m<sup>3</sup>.

Resulta necesario advertir que estes tributos nada teñen que ver co canon da auga, que non grava a xestión do ciclo integral, senón a extracción da auga do medio, e que debe reinvestirse, segundo a Lei 9/2010, para actuacións de prevención da

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

contaminación, a consecución de obxectivos ambientais, o apoio a outras administracións e os gastos de vixilancia e control na comunidade autónoma.

A boa xestión do canon da auga en Galicia, que se sitúa nunha media de 50 millóns de €, permitiunos estes anos, xunto á mobilización de fondos europeos, executar investimentos en augas de 80 millóns de euros ao ano, devolvendo así en investimentos aos concellos, pero sobre todo aos galegos, un 60 % máis do recadado.

## 7 Conclusións

Galicia, definida polo grande Álvaro Cunqueiro como “o país dos mil ríos”, dá un novo paso coa aprobación polo Parlamento de Galicia da Lei para o ciclo integral da auga de Galicia o 28 de xuño de 2022, publicada no DOG do 12 de agosto de 2022 e con entrada en vigor o primeiro día do mes seguinte á súa publicación, para a xestión dos seus recursos naturais co obxectivo de que sigamos gozando do azul da auga e do verde do medio ambiente. Novos retos onde o ecoloxismo debe impregnar as consciencias e os corazóns das novas xeracións. E unha oportunidade para que, a través dunha nova fórmula de xestión, sumemos esforzos para facer real e efectivo o dereito social fundamental á auga respectando o medio do que a extraemos ata que a devolvemos a este.

Un novo modelo baseado na cooperación e na participación de todos que, en lugar de mirar para outro lado, busca sumar os nosos esforzos para multiplicar os resultados en tempos de globalización e cambio.

## Bibliografía

- GAMERO CASADO, E., *Manual básico de Derecho administrativo*, Ed. Tecnos, Madrid, 2019.
- MEILAN GIL, J.L., “El paradigma de la buena administración”, *Anuario Facultad Derecho Universidad de A Coruña*, 2013.
- MITRE GUERRA, E., “La protección del derecho al agua en el derecho constitucional comparado y su introducción en los criterios de los tribunales internacionales de derechos humanos”, *Pensamiento Jurídico*, n. 35, 2012.
- RODRÍGUEZ-ARANA, J., *Derecho Administrativo y Derechos Sociales Fundamentales*, Inap, Sevilla, 2015.
- RODRÍGUEZ-ARANA, J., *Proyecto de Carta de los Derechos Sociales Fundamentales de los Ciudadanos Iberoamericanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- RUIZ-RICO RUIZ, G., *El derecho constitucional al medio ambiente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- RUIZ RUIZ, J.J., *La cuarta generación de derechos fundamentales*, Universidad de Jaén, Jaén, 2020.
- SETUÁIN MENDÍA, B., *Retos actuales del saneamiento de aguas residuales. Derivadas jurídicas, económicas y territoriales*, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2020.

TORRES DEL MORAL, A., *Estado de Derecho y Democracia de Partidos: Una teoría del Estado constitucional contemporáneo*, 6.<sup>a</sup> ed., Editorial Universitas, Madrid, 2022.  
VALDÉS DE HOYOS, E.P. e URIBE ARZATE, E., “El derecho humano al agua. Una cuestión de interpretación o reconocimiento”, *Cuestiones constitucionales*, n. 54, 2016.

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS





Revista Galega de Administración Pública, EGAP  
Núm. 65\_xaneiro-xuño 2023 | pp. 155-189  
Santiago de Compostela, 2023  
<https://doi.org/10.36402/regap.v1i65.5109>  
© Francisco de Cominges Cáceres  
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371  
Recibido: 05/06/2023 | Aceptado: 01/06/2023

Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

## Xurisprudencia contencioso-administrativa

Jurisprudencia contencioso-administrativa

Contentious-administrative jurisprudence

65 Regap

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

FRANCISCO DE COMINGES CÁ CERES

Maxistrado (Galicia, España)

f.cominges@poderjudicial.es

**SUMARIO:** 1 Administración local. 1.1 Dereitos económicos dos membros non adscritos integrados na xunta de goberno local. 1.2 Potestade municipal para denominar as rúas da cidade. 1.3 Incompetencia dos concellos para sancionar o incumprimento da obriga de utilización de máscara durante a pandemia do COVID-19, ata a modificación en febreiro de 2021 da Lei de saúde de Galicia. 1.4 Prazo máximo de interposición de recursos administrativos polas corporacións locais. Interrupción coa súa presentación no rexistro electrónico da propia entidade recorrente. 1.5 Responsabilidade de concello por defectuosa depuración das augas residuais que a rede municipal verte nunha canle fluvial. Non debeu conceder novas licenzas de obras ou actividade sen resolver previa ou simultaneamente o problema técnico da súa depuradora. 2 Medio ambiente e urbanismo. 2.1 Costas. Prórroga de concesión de dominio público marítimo-terrestre para fábrica de pasta de papel (Ence). 2.2 Parques eólicos. Fragmentación de proxectos sobre ámbitos vinculados para eludir unha avaliación ambiental rigorosa. Requisitos do período de información pública. 2.3 Contaminación acústica xerada por un local de negocio. Réxime xurídico aplicable. Posibilidade de supervisión, por tempo indefinido, da súa comunicación previa/declaración responsable. 2.4 Urbanismo. Licenza de obras. A instalación en solo rústico protexido de equipamentos e dotacións require

da aprobación previa dun plan especial de infraestruturas e dotacións. Revisión de oficio das licenzas concedidas sen o dito plan especial. 3 Persoal. 3.1 Non cabe recoñecerlle a un funcionario interino a condición de empregado público fixo sen ter superado antes un procedemento selectivo, con concurrencia e publicidade, convocado *ex professo* para prazas de funcionario de carreira. 3.2 Persoal dos grupos de emerxencias supramunicipais. Vínculo laboral temporal. 3.3 Ampliación de licenza por nacemento en familias monoparentais. Exclusión das seis semanas inmediatas ao parto. 3.4 Inexistencia de colexiación dos profesionais da sanidade pública. 3.5 Suspensión provisional de funcións de empregado público procesado ante a xurisdición penal. Non pode superar os seis meses. 4 Proceso contencioso-administrativo. 4.1 Requisitos das medidas cautelares. *Fumus boni iuris*. Excepción á exigencia de caución. 4.2 Recurso de casación autonómico. Requisitos de procedibilidade. Necesidade de que existan criterios contraditorios dentro dunha mesma sala ou dunha sección especializada. 4.3 Competencia da xurisdición contencioso-administrativa para a impugnación de resolucións das universidades públicas de avaliación dos méritos docentes de persoal laboral. 4.4 Lexitimación activa de corporación local para impugnar o plan xeral doutro municipio. Debe acreditar a existencia dun dereito ou interese lexítimo afectado polo plan impugnado. 5 Responsabilidade patrimonial. 5.1 Reclamación indemnizatoria de centro sanitario concertado polos prexuízos derivados da reordenación asistencial imposta pola Xunta de Galicia durante o primeiro estado de alarma na pandemia de coronavirus. 5.2 Responsabilidade pola anulación xudicial dunha licenza provisional de obras e actividade. 6 Transportes terrestres. 6.1 Transporte de viaxeiros por estrada. Prácticas colutorias da libre competencia (cártel). Deixamento de funcións pola Comisión Galega da Competencia. 7 Tributos. 7.1 Valoración de inmobles. Recorribilidade de liquidación derivada de taxación pericial contradictoria que aceptou a valoración do perito terceiro. 7.2 Imposto de bens inmobles. Exención de inmobles afectos á defensa nacional. 8 Universidades. 8.1 Valoración de tramos de investigación pola Comisión Nacional Avaliadora da Actividade Investigadora. 8.2 Denegación de defensa do traballo de fin de máster de avogacía por informe desfavorable do titor. 8.3 Medidas cautelares fronte a profesor que, presuntamente, incorreu en comportamento inadecuado coas súas alumnas. Nivel de motivación exixible.

## 1 Administración local

### 1.1 Dereitos económicos dos membros non adscritos integrados na xunta de goberno local

A Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (TSXG), na súa Sentenza do 20 de decembro de 2022 (rec. 7114/2022, relator: Paz Eiroa, inclúe voto particular), insiste en que aos membros da xunta de goberno local (XGL) dun concello que non se integren no grupo político da formación electoral pola que foron elixidos, ou que abandonen o seu grupo de procedencia (membros “non adscritos”) non se lles poden recoñecer máis dereitos económicos que os que lles terían correspondido de permaneceren no grupo de procedencia. Non admite excepcións. Aplica esa regra xeral nun suposto no que en puridade o membro non adscrito integrado na XGL, coa súa baixa no grupo político de procedencia, non alterou o réxime de maiorías. Por outra banda, ratifica a obriga da afectada, establecida na sentenza de instancia, de reintegrarlle ao erario todo o que segundo este criterio tería cobrado de máis desde a súa integración na XGL.

## 1.2 Potestade municipal para denominar as rúas da cidade

A Sentenza do TSXG do 14 de abril de 2023 (rec. 7007/2023, relator: Fernández López) analiza a natureza xurídica da potestade municipal para asignar nomes ás rúas e espazos libres públicos do municipio. Confirma a desestimación da solicitude dun veciño de Pontevedra de atribución a unha vía determinada do nome dun cidadán ilustre recentemente falecido. Considerando que:

*«(...) no se trataba de exercitar un derecho subjetivo que pudiera ostentar, sino un mero derecho de petición consagrado en el artículo 29 de la CE y desarrollado en la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, reguladora del derecho de petición, sobre el cual ha señalado la STC 242/1993 que “la petición en que consiste el derecho en cuestión tiene un mucho de instrumento para la participación ciudadana, aun cuando lo sea por vía de sugerencia, y algo del ejercicio de la libertad de expresión como posibilidad de opinar”, a lo que ha añadido que se trata de un concepto residual, pero no residuo histórico, que cumple una función reconocida constitucionalmente, para cuya individualización sea, quizás, más expresiva una delimitación negativa, y, “en tal aspecto excluye cualquier pretensión con fundamento en la alegación de un derecho subjetivo o un interés legítimo especialmente protegido”, sin que la petición en el sentido estricto que aquí interesa sea una reclamación en la vía administrativa.*

*(...) dar a una calle o glorieta un nombre concreto supone un reconocimiento honorífico que exalta, dignifica y realza a su destinatario, como reconoce la reciente STS de 15.12.22, rec. 5577/2021, cuando afirma que “dar a una calle el nombre de una persona concreta supone destacarla frente a todos: son solamente unos pocos los distinguidos de ese modo”. (...) la petición que hizo el vecino luego demandante y ahora apelante no tenía que dar derecho a un procedimiento riguroso con especiales cautelas, como la de darle audiencia previa a la terminación, en este caso mediante una resolución motivada.*

*(...) recordará esta sala que cualquier medida de fomento, como sin duda lo es la exaltación, dignificación y realce de los méritos de un procurador vecino de la ciudad de Pontevedra y ya fallecido, tiene que ser también compatible con el interés general de los vecinos, en la medida en que se proyecta o materializa en un bien de dominio público local, como lo es la glorieta que el apelante desea que sea denominada como xxxxx, por lo que debe ir encaminada al servicio del interés general a que se refiere el artículo 103.1 de la CE, en relación con los artículos 25.2.d) y 79.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, y 264 de la Ley 5/1997, de 22 de julio, de Administración Local de Galicia, de modo que es el Ayuntamiento de Pontevedra el que debe decidir el nombre que se le da a sus viales, plazas, glorietas, parques y demás elementos estructurales de su localidad, según lo que disponen los artículos 10.2 de la Ley 3/1983, de 15 de junio, de normalización lingüística de Galicia, y 75.1 del Reglamento de población*

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

y demarcación territorial de las entidades locales, aprobado por Real Decreto 1690/1986, de 11 de julio. En cuanto a la competencia para ello, nada disponen esos preceptos, como tampoco los artículos 121 y siguientes de la LRBRL, relativos a los municipios de gran población, como lo es el de Pontevedra (artículo 121.1.c), cuestión que la sentencia apelada derivó al órgano plenario, pese a quien resolvió fue una concejala, pero sobre este extremo no se plantea objeción alguna a la decisión adoptada el 18.10.21. (...). lo que no obsta para recordar que es lógico que la nueva asignación de nombres al callejero municipal se haga respetando la debida participación ciudadana, ya a través de organizaciones vecinales o corporativas (lo que sería el caso del colegio profesional de procuradores), ello sin olvidar que el artículo 128.1 de la LRBRL obliga a los ayuntamientos como el de Pontevedra a crear distritos, que son “divisiones territoriales propias, dotadas de órganos de gestión desconcentrada, para impulsar y desarrollar la participación ciudadana en la gestión de los asuntos municipales y su mejora”, lo que sería el caso de la pretensión que promovió el abogado aquí recurrente».

### **1.3 Incompetencia dos concellos para sancionar o incumprimento da obriga de utilización de máscara durante a pandemia do COVID-19, ata a modificación en febreiro de 2021 da Lei de saúde de Galicia**

A Sentenza do TSXG do 24 de marzo de 2023 (rec. 7146/2022, relator: Villares Naveira) resolve en apelación a controversia suscitada sobre a Administración competente para sancionar o non uso da máscara obrigatoria a partir do Real decreto-lei 21/2020, do 9 de xuño, de medidas urxentes de prevención, contención e coordinación para facer fronte á crise sanitaria ocasionada polo COVID-19 (art. 6). Confirma a anulación da Resolución da Delegación Territorial da Consellería Sanidade de Lugo da Xunta de Galicia do 29 de outubro de 2020 pola que se declarou incompetente para impor as ditas sancións, requiríndolle ao Concello de Monforte de Lemos a tramitación dos correspondentes expedientes.

Conclúe que ata a entrada en vigor da modificación da Lei 8/2008, do 10 de xullo, de saúde de Galicia, operada pola Lei 8/2021, do 25 de febreiro, lle correspondía á Xunta de Galicia, con carácter exclusivo e excluínte, a potestade para sancionar esa infracción leve.

*«(...) Ata ese momento [Lei 8/2021], a administración autonómica tiña que facer o razoamento interpretativo de que un título habilitante da competencia equivalía a unha regulación concreta da competencia, o que en puridade é un erro, porque a habilitación o que fai é dotar de capacidade de regular ao lexislador autonómico, pero non lle confire á administración autonómica a presupoñer que o contido do título habilitante vai ser un en concreto. Por iso a reforma legal non é unha simple aclaración de dúbidas, senón unha contundente regulación legal da competencia sancionadora en uso das competencias autonómicas da CA en*

*materia de sanidade e saúde pública no marco da lexislación básica que se expón na propia reforma. (...)».*

A sentenza de instancia (do Xulgado Cont. -Ad. 2 de Lugo, 29 de xullo de 2022, rec. 76/2021, relator: Tudela Guerrero), confirmada en apelación, fundouse entre outras consideracións en que:

*«(...) la competencia sancionadora del Concello, a día de los hechos, se limita a las infracciones previstas en sus ordenanzas municipales y dentro del área de responsabilidad mínima sobre las cuales ejercen competencias de control sanitario.*

*Si bien el artículo 25 LRBRL atribuye competencia a los Ayuntamientos en cuestiones de salud pública, no se recoge ésta en las competencias mínimas del artículo 26 LRBRL, ni consta una delegación de competencias en los términos del artículo 27 LRBRL.*

*Aun cuando los municipios carecen de competencias directas en materia de sanidad y salud pública, sí son competentes en diversas materias estrechamente relacionadas con ellas: protección de la salubridad pública, cementerios y actividades funerarias, abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales, alumbrado público, servicios de limpieza viaria, recogida y tratamiento de residuos, alcantarillado y tratamiento de aguas residuales. Asimismo, deben participar en la gestión de la atención primaria de la salud, en los términos de la legislación del Estado y de la respectiva comunidad autónoma (LBRL art.25.2).*

*El artículo 25 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público al regular el PRINCIPIO DE LEGALIDAD en el ejercicio de la potestad sancionadora, señala que (...). Conforme al artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, sobre NULIDAD DE PLENO DERECHO 1. Los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes: b) Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio.*

*Y si bien la regla general en el ámbito administrativo es la anulabilidad, y no la nulidad, la falta de competencia para tramitar y sancionar en el procedimiento sancionador es una nulidad radical, original, con efectos que no precisan su declaración, apreciable de oficio y no convalidable (...)».*

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

#### **1.4 Prazo máximo de interposición de recursos administrativos polas corporacións locais. Interrupción coa súa presentación no rexistro electrónico da propia entidade recorrente**

O TSXG, na súa Sentenza do 24 de febreiro de 2023 (rec. 7017/2023, relator: Fernández López), admite a posibilidade de que un concello interpoña no seu propio rexistro electrónico o recurso administrativo dirixido fronte a outra Administración pública (deputación provincial), con plenos efectos respecto da interrupción do prazo de interposición:

*«(...) el artículo 16 de la LPACAP no sólo le obliga [al ayuntamiento] a llevar un Registro Electrónico General para asentar tanto los escritos que reciba, como los que salgan –sin dilación– a su destinatario, con las debidas garantías que ese precepto señala, y de ahí que se permita la posibilidad de presentar esos escritos en cualesquiera de los registros a que se refiere su apartado 4, entre ellos el propio de esa corporación local, lo que ese precepto no prohíbe, puesto que todos esos registros tienen que estar “plenamente interoperables, de modo que se garantice su compatibilidad informática e interconexión, así como la transmisión telemática de los asientos registrales y de los documentos que se presenten en cualquiera de los registros”.*

*A lo indicado se debe añadir que el artículo 31.2 de esa misma ley contempla el cómputo de plazos en los registros electrónicos, que se regirá por la fecha y hora oficial de la sede electrónica de acceso, que deberá contar con las medidas de seguridad necesarias para garantizar su integridad y figurar de modo accesible y visible durante las 24 horas de cada día del año, para lo cual se tendrá en cuenta la fecha y hora de presentación, que es verdad que en este caso no se realizó formalmente en el registro de entrada, sino en el de salida, lo que como tuvo lugar el día 20.12.21, a las 20:42 horas, esto es, dentro de plazo, aunque se recibió en el centro de destino al día siguiente, a las 09:20 horas».*

#### **1.5 Responsabilidade de concello por defectuosa depuración das augas residuais que a rede municipal verte nunha canle fluvial. Non debeu conceder novas licenzas de obras ou actividade sen resolver previa ou simultaneamente o problema técnico da súa depuradora**

A Sentenza da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo (TS) do 15 de febreiro de 2023 (rec. 430/2021, relator: Olea Godoy) desestima o recurso interposto por un concello da provincia de Ourense contra a sanción dun millón de euros que lle impuxo o Consello de Ministros pola comisión dunha infracción moi grave ao incumprir as condicións de vertedura de augas residuais ao río Barbaña outorgada pola Confederación Hidrográfica do Miño.

O alto tribunal rexeita en primeiro termo o argumento do Concello, de que «la Corporación Municipal sancionada no ha podido evitar la producción del vertido, que se reconoce excede de la carga contaminante autorizada, dado que las actuales instalaciones depuradoras no son idóneas para una adecuada depuración de los vertidos que puedan adaptarse al autorizado; situación generada por la incorporación de nuevos vertidos de obras e instalaciones que se han realizado en el Municipio sin que pueda acometer una reforma o renovación de la Estación Depuradora de Aguas Residuales (EDAR) como sería necesario, dado su alto coste económico».

Considera que, pola contra, a Administración local recorrente cumpre o requisito de “culpabilidade” porque:

*«si fue el mismo Ayuntamiento el que solicitó y asumió la concesión para un vertido urbano con unos límites de carga contaminante; en su manos estaba vigilar dichos límites y, o bien no autorizar o condicionar autorizaciones o licencias que alterasen dicho vertido o modificar las instalaciones depuradoras, coste al que debía cooperar, como una exigencia más de la urbanización de los terrenos en que debieron instalarse las edificaciones a que se hace referencia. No puede eximirse el Ayuntamiento, titular de la red de evacuación de aguas residuales y titular del vertido y de la concesión otorgada del mismo por el Organismo de Cuenca, por el aumento de instalaciones y edificaciones en su ámbito territorial, porque esa ampliación de los terrenos urbanizados pudieron, y debieron, realizarse asumiendo la exigencia de que el vertido debía tener unos límites por encima de los cuales debían asumirse el mayor coste que supusieran. Lo que no era admisible es ampliar las conexiones de vertidos a la red municipal, que nunca pudo hacerse sino con autorización municipal, sin acometer esa ampliación de las instalaciones de depuración con la finalidad de mantener la carga contaminante».*

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

## 2 Medio ambiente e urbanismo

### 2.1 Costas. Prórroga de concesión de dominio público marítimo-terrestre para fábrica de pasta de papel (Ence)

A industria fabril de celulosa de Pontevedra/Marín (Ence) construíuse mediante recheos sobre o mar ao abeiro dunha concesión outorgada no ano 1958 pola Administración do Estado “a título de precario, *sen prazo limitado*”.

Tras a entrada en vigor da Lei 22/1988, de costas (LC), a duración máxima da concesión reconduciuse a 30 anos, isto é, ata o 29 de xullo de 2018. Pero a LC foi modificada pola Lei 2/2013, do 29 de maio, na que se permitiu a posibilidade de prorrogar este tipo de concesións ata un máximo de 75 anos. O 20 de xaneiro de 2016 o daquela Ministerio de Agricultura, Alimentación e Medio Ambiente outorgoulle a Ence a prórroga da concesión de ocupación de dominio público marítimo-terrestre por 60 anos máis, con determinadas condicións. O Concello de Pontevedra, Greenpeace

España e a Asociación pola Defensa da Ría de Pontevedra impugnaron esta última resolución ante a Sala do Contencioso-Administrativo da Audiencia Nacional (AN) nos recursos n. 484/2016, 700/2016 e 268/2016. A Avogacía do Estado achantouse nos ditos procesos, pero continuaron ante a oposición da empresa codemandada. A AN estimou os recursos nas súas respectivas sentenzas do 15 de xullo (2) e 21 de setembro de 2021, coa seguinte motivación:

*«(...) se requiere como presupuesto básico para la prórroga ex artículo 32.1 de la Ley de Costas, que se trate de instalaciones que, por su naturaleza, no puedan tener otra ubicación. (...) el agua dulce, en un determinado volumen, es un recurso necesario e imprescindible para el proceso productivo de las plantas de pasta de papel Kraft con blanqueo, como la de Ence Pontevedra, así como la proximidad a recursos hídricos (agua salada o dulce) para la evacuación del vertido, pero no que dichas plantas por su naturaleza o configuración tengan que ubicarse en el dominio público marítimo terrestre, que es lo que exige el artículo 32.1 de la Ley de Costas. Por tanto, pueden situarse en las proximidades, pero fuera de dicho demanio costero, en las proximidades de los ríos o de grandes masas de agua. Y eso es precisamente lo que sucede con otras fábricas de celulosa BHK en nuestro país, como las Torraspapel S.A en Zaragoza y Papelera Guipuzcoana de Zicuñaga S.A., que se sitúan junto a ríos en los que evacuan el efluente, y también con la fábrica de Ence en Navia, que según ambos peritos es equiparable con la de Pontevedra, que se sitúa próxima, pero fuera del demanio costero».*

Non obstante, o TS, en sentenzas do 6 de marzo de 2023 (recs. 7364/2021 e 7680/2021, relator: Olea Godoy, inclúen voto particular), estimou os recursos de casación interpostos por Ence e outros afectados, confirmando en definitiva a prórroga da concesión.

O alto tribunal conclúe que, a este tipo de prórroga concesional, anterior á reforma do Regulamento Xeral de Costas operada polo Real decreto 668/2022, do 1 de agosto; e á Lei 7/2021, do 20 de maio, de cambio climático, non se lle aplican os requisitos do artigo 32 LC, senón exclusivamente o réxime especial do artigo 2 Lei 2/2013, que só requiría dun informe favorable da Administración autonómica, de maneira que para obter a prórroga non era necesario acreditar unha vinculación directa entre a actividade en si e o dominio marítimo-terrestre. Establece o seguinte criterio interpretativo:

*«las concesiones sobre el dominio público marítimo-terrestre que fueron otorgadas en base a derechos anteriores a la entrada en vigor de la LC y conforme a su régimen transitorio, que se acogieron al derecho reconocido en la Ley 2/2013, tienen derecho a una prórroga de hasta setenta y cinco años, computados desde la fecha en le fueran concedida dicha prórroga, manteniendo el mismo régimen de uso y actividad del que venían disfrutando con anterior a la LC, pero con la limitación de que tales prórrogas están condicionadas al otorgamiento de un informe favorable (en otro caso ha de motivarse) del órgano ambiental de la Comunidad Autónoma, en el que se determine los efectos que la ocupación tiene*

para el medio ambiente. Dicha prórroga, conforme a lo establecido en la Ley 2/2013, queda limitada, en todo caso, al mencionado plazo computado desde la fecha que fue otorgada».

## 2.2 Parques eólicos. Fragmentación de proyectos sobre ámbitos vinculados para eludir unha avaliación ambiental rigorosa. Requisitos do período de información pública

O TSXG, na súa Sentenza do 26 de maio de 2023 (rec. 7052/2022, relator: Fernández López), anula o acordo do Consello da Xunta de Galicia de novembro de 2021 que outorgou autorización administrativa previa e de construción e declaración de utilidade pública das instalacións relativas ao proxecto do parque eólico Campelo (A Coruña).

A anulación fúndase en dous motivos complementarios. O primeiro consiste en:

*«la indebida fragmentación del proyecto del parque eólico de Campelo, que no era autónomo e independente respecto de los del Monte Toural y Bustelo, promovidos por promotoras vinculadas (...).*

*Debe partirse de la definición contenida en el anexo VI de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental, cuya parte A se refiere al estudio de impacto ambiental, mientras que la B se refiere a los conceptos técnicos, entre los que se recoge en su letra n) el de fraccionamiento de proyectos, que se define como el “mecanismo artificioso de división de un proyecto con el objetivo de evitar la evaluación de impacto ambiental ordinaria, en el caso de que la suma de las magnitudes supere los umbrales establecidos en el anexo I”, esto es, para parques eólicos que tengan 50 o más aerogeneradores, más de 30 MW o que se encuentren a menos de dos kilómetros de otro parque eólico en funcionamiento, en construcción, con autorización administrativa o con declaración de impacto ambiental. De este modo, se trata de evitar que, por esta vía, se deje de aplicar el mecanismo de mayor protección ambiental, que es la ordinaria. (...).*

*Lo cierto es que ningún letrado niega que los tres proyectos compartan líneas e infraestructuras de evacuación, como tampoco que cada uno de ellos hubiera sido objeto de estudio de sus efectos acumulativos y sinérgicos, así como de su propia declaración de impacto ambiental, de modo que con ello reconocen abiertamente que se ha producido la fragmentación de la evaluación ambiental de proyectos de tres parques eólicos que, en realidad, no eran autónomos, sino integrados y dependientes entre sí, al compartir estructuras y conexiones, a pesar de que las solicitudes se formularon en fechas distantes entre sí».*

O segundo motivo de anulación refírese á vulneración do disposto en:

*«la normativa de la Unión Europea al reducir a la mitad el trámite de información pública; a lo que se añade el hecho de que, con anterioridad, no se hubieran puesto a disposición de la ciudadanía los informes sectoriales».*

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

Sobre esa última cuestión xa se pronunciara antes o TSXG, en termos similares, en senllas sentenzas do 21 de xaneiro de 2022 (recs. 7196/2020 e 7419/2020), as cales están actualmente en fase de casación ante o Tribunal Supremo (recs. 3303/2022 e 4795/2022).

### **2.3 Contaminación acústica xerada por un local de negocio. Réxime xurídico aplicable. Posibilidade de supervisión, por tempo indefinido, da súa comunicación previa/declaración responsable**

A Sentenza do TSXG do 27 de abril de 2023 (rec. 4407/2022, relator: Díaz Casales) analiza en detalle o réxime xurídico dos límites de emisión de ruído polos locais de negocio, aplicable a día de hoxe en Galicia. E incide por último en que:

*«(...) tratándose de una cuestión que afecta a derechos fundamentales de quienes se ven expuestos a la contaminación acústica (así lo refiere la St. del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 16 de enero de 2019 en el Asunto Cuenca Zardoso contra España) resulta que las administraciones han de extremar el celo en la vigilancia de que estas actividades se realicen dentro de los márgenes en las que resultan tolerables, lo que nos lleva a concluir que el decreto de archivo, en base al referido informe, no es conforme a derecho y merece ser anulada, en atención a que como tiene declarado el T.S. en la reciente sentencia de 8 de marzo de 2023 (dictada en el recurso de casación 8658/2011) las facultades de comprobación, vigilancia y control de las declaraciones responsables o comunicaciones previas no están sujetas a plazo alguno y pueden realizarse durante todo el tiempo de desarrollo de la actividad».*

### **2.4 Urbanismo. Licenza de obras. A instalación en solo rústico protexido de equipamentos e dotacións require da aprobación previa dun plan especial de infraestruturas e dotacións. Revisión de oficio das licenzas concedidas sen o dito plan especial**

A Sentenza do TSXG do 12 de maio de 2023 (rec. 4296/2022, relator: Recio González) confirma a anulación da licenza de obras outorgada ao Real Club Celta de Vigo para a construción de instalacións auxiliares deportivas en solo rústico de especial protección forestal do termo municipal de Mos. E así mesmo ordena a revisión de oficio doutra licenza anterior concedida para a construción de campos de fútbol no mesmo lugar, coa seguinte fundamentación:

*«Conforme dispone el artículo 36.1 LSG, los usos contemplados en el artículo 35 como admisibles en suelo rústico serán autorizables mediante licencia municipal (...) Añadiéndose la necesidad de, previa la concesión de licencia municipal, obtener autorización o informe sectorial favorable cuando se trate de suelos rústicos de especial protección (art. 36.2 LSG, que es el presente supuesto). No obstante, también dispone en su punto cuarto que “Los usos contemplados en las letras o)*

y p) del artículo anterior requerirán la aprobación de un plan especial de infraestructuras y dotaciones”. Queda así delimitado el objeto de este recurso de apelación, que se centra en determinar si el objeto de las licencias era una actividad deportiva con las obras imprescindibles para su uso, como entendió el Concello y la Administración sectorial autonómica y se sostiene por la parte apelante, o si, por el contrario, como refiere la parte recurrente (apelada), y acepta la sentencia recurrida, nos encontramos ante un equipamiento deportivo privado, derivando de ello el que las obras e instalaciones puedan autorizarse mediante licencia municipal o bien requieran la previa tramitación de un plan especial de infraestructuras y dotaciones –PEID–. (...)

se trata de un “equipamiento deportivo privado”: un campo de fútbol doble de 16.576 m2 con un aparcamiento de 5.500 m2, autorizados en la primera de las resoluciones recurridas; y los vestuarios e instalaciones a que se refiere el segundo de los acuerdos; por lo que exceden de las instalaciones mínimas a que se refiere la ley, y se puede considerar dentro de lo que en la propia solicitud de licencias se denomina como equipamiento deportivo, al presentar los planos del proyecto básico. Y también ha de compartirse la consideración de que, con un margen temporal de no más de un año entre uno y otro acuerdo, se han autorizado unas obras que conformarán un conjunto completo que constituye una unidad. De forma que no se está discutiendo que se pueda emplazar en suelo rústico, sino que los que se está debatiendo es si entra en uno u otro de los preceptos citados, y, por consecuencia, precisa de un Plan Especial. (...).

En conclusión, y partiendo de las definiciones más arriba expuestas sobre lo que es un equipamiento deportivo, atendida la circunstancia de que se trata de varios campos de fútbol en un recinto cerrado al aire libre, constituyendo la primera fase de una ciudad deportiva para un equipo profesional de fútbol, se puede llegar a la conclusión de que lo proyectado y licenciado es un equipamiento privado deportivo, con naturaleza dotacional, por lo que, siendo necesaria la previa tramitación y aprobación del plan especial, ha de compartirse la fundamentación de la sentencia apelada cuando se considera en la misma que procede tanto la anulación de la segunda de las licencias, como la revisión de oficio de la primera».

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

## 3 Persoal

### 3.1 Non cabe recoñecerlle a un funcionario interino a condición de empregado público fixo sen ter superado antes un procedemento selectivo, con concorrencia e publicidade, convocado *ex professo* para prazas de funcionario de carreira

O TSXG, na súa Sentenza do 19 de abril de 2023 (rec. 43/2022, relator: López González), desestima a pretensión de transformación da súa vinculación temporal en fixa, formulada por un profesor de educación física que leva máis de dez anos como funcionario interino no mesmo instituto de ensino secundario.

Conclúe, en primeiro lugar, que as funcións desempeñadas polo actor carecen de natureza estrutural, porque, entre outras razóns:

*«(...) La figura del profesor especialista tiene carácter excepcional y opcional, no siendo necesaria su existencia en los centros educativos toda vez que solo tienen atribución docente en módulos específicos, por lo que corresponde a la potestad organizativa de la Administración la decisión sobre la oportunidad de que determinados módulos o materias sean impartidos por este personal en atención a su cualificación y a las necesidades del sistema educativo, por lo que las funciones que desempeñan pueden dejar de ser necesarias o pasar a ser ejercidas por funcionarios del Cuerpo de Catedráticos y Profesores de Enseñanza Secundaria. De ahí que no pueda hablarse del desempeño de funciones permanentes y estructurales por parte de los profesores especialistas en fútbol. (...)».*

En segundo lugar, constata que non se pode cualificar de fraudulenta a vinculación temporal do recorrente porque:

*«(...) tuvo conocimiento en todo momento de que era por tiempo determinado, a la finalización del cual o por la concurrencia de específicas circunstancias debía cesar. Así, al ser esencialmente temporal, podría ser revocado cuando se procediese a la provisión por un funcionario de carrera o, a juicio de la Administración, cesasen las circunstancias que determinaron dicho nombramiento.*

*La inicial vinculación del demandante con la Administración, aun cuando hubiere podido tener lugar a través de la superación de unas pruebas para su contratación indefinida, no puede ser conceptuada como de acceso al empleo público en virtud de la superación de un proceso selectivo en los términos en que tal concepto se utiliza en el ámbito de la función pública. De ahí que dicha contratación no le genere ninguna expectativa legítima para el futuro, sino que esa contratación o nombramiento es por tiempo limitado y, aunque después se le renueve o vuelva a nombrar, ello es debido a concretas razones que hacen que persista la temporalidad indicada.*

*En aquellos años la Administración se veía muy limitada para cubrir la totalidad de las vacantes producidas, como consecuencia de la imposición de la normativa vinculante a nivel estatal, ya que en las sucesivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado se introdujeron severas limitaciones para aquella cobertura con unas drásticas reducciones de la tasa de reposición de efectivos, por lo que para un adecuado funcionamiento del servicio público resultaba obligado acudir a listas de sustitutos e interinos, de modo que, en cuanto justificado, no cabía hablar de un uso abusivo de la contratación temporal. Así, la tasa de reposición fue del 30 % en 2011, del 10 % en 2012, 2013 y 2014 y del 50 % en 2015, siendo del 100 % desde 2016 a 2019, pero sin que dicha tasa se aplicase sobre la totalidad de las vacantes sino sobre la diferencia resultante entre el número de empleados fijos que, durante el ejercicio presupuestario anterior, dejaron de prestar servicios en cada uno de los respectivos sectores, ámbitos, cuerpos o categorías, y el número de empleados fijos que se hubieran incorporado en los mismos, en el referido ejercicio, por cualquier causa, excepto los procedentes de ofertas de empleo público, o reingresado desde situaciones que no conlleven la reserva de puestos de trabajo (artículo 19.4 de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017).*

*Conviene significar que el demandante o bien no se inscribió en los procesos selectivos convocados o bien no llegó a superarlos, por lo que no consiguió plaza.*

*En el caso enjuiciado no se puede hablar de nombramiento irregular para ocultar la verdadera finalidad de cubrir unas necesidades permanentes.*

*Debe recordarse que el recurrente se ha venido beneficiando de formar parte de la función pública, si bien interinamente y por tiempo determinado.*

*Por tanto, la situación es muy diferente a la que se presenta en el empleo privado, en el que la concatenación irregular de contratos temporales entraña una práctica abusiva y fraudulenta que causa perjuicio al empleado, de modo que la conversión del contrato en indefinido entraña un estímulo idóneo para que el empleador cese en esa práctica irregular.*

*Ni esa situación se produce en el caso presente ni tiene sentido la conversión en fija de una vinculación temporal a la que el actor se acogió voluntariamente en unas condiciones previamente establecidas y acordes a la finalidad que cumple. (...).*

*La única finalidad perseguida era el correcto funcionamiento del servicio público mediante la cobertura del puesto cuya vacante no podía ser ofrecida al empleo fijo, dadas las limitaciones presupuestarias existentes. Además, tampoco se puede hablar de situación de desamparo, incerteza e inseguridad del actor, ya que desde el principio conocía la temporalidad de su nombramiento y las circunstancias que podrían dar lugar a su cese.*

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

*Tal cómo han declarado las sentencias del Tribunal Supremo de 24 de abril, 12 y 20 de noviembre y 3 de diciembre de 2019, la superación del plazo de tres años, a que se refiere el artículo 70.1 del RDL 5/2015, no transforma automáticamente los contratos de interinidad por vacante en indefinidos no fijos. (...).*

*Desde el momento en que no cabe apreciar abuso alguno en el nombramiento ni fraude en el mismo, no existe base para adoptar medida alguna de las previstas en la Directiva 1999/70/CE y en la jurisprudencia comunitaria, y mucho menos cabe la conversión de la vinculación temporal en el empleo fijo que se pretende.*

*De todos modos, aunque se hubiera apreciado aquel abuso y fraude en el nombramiento, nunca cabría acoger la pretensión principal de conversión en empleado público fijo, equivalente al funcionario de carrera, porque ello resultaría contrario a los principios de igualdad, mérito y capacidad, recogidos en los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución española, pues, conforme a los artículos 62 del RDL 5/2015 y 60 de la Ley 2/2015, el único modo de adquirir la condición de funcionario de carrera es a través del cumplimiento de los requisitos y exigencias que dichos preceptos contemplan y, entre ellos, el de superar el correspondiente proceso selectivo, desarrollado de conformidad a los sistemas establecidos en los artículos 61.1 del EBEP y 57.1 de la Ley 2/2015 (oposición o concurso-oposición), entre los cuales no se prevé la inclusión en listas de funcionarios interinos o de vinculación temporal. Es más, el artículo 25.4 de la Ley 2/2015 establece que “La prestación de servicios en régimen interino no constituye mérito preferente para la adquisición de la condición de personal funcionario de carrera”.*

*Decimos que no resulta procedente el reconocimiento de la condición de empleado público fijo, porque para la adquisición de esa condición siempre sería imprescindible la superación de un proceso selectivo, de modo que si no es como funcionario de carrera sólo podría ser como personal laboral fijo y para ello resulta necesaria la selección por los sistemas de oposición o concurso-oposición o, excepcionalmente, por concurso de méritos, tal como se establece en el artículo 57.2 de la Ley 2/2015 (“El personal laboral fijo puede ser seleccionado por los sistemas de oposición o concurso-oposición, con las características establecidas en el artículo anterior, o, excepcionalmente, por el sistema de concurso de valoración de méritos”). (...).*

*Por lo demás, aunque se pudiera acoger la pretensión del reconocimiento de la condición de empleado público fijo, lo que no cabría es la permanencia en el puesto de trabajo que actualmente ocupa, ya que incluso a quienes superan el proceso selectivo no se les puede garantizar un puesto determinado, pues lo que se logra es una plaza que no se concreta en un puesto específico hasta que, finalizado todo el proceso selectivo, se convocan puestos singulares, debiéndose tener presente que entre la convocatoria y la culminación del proceso selectivo son muchas las variaciones e incidencias que pueden producirse en torno a las plazas a cubrir en su día.*

*Tampoco sería posible el mantenimiento en el puesto que ocupa hasta la cobertura definitiva o amortización, pues, para ello, sería imprescindible la constatación previa de la utilización abusiva del nombramiento, tal como se deduce de la sentencia del Tribunal Supremo n. 1425/2018, de 26 de septiembre, y ya hemos visto que en el caso presente no existe base para dicha apreciación.*

*La reciente sentencia de 19 de marzo de 2020 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea recalca el apoderamiento al juez nacional para la apreciación de la concurrencia del fraude en la contratación o en los sucesivos nombramientos. En todo caso, no debemos olvidar que la Directiva comunitaria de referencia no es de inmediata y directa aplicación en el derecho interno, sino que corresponde al juez nacional su interpretación y aplicación conforme a la normativa propia.*

*En el presente caso, además, desde el momento en que no cabe apreciar abuso en el nombramiento ni fraude en el mismo, no existe base para adoptar medida alguna de las previstas en la Directiva 1999/70/CE y en la jurisprudencia comunitaria, y mucho menos cabe la conversión de la vinculación temporal en el empleo fijo que se pretende».*

### 3.2 Persoal dos grupos de emerxencias supramunicipais. Vínculo laboral temporal

A Sentenza do TSXG do 29 de marzo de 2023 (rec. 81/2022, relator: Sánchez Romero) analiza a convocatoria e as bases aprobadas por un concello para a contratación de persoal laboral temporal (11 peóns) no grupo de emerxencias supramunicipal (GES) da Paradanta. A dita contratación realizárase no marco do convenio de colaboración suscrito pola Xunta de Galicia, a Federación Galega de Municipios e Provincias e as deputacións provinciais, en materia de emerxencias e prevención e defensa contra incendios forestais, para o desenvolvemento dos GES, como grupos operativos en emerxencias de ámbito supramunicipal, para completar o mapa de emerxencias de Galicia.

A sentenza toma como punto de partida os seguintes presupostos:

*«En el citado convenio se señala que los GES se situará estratégicamente en 24 localidades, que por tener carácter supramunicipal permiten ofrecer cobertura, junto con los demás servicios de emergencia, a un total del 90-97 % de la población. Con carácter general, cada grupo se conforma por 12 efectivos, y en el caso de que el GES tenga base compartida podrá estar integrado por 12,16, 18 o 19 efectivos. En todos los casos, cada GES contará con una estructura profesionalizada y de carácter permanente, que dé cobertura a toda la zona de actuación del grupo conforme al Anexo I, en el que se recoge también su sede. En lo que se refiere a la selección, formación y operatividad de los componentes de estos grupos, se estará a lo dispuesto en el Anexo VIII.*

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

*En la cláusula cuarta del convenio se indican las funciones, esencialmente en el ámbito, entre otras, de la acción contra incendios forestales, gestión de la biomasa, prácticas preventivas, actuaciones de prevención de la avispa velutina, intervenir en situaciones de riesgo y emergencia para mantener a la seguridad de carreteras, colaborar con los grupos de acción establecidos en planes municipales, actividades en materia de sanidad y salubridad pública, ...*

*En la cláusula sexta se indica que los GES dependerán, tanto jurídica como orgánicamente del ente local por el que fueron contratados, y en ningún caso sus integrantes tendrán vínculo laboral con la Administración General de la Comunidad Autónoma ni con las Diputaciones Provinciales.*

*Se establece en la cláusula séptima y octava, respectivamente, lo relativo a la financiación en materia de prevención de incendios forestales, y en materia de emergencias y extinción de incendios forestales.*

*En los compromisos de las partes se recoge el de colaboración en la financiación del coste que suponga la operatividad de los GES, tanto por parte de la CA de Galicia, como de las Diputaciones Provinciales. La FEGAMP se compromete a coordinar el proceso de adhesión de los Concellos al Convenio. Y se recoge asimismo a qué se comprometen los Concellos adheridos.*

*El Anexo VIII del Convenio se refiere a los medios personales. Y se indica que son los Concellos los encargados de la selección del personal, y que en el caso de que fuese necesario seleccionar nuevos efectivos, habrá de hacerse por el sistema de concurso-oposición, respetando los principios de igualdad, mérito y capacidad y la normativa de selección de los empleados públicos. Se señala que el Concello asumirá la posición de empresario o contratante, y asumirá en exclusiva las obligaciones legales y convencionales correspondientes. Se señalan los requisitos exigidos a los aspirantes para participar en el proceso selectivo. Se regula lo relativo a la fase de concurso, así como el temario mínimo para la fase de oposición, y se indica que, superado el proceso de selección, con carácter previo al ingreso en el grupo, se realizará un curso teórico-práctico que se impartirá en la Academia Galega de Seguridad Pública (...).*

O TSXG conclúe que é correcto o vínculo laboral (non funcionarial) e temporal outorgado a estes operarios, xa que:

*«en primer lugar, no tienen la consideración de bomberos y sus funciones no se identifican con las propias de éstos, al abarcar otros ámbitos, y, en segundo lugar, tampoco prestan servicio para una Administración Local, sino que su actuación es supramunicipal, por lo que las manifestaciones efectuadas sobre el régimen de los bomberos y el carácter de su relación con la Administración Local, no es automáticamente trasladable a este supuesto (...).*

*[además] el Convenio no tiene vocación de permanencia indefinida, de modo que carecería de sentido que se hubieran de convocar puestos de carácter funcional para quienes están llamados a prestar sus servicios durante un período de tiempo determinado. En efecto, así como el Servicio de Extinción de Incendios de un Ayuntamiento pertenece a la Escala de Servicios Especiales y está compuesto por funcionarios (artículo 172.1 RDL 781/1986), porque los servicios que prestan son estructurales y permanentes, no se puede afirmar lo mismo de las tareas asignadas a los peones de los GES, quienes, al estar ligados al Convenio de colaboración, tendrán que tener la misma duración máxima que éste (...). En el caso presente lo que no es permanente es la prestación del servicio con carácter supramunicipal, que es precisamente a lo que da lugar el Convenio de colaboración. Surge con la idea de servir de complemento al mapa de emergencias de Galicia, y sin el objetivo definido de crear un Grupo estable con unos trabajadores fijos. En efecto, no pueden identificarse las tareas de extinción de incendios forestales que desarrolla el Servicio de bomberos de un Concello, que son estructurales y se limitan al ámbito del propio Ayuntamiento, por lo que es lógico que hayan de ser funcionarios los que componen ese Servicio, con las que desempeñan los peones de los GES (aunque una de sus funciones es la de intervenir en incendios forestales y urbanos en el ámbito territorial de su demarcación, aunque para ese caso se exija que actúan en coordinación técnica con el distrito forestal o con el parque comarcal de bomberos, de existir éste), que se crean temporalmente como grupos operativos de emergencias para acometer labores diferentes de carácter supramunicipal y a in de completar el mapa de emergencias de Galicia. (...). no se aprecia razón alguna por la que en principio no pueda emplearse la fórmula del contrato de obra o servicio determinado con aquel plazo máximo de duración, de modo que se antoja excesivo obligar a la contratación de personal laboral fijo para el desempeño de labores que se van a acometer en un período de tiempo concreto con un final predeterminado, coincidente con el final de la vigencia del Convenio de colaboración».*

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

### **3.3 Ampliación de licencia por nacimiento en familias monoparentais. Exclusión das seis semanas inmediatas ao parto**

O TSXG, nas súas sentenzas deo15 de novembro de 2022 e 10 de abril de 2023 (recs. 21/2022 e 140/2022, relatores: Sánchez Romero e Bolaño Piñeiro), recoñece o dereito de senllas funcionarias da Administración do Estado a ampliar a licencia por nacemento de fillo, polo período que lle tería correspondido ao outro proxenitor de non tratarse dunha familia monoparental, pero excluíndo as seis semanas inmediatas ao parto. A sala alcanza esa conclusión:

*«(...) en una interpretación del artículo 49 del EBEP que debe hacerse, de conformidad con los principios generales del derecho y las normas internacionales, desde la perspectiva de la protección del interés superior de la menor, la prohibición de*

*discriminación por la única razón de integrarse en familia monoparental, y la perspectiva de género.*

*En cuanto a la duración del permiso solicitado, la recurrente solicita que le sea reconocido el derecho al disfrute del permiso de paternidad, por un periodo de: 16 semanas como Petición Principal. 10 semanas como Petición Subsidiaria.*

*De conformidad con los razonamientos anteriormente expuestos, no procede reconocer la totalidad de las semanas solicitadas como pretensión principal, ya que debe tenerse en cuenta que la recurrente ha disfrutado ya de 6 semanas ininterrumpidas inmediatamente seguidas al parto (30/12/2021 a 20/04/2022), y que el permiso que correspondería al otro progenitor también exige que 6 semanas se disfruten inmediatamente siguientes al parto, por lo que éstas han de excluirse, pues de otro modo se originaría una desigualdad indeseada, pues entonces, la familia monoparental disfrutaría de 32 semanas (16 de la madre y las 16 del otro progenitor que acumula), frente a las 26 que disfrutaría la familia biparental en caso de alternancia entre los progenitores en lugar de disfrute conjunto. Por tanto, las semanas a las que cabría ampliar el permiso serían diez (...)».*

### **3.4 Inexistencia de colexiación dos profesionais da sanidade pública**

O TS, na súa Sentenza do 2 de decembro de 2022 (rec. 6124/2021, relator: Lucas Murillo), ratifica a do TSXG impugnada, concluíndo que: «*a falta de una ley o disposición con fuerza de ley estatal no cabe exigir a la Administración que exija el cumplimiento de la obligación de colegiación de los empleados públicos que ejercen profesiones sanitarias*». Con estes razoamentos:

*«(...) si observamos los requisitos exigidos por los artículos 20 y 29 y siguientes de la Ley 55/2003 para acceder a plazas de profesionales sanitarios de los Servicios de Salud, no se incluye entre ellos el de estar colegiado. Del mismo modo, la Ley 44/2003, pese a identificar con bastante detalle los principios a los que debe someterse el ejercicio de las profesiones sanitarias y prever, incluso, la exigencia de la colegiación cuando esté legalmente prescrita no impone a la Administración controlar su cumplimiento.*

*Por otra parte, debe tenerse en cuenta que no es lo mismo el ejercicio privado de una profesión sanitaria que su desempeño en la Administración Pública para el que se requiere la superación de los correspondientes procesos selectivos y respetar las reglas que rigen la prestación del servicio público cuya observancia procura la propia Administración. Además, se ha de tener en cuenta que, en principio, corresponde a los colegios de las profesiones reguladas velar por los intereses de las mismas. Por eso, les reconoce y da relevancia el artículo 36 de la Constitución. Encomendar al Servicio Gallego de Salud, esto es, a la Administración vigilar el cumplimiento de la obligación legal de colegiarse, es decir, prever una intervención*

*pública en la esfera confiada a los colegios profesionales es una excepción a esa regla y, en cuanto tal, debería contar con una previsión legal expresa.*

*En este contexto normativo, no parece irrazonable la posición mantenida por el Servicio Gallego de Salud que han confirmado materialmente el Juzgado, primero, y la Sección Segunda de la Sala de La Coruña después».*

### 3.5 Suspensión provisional de funcións de empregado público procesado ante a xurisdición penal. Non pode superar os seis meses

A Sentenza do TSXG do 22 de marzo de 2023 (rec. 481/2021) conclúe, en primeiro lugar, a procedencia da imposición pola Administración da medida provisional de suspensión de funcións a un funcionario condenado en sentenza penal que carece aínda de firmeza. Non obstante, limita a duración máxima desa medida a un período de seis meses. Toma como referencia a Sentenza do TS do 27 de xaneiro de 2022 (rec. 6275/2018), na que se establece o seguinte:

*«Esta Sala entende que la duración máxima de seis meses allí prevista [art. 98.3 del EBEP] rige para toda suspensión provisional de funciones acordada por la Administración en el curso de un procedimiento disciplinario, con dos únicas excepciones: primera, que haya paralización del procedimiento disciplinario por causa imputable al interesado; y segunda, que haya prisión provisional u otra medida acordada por el Juez que impida al funcionario desarrollar sus funciones. (...) la respuesta a la cuestión declarada de interés casacional objetivo es que la duración máxima de seis meses establecida por el art. 98.3 del EBEP es aplicable durante la sustanciación de un proceso penal, salvo que haya prisión provisional u otra medida judicialmente acordada que impida al funcionario desarrollar su trabajo».*

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

## 4 Proceso contencioso-administrativo

### 4.1 Requisitos das medidas cautelares. *Fumus boni iuris*. Excepción á exixencia de caución

O TSXG, no seu Auto do 16 de decembro de 2022 (rec. 7051/2022, relator: Villares Naveira), estima a solicitude de medidas cautelares formulada por dúas asociacións ecoloxistas e suspende a executividade da resolución da Xunta de Galicia de xullo de 2021 que autorizou a construción do parque eólico Monte Toural (A Coruña).

O auto aprecia, como causa determinante da suspensión cautelar, a “aparencia de bo dereito” (*fumus boni iuris*) da pretensión dos actores no proceso principal. E iso tras constatar que as autorizacións anteriores doutros parques eólicos, outorgadas

en similares condicións, foron xa anuladas en sucesivas sentenzas do TSXG (por fragmentación artificial do proxecto eólico, así como contravención do dereito interno e da UE sobre requisitos formais do trámite de información pública). O tribunal valora especialmente que: *«a xurisprudencia ten admitido a proxección da aparencia de bo dereito ante supostos análogos de apreciación de causas de nulidade cos que constitúen a ratio decidendi do procedemento en curso, e fíxoo ademais entre outros, en supostos relativos á impugnación de autorizacións administrativas para a construción de parques eólicos onde estaba comprometida a correcta aplicación do dereito comunitario»*.

En segundo lugar, considera que o prexuízo que se lle infire á empresa titular das autorizacións por esta suspensión cautelar, na hipótese de que a sentenza finalmente fose desestimatoria, é notablemente inferior ao que se xeraría na situación inversa (sentenza anulatoria sen suspensión cautelar previa).

En terceiro lugar, exime as asociacións demandantes da obriga de constituír unha caución, xa que:

*«as recorrentes son entidades sen ánimo de lucro e sen actividade mercantil xeradora de ingresos, a imposición de caución pode determinar a imposibilidade de outorgar unha suspensión cautelar, aínda que se desen os supostos previstos legalmente para facelo, por un feito externo a eles como é a prestación de fianza. Dado que esta non se configura no art. 133.1. LXCA como obrigatoria, é facultade do Tribunal, pero tamén deber, ponderar os casos en que procede esixila e en cal non. E neste caso entende a Sala que non procede. Primeiro, e acollendo os argumentos xurisprudenciais expostos, porque a aparencia de bo dereito debilita a posición de presunción de legalidade do acto e polo tanto debe incidir no acceso á suspensión da executabilidade que habitualmente a acompaña, neste caso mediante dispensa da caución (...); e segundo, porque o ben xurídico aquí cualificado, en función das circunstancias concorrentes, como prevalente, ten un interese público de primeira magnitude que interpela ao conxunto da cidadanía e por iso se confire acción pública en defensa da legalidade en materia ambiental (art. 22 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) e se sitúa ás entidades de defensa do medio ambiente nunha posición relevante de tutela de intereses colectivos»*.

#### **4.2 Recurso de casación autonómico. Requisitos de procedibilidade. Necesidade de que existan criterios contraditorios dentro dunha mesma sala ou dunha sección especializada**

O Auto do TSXG do 13 de decembro de 2022 (rec. 4177/2021) establece, en termos resolutivos, os requisitos de admisión dos recursos de casación autonómica interpostos contra as súas sentenzas. Incide en que:

*«(...) Conforme al criterio de esta sección de casación, en una Sala de lo contencioso-administrativo, como la del TSJ de Galicia, que se divide en secciones*

funcionales especializadas con competencia para el conocimiento de los recursos que versan sobre determinadas materias –la Sección 2ª lo es en materia urbanística– son estas secciones las que deben de sentar un criterio interpretativo de las normas autonómicas sectoriales aplicables por razón de esa materia, y son estas secciones especializadas las que conforman el criterio o doctrina de la propia Sala (...). la deficiente técnica legislativa empleada en la redacción del artículo 86.3 LJCA, ha dado lugar a una disparidad de criterios en la aplicación de esta norma, y junto con las incertidumbres y lagunas que caracterizan a esta regulación legal, todo ello sirvió para que el Tribunal Constitucional (TC) dictase varios autos y sentencias, que aun así no resuelven la cuestión ahora controvertida (...). El TC no llegó a resolver si el criterio que defiende esta sección especial, coincidente con el que siguen otros tribunales superiores de justicia, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva. Este criterio se asienta principalmente en la función unificadora que debe desempeñar el recurso de casación por infracción de normativa autonómica, que está llamada a cumplir cuando existan criterios contradictorios dentro de una misma Sala, limitando la aplicación del artículo 88.3 a) LJCA a aquellos casos en los que exista contradicción entre sentencias de la misma Sala sobre cuestiones sustancialmente iguales; cuando la doctrina que se recoge en la sentencia recurrida se aparte de la previamente existente, o cuando sea necesario matizarla, precisarla (...). Esta Sala no ha exigido una total y absoluta identidad entre el supuesto enjuiciado y el de la sentencia de contraste, sino una “identidad sustancial” que, en este caso, y previo estudio singularizado de las sentencias de contraste, no se ha apreciado».

### 4.3 Competencia da xurisdición contencioso-administrativa para a impugnación de resolucíons das universidades públicas de avaliación dos méritos docentes de persoal laboral

O TSXG, na súa Sentenza do 27 de febreiro de 2023 (rec. 472/2022, relator: Seoane Pesqueira), declara que lle corresponde á xurisdición contencioso-administrativa, e non á social, o coñecemento dos recursos do persoal laboral dunha universidade pública (profesor asociado) fronte ás resolucíons reitorais de avaliación de méritos docentes:

«(...) la delimitación general sobre la jurisdicción competente para resolver los conflictos del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas se establece de modo que la línea de separación entre la competencia del orden social y la del orden contencioso administrativo se encuentra en el momento de la constitución del vínculo, correspondiendo al orden contencioso-administrativo lo relativo a la revisión de la legalidad de los actos administrativos que dan lugar al acceso a la relación laboral, en tanto que corresponde a la jurisdicción laboral el conocimiento de los conflictos derivados del desarrollo y extinción de la relación

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

laboral, como se desprende de los autos del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1996 y 22 de marzo de 1999.

*En consecuencia, la jurisdicción contencioso-administrativa conoce de los conflictos derivados del acceso desde el exterior a la Administración hasta que finaliza el proceso selectivo, en tanto que la jurisdicción social conoce de los concursos, prueba o medios objetivos de acceso o traslado, y todo lo relativo al desarrollo de la relación laboral, que se verifican intramuros de la Administración empleadora y sus empleados. En el mismo sentido las sentencias de la Sala 4ª del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 2000 (Sala General), 5 de julio de 2001 y 5 de octubre de 2005, han declarado que corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de la impugnación de los actos de las Administraciones públicas en materia de selección de personal laboral, y ello porque en ese caso la Administración no actúa en materia de selección como empresario dentro del marco de un contrato de trabajo existente y aplicando normas laborales respecto a una persona que ya tiene la condición de trabajador, sino como autoridad pública que ejerce una potestad administrativa en orden a la selección de personal. Es decir, en ese caso la actuación administrativa es previa al vínculo laboral y predomina en ella el carácter de poder público, pues la Administración está obligada a seguir lo dispuesto en la legislación de función pública.*

*Por tanto, como regla general cuando la Administración actúa claramente como empresario en el marco de una relación contractual establecida y aplicando normas de indiscutible carácter laboral respecto a un personal que ya tiene la condición de trabajador, la competencia es de la jurisdicción laboral.*

*Ahora bien, esa regla general puede excepcionarse cuando la Administración no actúa como empleadora, sino en un cometido diferente que puede insertarse en una actuación administrativa ajena al Derecho del Trabajo, porque en ese caso no puede afirmarse que la controversia surja entre empleador y empleado como consecuencia del contrato de trabajo ni que verse sobre materia laboral ni dentro de la rama social del Derecho. En ese caso el criterio directriz para la distribución competencial es el área jurídica en que incide.*

*Ello es lo que ocurre en el caso presente, en el que se impugna la actuación de la Universidad de Vigo en un ámbito ajeno al contrato de trabajo, porque el reconocimiento o denegación de los méritos docentes solicitados tiene carácter administrativo, en cuanto que su finalidad es evaluar y, en su caso, homologar la actividad docente de los solicitantes, aunque estos tengan vínculo laboral con la Universidad, y pese a que de ello puedan derivarse efectos retributivos en favor de quien postula aquel reconocimiento. No importa que quien lleva a cabo esa labor evaluadora sea al mismo tiempo la empleadora, porque al reconocer o denegar esos méritos no actúa como tal empleadora.*

*En la sentencia apelada se incide en que el acto impugnado ha sido dictado por la Administración empleadora, en concreto la Universidad de Vigo, pero se olvida que en ese caso la Administración no actúa como empresario en el marco de una relación contractual establecida y aplicando normas de carácter laboral respecto a un personal que ya tiene la condición de trabajador, sino con la finalidad de evaluar y homologar la actuación de los docentes tras una convocatoria destinada a que estos promuevan la correspondiente solicitud.*

*En definitiva, lo impugnado es una actuación administrativa y la resolución administrativa se ha dictado fuera del marco laboral, al margen de que si se reconocen los méritos alegados posteriormente podrán tener incidencias retributivas en ese ámbito, lo cual no convierte en laboral aquel primer conflicto, derivado del reconocimiento, ya que es de índole puramente administrativa. Como dice la STS de 17 de noviembre de 2020, son dos ámbitos de actuación distintos, cuya discusión debe encauzarse separadamente ante cada uno de los órdenes jurisdiccionales que corresponda, el contencioso-administrativo en lo relativo a la impugnación de la denegación de reconocimiento de los méritos docentes y el social en lo concerniente, en su caso, a la retribución salarial posterior.*

*En consecuencia, lo impugnado entra plenamente en el ámbito del artículo 1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.*

*Por todo lo cual procede la estimación del recurso de apelación, y consiguiente declaración de que el conocimiento del presente asunto corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa, debiendo pronunciarse el Juzgado sobre el fondo del asunto a fin de no privar a las partes de una instancia y que tengan la posibilidad, en su caso, de impugnar la decisión que sobre el fondo tenga lugar por parte del Juzgado. (...)».*

#### **4.4 Lexitimación activa de corporación local para impugnar o plan xeral doutro municipio. Debe acreditar a existencia dun dereito ou interese lexítimo afectado polo plan impugnado**

A Sentenza do TSXG do 28 de abril de 2023 (rec. 4102/2021, relator: Martínez Quintanar) desestima o recurso interposto por un concello fronte á aprobación definitiva da modificación puntual do planeamento xeral doutro municipio. Realiza unha interesante análise sobre a lexitimación activa das corporacións municipais para recorrer contra os plans urbanísticos doutros concellos. Conclúe que nestes supostos non se pode amparar, por si soa, na “acción pública urbanística”:

*«(...) La sentencia del Tribunal Constitucional 8/2008, de 21 de enero ... sobre la legitimación de las Administraciones Públicas para el ejercicio de la acción popular, reconocida a los ciudadanos, se remite a un pronunciamiento anterior, declarando que nada impide la ampliación del término “ciudadanos” a las personas*

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

jurídico-públicas a la luz del reconocimiento a las mismas de la titularidad en ámbitos específicos del derecho a la tutela judicial efectiva, pero en función de lo que se determine por las leyes al regular las acciones que se pueden ejercitar por dichas personas jurídico-públicas, en estos términos:

“A continuación la STC 311/2006 señala que la Sentencia del Pleno 175/2001 afrontó la cuestión de la titularidad del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión por parte de las entidades jurídico-públicas, y señala que en ella se dijo que nada impide la ampliación del término “ciudadanos” a las personas jurídico-públicas a la luz del reconocimiento a las mismas de la titularidad en ámbitos específicos del derecho a la tutela judicial efectiva. (...) También este segundo argumento había obtenido respuesta en la tantas veces citada STC 311/2006, de 23 de octubre, cuyo fundamento jurídico 5 considera que, cuando la Ley autonómica prevé que la Comunidad Autónoma se persone como acción popular en algunos procesos seguidos por violencia de género, esa posibilidad legal “no puede desconocerse por los órganos judiciales e inaplicarse”, como ocurre de facto en el presente caso, con el argumento de que con ello se crea una nueva forma de acusación que invade la legislación estatal y contradice la doctrina del Tribunal Constitucional.

A estos efectos la STC 311/2006 retoma la STC del Pleno 175/2001 para recordar que “corresponde a la Ley procesal determinar los casos en que las personas públicas disponen de acciones procesales para la defensa del interés general que tienen encomendado” y que, una vez que la Ley ha incorporado dichos mecanismos procesales, “la interpretación judicial de las normas de acceso al proceso estará guiada, también en relación con las personas públicas, por el principio pro actione cuando se trata del acceso a la jurisdicción, ya que la limitación del alcance del art. 24.1 CE en relación con las personas públicas actúa respecto del legislador, no en relación con el juez” (FJ 2.a).

Por lo demás, la STC 311/2006 concluye que “los órganos judiciales no pueden fiscalizar las normas postconstitucionales con rango de ley” y añade, acto seguido, que “en el ejercicio de la jurisdicción de amparo, desde la perspectiva del derecho de acceso al proceso aquí alegado, existiendo una ley vigente, no impugnada ante este Tribunal, que prevé la posibilidad de ejercicio de la acción popular por la Generalitat Valenciana, no compete a este Tribunal pronunciarse sobre la oportunidad de tal previsión legal ni sobre su constitucionalidad” (FJ 5)”.

En aplicación de esta doctrina constitucional, hay que esclarecer si alguna ley atribuye a las Corporaciones Locales la legitimación para el ejercicio de la acción pública en materia urbanística (y consecuentemente para impugnar instrumentos de planeamiento aprobados por otra Corporación Local), y la respuesta es negativa. La acción pública como título legitimador de la acción en materia

urbanística aparece regulada como derecho de los ciudadanos, no de las personas jurídico-públicas.

Así lo apreció ya en una ocasión una sentencia de esta Sala y Sección, citada por el Letrado de la Xunta de Galicia, en concreto la sentencia de 06/11/2014, N.º de Recurso: 4358/2013 N.º de Resolución: 848/2014, que se pronunciaba en estos términos respecto a la legitimación del Ayuntamiento de O Corgo para impugnar las Órdenes de 22-2-2013 y 8-10-2013 de la Consellería de Medio Ambiente, Territorio e Infraestructura por las que, respectivamente, se dio aprobación definitiva al Plan Xeral de Ordenación Municipal de Láncara:

“También alegan las partes demandadas en sus contestaciones que la pretensión principal del Ayuntamiento de O Corgo no puede ampararse en el ejercicio de la acción pública, y que solamente puede impugnar el PXOM del Ayuntamiento de Láncara en aquello que le afecta directamente, como son los extremos a los que se refiere la pretensión subsidiaria. En esto ha de dárselas la razón, visto lo que disponen los apartados e) y h) del artículo 19.1 de la Ley jurisdiccional sobre la legitimación ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. El primero, referido a los entes locales, la limita a lo que afecte al ámbito de su autonomía, y el segundo atribuye el ejercicio de la acción popular a los ciudadanos. El artículo 48.1 del vigente texto de la Ley del Suelo dice simplemente que será pública la acción para exigir la observancia de la legalidad territorial y urbanística, pero el artículo 4.f) de la misma incluye entre los derechos de los ciudadanos el ejercicio de la acción pública para hacer respetar dicha legalidad. Este concepto de ciudadanos puede extenderse a personas jurídicas que los agrupan, e incluso a entidades que ejercen funciones públicas en algunos aspectos de su actividad, como han declarado algunas resoluciones jurisdiccionales, pero no a las Administraciones en sentido estricto (...).

En este caso, existen motivos de impugnación que carecen de un punto de conexión material con la esfera de intereses de la Corporación Municipal demandante, que carece de competencia para determinar cómo debe ser la clasificación del suelo fuera de su territorio y que solo puede impugnarla en cuanto de la misma se derive algún perjuicio alegado y acreditado para su propio territorio y para la esfera de intereses sobre los que ostenta competencia, sin que se pueda erigir en un ente fiscalizador de forma genérica de la legalidad formal de las actuaciones desarrolladas por el ente local vecino, suplantando las competencias que a este respecto corresponden a otras Administraciones, específicamente en materia de protección medioambiental y de protección del patrimonio cultural y de utilización del sistema general viario. (...).».

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

## 5 Responsabilidade patrimonial

### 5.1 Reclamación indemnizatoria de centro sanitario concertado polos prexuízos derivados da reordenación asistencial imposta pola Xunta de Galicia durante o primeiro estado de alarma na pandemia de coronavirus

A Sentenza do TSXG do 19 de maio de 2023 (rec. 7052/2023, relator: Fernández López) confirma en segunda instancia a desestimación da indemnización de máis dun millón e medio de euros reclamada á Xunta de Galicia por un centro hospitalario concertado de Lugo polos prexuízos padecidos entre o 15 de marzo e o 21 de xuño de 2020 en cumprimento das instrucións sanitarias impostas polo Servizo Galego de Saúde (Sergas) no contexto da pandemia de coronavirus COVID-19. A sentenza motívase, entre outras, nas seguintes consideracións de interese:

*«(...) la lesión patrimonial no derivó de un comportamento antijurídico imputable a la administración, sino de una actuación causal, justificada y legítima que, según la empresa titular del “Hospital Quirón Lugo”, fue originada a raíz de la Instrucción 6/2020 del gerente del Servicio Galego de Saúde, a su vez dictada al amparo de un acuerdo gubernativo superior que declaró la situación de emergencia sanitaria en Galicia, originada por la pandemia del COVID-19. Ello supone que el régimen general descrito al comienzo ceda ante el especial aplicable, que fue al que acudieron los letrados de las partes litigantes y que tuvo presente el juzgador de instancia, que es el regulado en los artículos 3.2 de la Ley Orgánica 4/1982, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, y 12o de la Ley de 16 de diciembre de 1954, de expropiación forzosa (...).*

*la Instrucción 6/2020 dispuso unas medidas transitorias dirigidas a proteger al personal de sus centros de atención primaria y hospitalaria, así como a los de los concertados, y a los usuarios; en concreto, y en lo que se refiere a los centros hospitalarios, esa instrucción les facultó para que pudieran suspender o aplazar determinadas actividades quirúrgicas ya programadas, así como consultas no urgentes y los programas de cribado, al tiempo que potenciaba la consulta telefónica y la atención domiciliaria de los pacientes (...). Se discute si esas medidas eran imperativas o potestativas para los centros concertados (...). con base exclusivamente en la referida instrucción, no tenía razón la titular del “Hospital Quirón Lugo” (...) en que la autoridad sanitaria le había impuesto “de forma directa” dos decisiones, en concreto la puesta a disposición del centro y la paralización de su actividad asistencial normal no urgente durante el período comprendido entre el 15.03.20 y el 21.06.20. Por lo tanto, con base en aquel instrumento, no tenía derecho a percibir compensación económica alguna por la gestión de sus servicios sanitarios. (...).*

*La circunstancia de que la Instrucción 6/2020 no contuviera un mandato de puesta a disposición del hospital de la apelante, ni que hubiera ordenado la paralización de su actividad asistencial, no significa que el Servicio Galego de Saúde no debiera responder de las lesiones padecidas en el caso de que, mediante alguna resolución singular, hubiera realizado tales mandatos, ya se hubieran dirigido a hospitales privados, o ya a concertados fuera de los términos de su contrato concesional, pues en tal caso se estaría en presencia del derecho que a la perjudicada le confiere los artículos 3.2 de la LOEAS y 120 de la LEF. No cabe duda de que en el primero de aquellos supuestos procedería la compensación de los gastos acreditados en que hubieran incurrido los centros privados, lo que sería el caso de la situación originada en el territorio de la Comunidad Autónoma de Castilla y León (...). [Pero en este caso en concreto la actora no acreditó] la orden clara y precisa de realizar aquello que fundó la pretensión compensatoria, esto es, la entrega del hospital al Servicio Galego de Saúde y la paralización de la actividad asistencial concertada».*

## 5.2 Responsabilidade pola anulación xudicial dunha licenza provisional de obras e actividade

A Sentenza do TSXG do 28 de marzo de 2023 (rec. 4265/2022, relator: Recio González) ratifica a de instancia, na que se condena un concello ao pagamento dunha indemnización polos danos e perdas derivados da anulación xudicial dunha licenza provisional concedida para a instalación dunha fábrica en solo urbanizable pendente de plan de desenvolvemento e de xestión urbanística. Na sentenza impugnada (do 10 de maio de 2022 do Xulgado Cont.-Ad. 1 de Pontevedra, proc. ord. 339/2020), agora confirmada, realízanse as seguintes consideracións de interese:

*«(...) se concluye que en principio la anulación judicial de las referidas licencias sí habría generado un derecho indemnizatorio en favor de la actora, toda vez que:*

*– Los actos anulados son de carácter reglado y no discrecional. Para su adopción no se tuvieron que aplicar conceptos jurídicos indeterminados, con un margen de razonable apreciación. No se ajusta por ello a este supuesto la jurisprudencia exigente de responsabilidad sobre el “acto razonado y razonable” antes señalada.*

*– Pero, por otra parte, tampoco se puede aplicar la doctrina del “riesgo empresarial” o de “sospecha de la connivencia”. A la actora se le había dado a entender en información urbanística previa, comunicada por escrito, la posibilidad de obtener la licencia provisional en cuestión. No constan informes desfavorables de los técnicos municipales durante la tramitación de los expedientes de la licencia, ni una hipotética “presión” de la actora para removerlos conminando a la Administración municipal a tomar una decisión de riesgo. La clasificación del suelo era de “apto para urbanizar, uso industrial”, previéndose en las NNSS expresamente un régimen transitorio que permitía las licencias provisionales para construcciones industriales (pág. 71 del BOP núm. 236, de 12/12/1994). A*

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

*diferencia de la Administración municipal, la actora, mercantil dedicada a la actividad industrial, no tenía por qué saber que sobre ese régimen transitorio de las NNSS prevalecían otras determinaciones de la Ley 9/2002, de 30 de diciembre (LOUGA) sobrevenida. No se ha probado por tanto que hubiese actuado con “dolo”, ni con “negligencia grave” al promover esta actuación urbanística.*

*– El otorgamiento de una licencia “provisional” no conlleva la facultad municipal de “extinguirla” unilateralmente de manera discrecional en cualquier momento sin indemnización. Su titular ostenta el derecho a que la licencia se mantenga vigente y eficaz mientras no se cumpla la condición resolutoria a la que se vincula. En este caso dicha condición venía constituida por el futuro desarrollo urbanístico del ámbito, pendiente de ordenación pormenorizada, equidistribución y urbanización. Si la nave construida resultase finalmente incompatible con esa futura ordenación detallada, al ejecutarse la urbanización debería demolerse sin indemnización. Pero no antes.*

*En este supuesto se ha anticipado la “extinción” de la licencia por una causa distinta, no prevista en la condición resolutoria, como consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración. Se ha frustrado la legítima expectativa de la actora de amortizar la inversión realizada mediante la explotación de la instalación durante un período temporal más amplio que no se llegó a cumplir. Se le ha generado así un daño antijurídico, que no tiene el deber de soportar, a diferencia de lo que habría ocurrido si la licencia se hubiese extinguido por su incompatibilidad con la ordenación pormenorizada, una vez aprobada.*

*No obstante, tampoco se puede ignorar que la “licencia provisional” tiene un contenido económico-patrimonial inferior al de una licencia de obras normal, al depender de la referida condición resolutoria. Circunstancia, reductora de valor, que se tendrá en cuenta en el siguiente fundamento, a la hora de cuantificar la indemnización».*

Añade la sentencia de instancia, sobre el cálculo de la indemnización, que:

*«es importante considerar como punto de partida que en estos casos los reclamantes sólo tienen derecho a percibir una indemnización por los gastos efectivos que han debido sufragar, con buena fe, fiándose de la licencia urbanística que posteriormente resultó anulada.*

*Esto conlleva que no puedan solicitar una indemnización por las obras realizadas antes del otorgamiento de la licencia, ni por las disconformes con ésta. Tampoco pueden reclamar una compensación por la pérdida de edificabilidad, de lucro cesante, o del valor del inmueble que se produce como consecuencia de la anulación de la licencia. La anulación de las licencias conlleva que la expectativa del propietario/promotor de patrimonializar la edificabilidad reconocida en dicha licencia no era válida, desde un principio. La expectativa era falsa e incorrecta*

ya en origen. No podría pretender que se le reconozca una indemnización por la pérdida de un beneficio al que en realidad nunca tuvo legítimo derecho, al no ser autorizable la actividad industrial en ese suelo (sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 31 de marzo de 2014 –rec. 4841/2000, FD 5º– y 22 de febrero de 2012 –rec. 7115/2011–).

Consecuentemente, no se pueden aplicar en estos casos las reglas establecidas para la determinación del justiprecio en la legislación de expropiación forzosa (valoraciones), ni en la urbanística relativa a los perjuicios ocasionados por modificaciones anticipadas de planeamiento. La demolición que conlleva la anulación de una licencia urbanística no es comparable con la expropiación de un derecho legítimo de un propietario. Aquí simplemente se demuele aquello a lo que nunca tuvo derecho el propietario, porque era incompatible ‘ab initio’ con el ordenamiento urbanístico.

Lo que sí puede reclamar el titular de la licencia anulada es una indemnización por los gastos efectivos que haya realizado al amparo de dicha licencia (después de su otorgamiento, como consecuencia de la misma y sin culpa o negligencia por su parte), que resultasen inútiles tras dicha anulación. Gastos efectivos que se deberán acreditar mediante las correspondientes facturas.

VI.2. – Precisado lo anterior, de la valoración conjunta de la prueba practicada se concluye, en primer lugar, que el gasto efectivo que asumió la actora, con buena fe, fiándose de las licencias e informaciones urbanísticas del Concello de Cangas que luego fueron anuladas, asciende a los 426.762,27 euros señalados en la demanda. De los cuales 287.869,15 euros se corresponden con gastos de construcción acreditados con facturas y 102.362,77 con el coste de lo realizado por administración, tal y como ha acreditado la prueba pericial realizada en este proceso judicial por el arquitecto D. xxxxx (informe unido a la demanda, ratificado y aclarado en el juicio). También abonó la actora 2.250 euros de tasas municipales, 10.125 euros de ICIO, 16.530 euros de honorarios ingeniero industrial redacción proyectos y dirección obra y 165,70 euros de tasas de industria. (...)

Se considera legítima la inclusión en esta cuenta de gastos de los correspondientes a la redacción del proyecto y tramitación de las licencias, porque se ampararon en la referida “información urbanística” de 20 de mayo de 2004.

Ahora bien, en el cálculo de la indemnización dicha cantidad total debe reducirse de manera significativa atendiendo a los siguientes factores:

– En primer lugar, la licencia no era definitiva, sino “provisional”. Dato conocido por la actora desde en principio, la cual asumió el riesgo de que finalmente pudiese ser revocada por incompatibilidad sobrevenida con el desarrollo urbanístico de la zona y sin derecho a indemnización. Se concluye prudencialmente que este factor,

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

*relevante, disminuye el derecho indemnizatorio en un 30 % sobre la cantidad total. Es decir, obliga a restarle 128.028,68 euros.*

*– En segundo lugar, hay que tener también en cuenta que, tal y como afirmó la arquitecta municipal Sra. xxxxxx, en su informe y declaración testifical con poder de convicción (y tal y como constató este mismo Juzgado en la pieza de ejecución forzosa de la sentencia anulatoria de la licencia de obras) la actora procedió por sí misma a desmontar la mayor parte de la edificación, con el propósito de reaprovechar sus materiales. Se concluye, estimativamente, que la demandante ha visto mitigado su perjuicio por gastos de construcción (390.231,92 €) en un 20 % (78.046,38 €) por esta circunstancia, al reaprovechar los materiales de la construcción. Consecuentemente han de restarse otros 78.046,38 euros.*

*– Minorando la cantidad inicial con los dos factores de reducción referidos resultaría una indemnización final de 220.687,21 euros. Pero todavía ha de aplicarse otro factor más, de gran importancia: el de amortización de la inversión.*

*En efecto, entre los años 2006 y 2018 la actora explotó la nave industrial lucrativamente. Obtuvo beneficios por una actividad económico/industrial que –de haber actuado correctamente el ayuntamiento denegando la licencia– no debió haber obtenido porque nunca se debió haber iniciado. Si ahora se le reintegrasen los gastos que asumió para construir la nave industrial, sin tener en cuenta los beneficios que obtuvo con ella explotándola durante más de diez años, se generaría un enriquecimiento injusto en favor de la actora. Consecuentemente, para el cálculo de la indemnización resulta fundamental conocer el grado de amortización de la inversión de la actora en esas instalaciones industriales cuando se produjo el cese de la actividad.*

*Finalmente, han de considerarse, asimismo, las subvenciones que en su caso habría podido percibir la actora para la construcción de la nave industrial. La prueba documental practicada en este proceso ha acreditado que no ha recibido subvenciones de la Xunta de Galicia. Pero para poder despejar esta duda (planteada por la Administración demandada) definitivamente sería necesario examinar los libros contables y mercantiles de la actora sobre la inversión realizada para la construcción de esa instalación industrial (...)».*

## 6 Transportes terrestres

### 6.1 Transporte de viaxeiros por estrada. Prácticas colutorias da libre competencia (cártel). Deixamento de funcións pola Comisión Galega da Competencia

A Sentenza do TSXG do 10 de marzo de 2023 (rec. 7035/2022, relator: Cambón García) condena a Comisión Galega da Competencia (CGC) a incoar un procedemento sancionador fronte a dúas empresas transportistas de viaxeiros, ao constatar a concorrencia de indicios racionais de que realizaran, concertadamente, prácticas anticompetitivas na licitación por procedemento aberto convocada pola Xunta para 29 concesións no marco do Plan de Transporte Público de Galicia. O tribunal galego incide en que:

*«el legislador ha previsto la información reservada en el procedimiento sancionador de la LDC encaminada a posibilitar la realización de inspección por sorpresa para obtener pruebas de conducta, autorizadas, imposibles sin el efecto sorpresa, pues los cárteles son muy difíciles de detectar, pues al producir grandes beneficios se cuidan de mantenerlos secretos las importantes empresas que pretenden repartirse los mercados y establecer los precios, y el art. 50.1 LDC señala que la Dirección de Investigación, una vez incoado el expediente, practicará los actos de instrucción necesarios para el esclarecimiento de los hechos y la determinación de responsabilidades (así pues, no puede instruirse como información reservada) y el art. 49 LDC señala que el procedimiento se inicia de oficio por la Dirección de la Investigación (Dirección de Competencia) por iniciativa propia, por iniciativa del CNMC o por denuncia, supuestos en que la DC incoará procedimiento. En el presente caso, hubo denuncia, no sólo de la actora, sino también de D. XXXX, la CIGA y varias anónimas, también el Reglamento señala la incoación por denuncia, que es diferente a la mera noticia, supuesto en que la DC puede iniciar una información reservada, que no puede sustituir a la incoación del expediente.*

*En el presente caso la Subdirección General de Investigación de la CGC propuso al Pleno la no incoación de expediente y archivo, pese a demorar más de un año y nueve meses la información reservada, resultando ineficiente su trabajo al dejar de investigar las cuestiones puestas de relieve por las denuncias, sin comprobar las mismas, pese a que el art. 36.1 LDC establece el plazo máximo de 18 meses para dictar resolución y notificarla y el Reglamento dispone (art. 28.4) que la instrucción debería hacerse en el plazo máximo de un año y la información reservada que la CGC ha mantenido durante 1 año y 9 meses, sin practicar ninguna diligencia, como inspecciones que podría realizar incluso en los domicilios particulares de los directivos de las empresas, supone quebrantar las disposiciones sobre DC, que supone, como señala la SAN, Sala Contencioso-Administrativo, Sección 1ª 17- 10-07 (Rec. 180/06) (citada en sus conclusiones por la recurrente), una utilización fraudulenta de la institución de las diligencias previas, hallándonos ante un supuesto de fraude*

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

de Ley del art. 6.4 C.c., así como en SAN, Sección 3ª 28-6-2018, Rec. 302/18. Se evidencia la infracción de los preceptos de la LDC y su R. y con ello se ha incurrido en la prohibición del C.c., pues en definitiva, a pesar de las denuncias que dan cuenta a la CGC de las supuestas infracciones a la LDC, no se ha realizado comprobación de la comisión de los hechos y su afectación a la libre competencia en el mercado relevante, denunciada en la convocatoria del concurso público de transporte de viajeros, favorecer abiertamente a las empresas más grandes, en deterioro de la mayoría, de menor volumen impidiéndoles concurrir a los lotes de mayor envergadura y se denuncia a xxxx y zzzzzzz de concurrir en los principales lotes como UTE, con el fin de repartirse el mercado infringiendo el art. 1.1 LDC, y concurren por separada, sin competir entre sí, en otros lotes, práctica anticompetitiva (...)».

## 7 Tributos

### 7.1 Valoración de inmuebles. Recorribilidad de liquidación derivada de taxación pericial contradictoria que aceptou a valoración do perito terceiro

A Sentenza do TS do 23 de xaneiro de 2023 (rec. 1695/2021, relator: Córdoba Castroverde) estima o recurso de casación, revogando a do TSXG impugnada. Fixa o seguinte criterio interpretativo:

*«(...) es posible, sin duda, la impugnación de la liquidación dictada como desenlace de un procedimiento de tasación pericial contradictoria previsto en el artículo 135 LGT/2003 –seguido a instancia de parte y dirigido exclusivamente a la rectificación de los valores de los inmuebles–, cuando la liquidación tome como valor de los bienes la valoración del perito tercero. El hecho de que la liquidación dictada haya tomado como valor de los bienes el asignado por el perito tercero no excluye el control pleno de su legalidad por los Tribunales, pudiendo los contribuyentes alegar los motivos de impugnación que consideren oportunos, sin merma o limitación alguna».*

### 7.2 Imposto de bens inmobles. Exención de inmobles afectos á defensa nacional

O TSXG, na súa Sentenza do 1 de febreiro de 2023 (rec. 15009/2022, relator: Rivera Frade), conclúe que non se benefician da exención do imposto de bens inmobles (IBI) establecida para os afectos á defensa nacional determinados terreos do Ministerio de Defensa no municipio da Coruña, explotados por unha sociedade hípica para actividades recreativas e deportivas:

«(...) entiende esta Sala que para que la afectación a la defensa nacional exista, a los efectos de aplicar la exención tributaria que nos ocupa, debe de existir una vinculación de los inmuebles o terrenos a actividades destinadas, sino de forma exclusiva, sí al menos de forma prioritaria al personal militar o sus familiares, sin que sea suficiente que figure en el Inventario General de Bienes y Derechos del Estado, con naturaleza demanial, adscrito al Ministerio de Defensa con una afectación formal a los fines de la defensa nacional; o que sea utilizado esporádicamente por personal militar, o por estos o sus familiares, pues de lo contrario se desnaturalizaría la finalidad perseguida por el legislador al incluir entre las exenciones tributarias del artículo 62.1 a) TRLHL, a los inmuebles propiedad del Estado “afectos a la defensa nacional”. En el presente caso, los terrenos y las instalaciones litigiosas –como se dice en el acuerdo que resolvió el recurso de reposición–, fueron cedidos a una asociación privada, cuyo objeto, según el artículo 1 de sus Estatutos, es practicar como principal modalidad deportiva, la equitación, así como todos los deportes que le permitan los medios con los que cuente, sin perjuicio de proporcionar a sus socios, fiestas, distracciones y comodidades propias de los centros de reunión de su categoría y actividades sociales y recreativas, sin ánimo de lucro, dentro de sus disponibilidades económicas; es decir, desarrollar actividades deportivas, sociales y recreativas, en beneficio de sus socios (...)».

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

## 8 Universidades

### 8.1 Valoración de tramos de investigación pola Comisión Nacional Avaliadora da Actividade Investigadora

A Sentenza do TSXG do 8 de febreiro de 2023 (rec. 81/2022, relator: Sánchez Romero) estima o recurso interposto por unha profesora universitaria fronte á resolución da Comisión Nacional Avaliadora da Actividade Investigadora (CNAAI) que valorou negativamente o tramo de investigación solicitado. Analiza en detalle os requisitos de motivación e control da discrecionalidade técnica neste tipo de supostos. Conclúe que o acto impugnado se acha insuficientemente fundamentado, condenando a CNAAI a retrotraer as actuacións e ditar nova resolución motivada.

### 8.2 Denegación de defensa do traballo de fin de máster de avogacía por informe desfavorable do titor

Na Sentenza do 15 de novembro de 2022 (rec. 287/2022, relator: Seoane Pesqueira) o TSXG analiza este trámite cualificado, necesario para a obtención do título de posgraduado en “máster de avogacía”, desde a perspectiva do dereito fundamental á educación invocado polo recorrente. Confirma a resolución da Universidade de Santiago de Compostela que lle denegou a un alumno a posibilidade de defender o seu traballo de fin de máster (TFM), coas seguintes reflexións:

«(...) uno de los cometidos del equipo de tutoría es la elaboración de un informe en torno a si el TFM está en condiciones de ser presentado y defendido ante el Tribunal de evaluación, porque si aquél considera que no lo está, puede hacerlo constar en su preceptivo informe, para cuyo caso la coordinación académica y profesional del Máster universitario en Abogacía puede denegar la posibilidad de realizar el acto de defensa ante dicho Tribunal, como se desprende del apartado IV de la normativa reguladora. Hay que superar esa evaluación previa del equipo de tutoría para que la coordinación académica y profesional del Máster permita la defensa ante el Tribunal, porque si, como ahora ocurre, el equipo de tutoría advierte e informa que el TFM, además de presentar graves carencias de tipo formal en lo que se refiere a su redacción y ortografía, carece manifiestamente de rigor jurídico en relación con los escritos profesionales, siendo su resultado insatisfactorio, la coordinación académica y profesional del Máster puede denegar su presentación y defensa. (...)

El recurrente interpreta aquel artículo 27.2 de la Constitución española en el sentido de que la educación y la formación son la clave para que las personas puedan conseguir empleo, permitiéndoles de ese modo el acceso a un trabajo decente y escapar de la pobreza. Sin embargo, aparte de que esa peculiar interpretación no encuentra respaldo en ninguna sentencia del Tribunal Constitucional, difícilmente puede incardinarse la resolución administrativa impugnada en el seno del derecho a la educación, porque 1º Con la resolución impugnada no puede afirmarse que se esté impidiendo el acceso a un empleo, ello al margen de que tampoco este último puede considerarse incardinado en el artículo 27.2, y 2º El aspecto de aquel precepto constitucional que puede estar implicado más bien se recoge en el apartado 10 del artículo 27, relativo a la autonomía universitaria, que permite que la Universidad de Santiago de Compostela establezca unos presupuestos para la defensa del TFM ante el Tribunal de evaluación, en base a los cuales se ha dictado el acto combatido, en el que no cabe apreciar infracción constitucional alguna».

### **8.3 Medidas cautelares fronte a profesor que, presuntamente, incorreu en comportamento inadecuado coas súas alumnas. Nivel de motivación exigible.**

O TSXG, na súa Sentenza do 3 de maio de 2023 (rec. 443/2022, relator: López González), examina os requisitos necesarios para poder adoptar a medida cautelar de suspensión de funcións por seis meses, dun profesor universitario, cando se incoa fronte a el un expediente disciplinario pola posible comisión dunha infracción moi grave [neste caso, por tratar despectivamente unha alumna na clase, ridiculizándoa polo seu escote]. Conclúe ratificando a medida coas seguintes consideracións:

«(...) no cabe duda de que los razonamientos que sirven de sustento a la suspensión cautelar aludida son efectivamente escuetos y sucintos. Hasta ahí este Tribunal se muestra conforme con la argumentación recogida en la sentencia apelada. Pero

*es evidente que, en el caso enjuiciado, aquellos razonamientos, por sucintos que puedan resultar, resultan suficientes en cuanto permiten que el recurrente conozca de modo indubitado los motivos que han impulsado a la Administración a dictar la decisión objeto de recurso, contraste esa motivación y, si a bien lo tiene, intente rebatirla. Las razones, breves pero claras, de la resolución recurrida que sirven de sustento a la decisión cautelar que contiene, con expresión de fundamentos tanto de hecho como derecho, viabilizan el ejercicio del derecho de defensa por parte del actor con plenas garantías. Mal puede afirmar que desconoce el hecho que se le imputa quien ha sido autor de la conducta analizada. Es decir, entiende esta Sala que ninguna indefensión efectiva y real se le ha generado al promovente; y es esta ausencia de indefensión lo que convierte en supuesto de irregularidad no invalidante lo que, en otro caso, sería constitutivo de anulación del acto administrativo por menoscabo del derecho de defensa.*

*Es más, la resolución atacada señala expresamente que “la continuidad de sus (del recurrente) actividades puede alterar gravemente el funcionamiento ordinario del servicio, además de afectar directamente a las personas y causar alarma social”; es decir, dicha resolución concreta la identidad de la denunciante, la fecha en que el hecho denunciado se produjo y el objeto de la denuncia. Con tales datos, mal puede invocar el demandante el desconocimiento de los hechos en el que trata de ampararse; máxime cuando la noticia, en su día, tuvo una enorme repercusión mediática al trascender a los canales de comunicación nacionales, tanto escritos como audiovisuales, dando lugar a protestas y manifestaciones de los alumnos, incluso ante el Rectorado; a lo que hay que añadir que el actor ya había incurrido, con anterioridad, en conductas similares».*

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS



# Regap

## Recensiones

### 3





Revista Galega de Administración Pública, EGAP  
Núm. 65\_xaneiro-xuño 2023 | pp. 193-196  
Santiago de Compostela, 2023

<https://doi.org/10.36402/regap.v1i65.5061>

© Xosé Antón Sarmiento Méndez

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

Recibido: 14/02/2023 | Aceptado: 01/06/2023

Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

## Fundamentos de derecho parlamentario español

65 Regap

Regap



RECENSIONES

XOSÉ ANTÓN SARMIENTO MÉNDEZ

Letrado oficial maior do Parlamento de Galicia

Profesor de Dereito Administrativo

Universidade de Santiago de Compostela

<https://orcid.org/0000-0003-4533-0233>

[xa.sarmiento@usc.es](mailto:xa.sarmiento@usc.es)

[xose.anton.sarmiento.mendez@parlamentodegalicia.gal](mailto:xose.anton.sarmiento.mendez@parlamentodegalicia.gal)

SANZ PÉREZ, A.L.: *Fundamentos de derecho parlamentario español*, Editorial Colex, A Coruña, 2023, 630 pp. ISBN: 978-84-1359-538-2.

Todos os que desde hai máis de 30 anos levamos estudando, aprendendo e experimentando o dereito parlamentario en España sabemos da amplitude de coñecementos e do bo facer do profesor e letrado maior do Parlamento de Cantabria Ángel L. Sanz Pérez.

Como lóxico corolario da súa magnífica traxectoria profesional, aparece agora nunha coidada edición o seu tratado sobre os fundamentos do dereito parlamentario español.

Trátase dun completo manual no que, ao longo de máis de seiscentas páxinas e cinco capítulos lóxicamente estruturados, o autor dá conta dos que denomina fundamentos do parlamento actual: o fundamento normativo referido ás fontes do dereito parlamentario; o fundamento temporal que lle dá pé para o estudo e comentario das vicisitudes do inicio e fin da vida do parlamento; o fundamento estatutario baixo cuxo paraugas estuda dereitos, deberes da cámara e dos seus integrantes; o fundamento orgánico no que se detén na tipoloxía organizativa dos lexislativos; e, por último, o que denomina fundamento funcional, onde trata en detalle as funcións de control e lexislativa e fai un excursio de grande interese sobre a técnica lexislativa.

Obviamente, son moitas as cuestións que poden destacarse deste libro, e aquí detereime soamente naquelas que, ao meu xuízo, Ángel Sanz presenta como claves ou defende con maior fincapé en toda a súa argumentación.

Cando analiza o sistema de fontes do dereito parlamentario, o autor coincide coa doutrina española ao resaltar a flexibilidade como un trazo definitorio do dereito parlamentario. Esta constatación lévao a recoñecer a base común das aplicacións do dereito fundamental do artigo 23 da Constitución tamén ao ámbito dos regulamentos parlamentarios das comunidades autónomas. Así, tras unha proluxa análise das fontes históricas do dereito comparado autonómico, afirma con acerto que a xustificación última da autonomía normativa do parlamento está no estado democrático e nas súas garantías de pluralismo político, pois, “en definitiva, a razón do dereito parlamentario é a protección das minorías”. Polo tanto, a tan citada dispoñibilidade das normas que integran o dereito parlamentario non poderá ser aplicada cando non xurda da unanimidade dos integrantes da cámara ou poidan derivar efectos limitativos dos dereitos de terceiros ou dos integrantes do parlamento.

Sanz mostra a súa perplexidade pola escasa regulación das Cortes Xerais como órgano constitucional fóra do previsto no artigo 72 e súmase á crítica dos estudosos do dereito parlamentario autonómico cando lembra o inconveniente que supuxo a copia mimética do Regulamento do Congreso dos Deputados nas cámaras territoriais. Trátase dun fenómeno que resultou disfuncional no nacemento do dereito parlamentario autonómico pero que hoxe en día debe matizarse polas numerosas adaptacións que sufriron os textos territoriais que os apartan cada vez máis do “modelo Cortes”.

A recepción do costume como fonte do dereito parlamentario no modelo español esperta reticencias para o noso autor, que non comparte a súa acollida aperturista por parte da doutrina española e estranxeira. As citas xurisprudenciais que achega poñen de manifesto como o noso Tribunal Constitucional admitiu o valor das normas consuetudinarias sempre co límite expreso do respecto da legalidade parlamentaria e en aplicación indubidable do previsto no artigo 9.1 da Constitución.

Como grande estudoso do dereito electoral, o profesor cántabro procede a analizar os condicionantes lexislativos das eleccións en España e entende superflua a previsión de supletoriedade que a Lei orgánica do réxime electoral xeral dispón respecto da lexislación electoral das comunidades autónomas. Máis alá de consideracións dogmáticas, no manual pondérase a solución dada no País vasco e en Galicia

en relación coa xestión e a situación da crise ocasionada polo COVID-19 respecto a procesos electorais xa convocados.

Sen dúbida, a parte que Sanz expón cunha precisión e concreción máis meritorias é a referida ao estatuto xurídico da cámara e dos seus membros. O autor entende que a regulación do procedemento prevista nos regulamentos parlamentarios para a suspensión temporal no exercicio das funcións parlamentarias é moi pobre e insuficiente, e demanda polo tanto, *lege ferenda*, a súa modificación. Na súa análise das prerrogativas parlamentarias, que entende xustificadas, recórdanos a doutrina do Tribunal Supremo, que declara a súa inadaptabilidade respecto de actos parlamentarios de orde interna que non están conectados coa función política do parlamento e que por iso se atopan sometidos a pleno control xudicial.

Como profundo coñecedor da práctica parlamentaria, comparte a opinión do antigo secretario xeral das Cortes Ignacio Astarloa acerca da necesidade de eliminar a maioría das restricións ás solicitudes de información e documentación ao Goberno, “obxectivando as causas que xustifiquen o seu incumprimento e prevendo consecuencias para o caso de negativa inxustificada”.

No seu comentario da organización parlamentaria, o autor é consciente de que a pureza de modelos organizativos non é aplicable aos parlamentos, xa que todos constatamos que na actualidade a complexidade orgánica é a nota predominante no parlamento. Iso implica que os órganos non son dependentes xerarquicamente entre si “nin dunha forma funcional nin xerárquica”.

Letrado parlamentario de grande experiencia, defende o papel que debe ter o relatorio para a mellora técnica do texto lexislativo, aínda que se mostra un tanto decepcionado polos froitos que na actualidade produce ese órgano de traballo.

Chegados ao capítulo V da obra, o autor explica en detalle as circunstancias que condicionan as funcións parlamentarias e admite con claridade que a democracia representativa deixou escasos ámbitos á viabilidade da democracia directa. Este aspecto reconece que é debido fundamentalmente ao papel destacadísimo que en Occidente teñen os partidos políticos. Neste sentido, e analizando as vías a través das que o parlamento deposita a súa confianza no Goberno, Ángel Sanz pon de manifesto como a racionalización do parlamentarismo influíu na moción de censura dificultando a súa presentación e aprobación.

A súa análise das interpelacións parlamentarias fai que o profesor cántabro asente con claridade o seu criterio de que, por seren obxecto destas, as actuacións do executivo debe entenderse que non poden ser obxecto das interpelacións as cuestións relativas ao partido político que sustenta o goberno, a outros partidos, a gobernos anteriores ou a cuestións que non dependan da actuación política ou da acción administrativa do Goberno. Así o asevera á luz da STC 68/2020, do 29 de xuño. Pola contra, reconece a laxitude que as cámaras aplican ao requisito do contido da interpelación sobre unha cuestión de política “xeral” e que todos os que traballamos en parlamentos autonómicos compartimos sen dúbida ningunha.

A análise da función lexislativa condúceo a analizar o papel do parlamento como produtor de dereito. Deste xeito, pon sobre a mesa o problema de determinar cando

regap



RECENSIONES

unha lei é inconstitucional por un vicio de procedemento. Ángel Sanz recoñece que ningunha achega doutrinal resolveu este problema con carácter definitivo. Por todo iso, cómpre que o Tribunal Constitucional afronte esta cuestión o antes posible.

Finalmente, hai que recoñecer o esforzo expositivo e sintético que este tratado leva a cabo no referido á condensación dos criterios esenciais da técnica lexislativa en España. É de agradecer o traballo nesta materia do autor que, non obstante, se mostra máis escéptico acerca dos logros obtidos en ámbitos como o da avaliación lexislativa, onde comparte opinión co seu compañeiro no Parlamento de Cantabria Luis González del Campo e demanda a necesidade de que o parlamento non renuncie a implicarse e a participar activamente no reto que supón a avaliación e o impulso das políticas públicas.



Revista Galega de Administración Pública, EGAP  
Núm. 65\_xaneiro-xuño 2023 | pp. 197-200  
Santiago de Compostela, 2023

<https://doi.org/10.36402/regap.v1i65.5088>

© Inmaculada Ruiz Magaña

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

Recibido: 27/04/2023 | Aceptado: 01/06/2023

Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

## Reformas para la cohesión territorial de España

65 Regap

Regap



RECENSIONES

INMACULADA RUIZ MAGAÑA  
Contratada FPU na Área de Dereito Administrativo  
Universidade de Jaén

<https://orcid.org/0000-0002-2466-7235>

[irmagana@ujaen.es](mailto:irmagana@ujaen.es)

MORENO GONZÁLEZ, G. (dir.): *Reformas para la cohesión territorial de España*, Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2022, 226 pp. ISBN: 978-84-1381-467-4.

O título (*Reformas para la cohesión territorial de España*) xa anticipa que estamos ante unha obra que invita á reflexión. Ademais, adianta o seu obxecto: o estudo de distintas propostas e iniciativas de reforma para fortalecer a cohesión territorial. Non cabe dúbida do interese e actualidade da temática. Se a cohesión territorial veu ocupando un importante lugar nas políticas dos poderes públicos –así o evidenciaba en 2008 o Tratado de Lisboa, que a introducía entre os principais obxectivos da Unión Europea–, as consecuencias económicas e sociais xeradas polo COVID-19 fixeron que esta se sitúe, aínda máis, no punto de mira da actuación pública. Así se reflicte

tanto a nivel europeo como a nivel nacional. Para o Mecanismo para a Recuperación e a Resiliencia (que, como é sabido, é o núcleo do instrumento de financiamento europeo coñecido como «Next Generation EU»), a cohesión nas súas tres vertentes –económica, social e territorial– constitúe un dos seus catro obxectivos principais. En España, o Plan de Recuperación, Transformación e Resiliencia, de igual modo, inclúea como un dos seus catro eixes transversais. Neste contexto, un dos retos que actualmente xorden arredor da cohesión territorial, e ao que se refire o citado Plan de Recuperación, Transformación e Resiliencia, é a despoboación das áreas rurais, materia que tamén se aborda neste libro colectivo.

No prólogo, a actual ministra de Política Territorial, Isabel Rodríguez García, ten ocasión de pór de manifesto a relevancia de reforzar a vertebración do territorio, eliminar a brecha urbano-rural e impulsar actuacións específicas nas áreas máis afectadas pola desigualdade, como son os municipios con menor poboación e o conxunto de áreas rurais. Aínda que, como sinala, para todo iso cómpre unha visión integral e compartida da xestión do territorio, adquirindo unha importancia fundamental a cooperación institucional.

O volume foi dirixido por Gabriel Moreno González, profesor de Dereito Constitucional da Universidade de Extremadura, que contou coa colaboración de recoñecidos académicos de diversos eidos do coñecemento (constitucional, financeiro e tributario, administrativo e ciencia política), así como de técnicos da Administración. O resultado son doce capítulos ao contido dos cales nos referimos seguidamente.

No primeiro capítulo Gabriel Moreno González e Ana Torrecillas Martínez, investigadora de Dereito Constitucional da Universidade de Valencia, encadran a temática e apuntan como nas últimas décadas unha parte importante das preocupacións doutrinais relativas á cohesión territorial de España se centrou en analizar a problemática nacionalista, quedando á marxe outro gran problema do país: a despoboación. Os autores identifican este reto demográfico como un reto democrático e constitucional que, unido a «escenarios de oportunidade» como a pandemia e a crise climática, pode ofrecer unha ocasión para repensar o Estado e ampliar os horizontes de acción para a cohesión da España das autonomías e dos municipios para a España rural e as súas pequenas e medianas cidades.

O profesor Miguel Agudo Zamora, catedrático de Dereito Constitucional da Universidade de Córdoba, tras valorar o estado actual no que se atopa o Estado das autonomías implantado pola Constitución de 1978, suxire acometer variadas reformas que permitan mellorar o modelo de configuración territorial. Estas propostas consisten en afondar no respecto á diversidade e ás identidades diferenciadas dentro de España, realizar cambios no Senado de cara a mellorar a participación e a representación das comunidades autónomas e resaltar a necesidade de mellorar a participación destas na gobernanza estatal.

O desafío que constitúe a despoboación é presentado por Joaquín Martín Cubas, profesor titular de Ciencia Política da Universidade de Valencia, que reclama a necesidade dunha «nova gobernanza territorial» que permita adaptar o sistema político aos novos retos para os gobernos locais. Compartindo a mirada cara á España despoboadas,

Andrés Iván Dueñas Castillo, profesor axudante doutor de Dereito Constitucional na Universidade de Valladolid, céntrase na «crise de representatividade» na que se ven inmersos os territorios da «España baleira» nos que xurdiron nos últimos anos candidaturas locais, analiza as súas causas e propón posibles solucións para mellorar a comunicación entre representantes e representados.

Tamén desde a óptica constitucional, o profesor Pablo Guerrero Vázquez, da Universidade de Zaragoza, ocúpase de examinar o papel que desempeñan os mecanismos de redistribución da riqueza na consecución da cohesión territorial. O autor expón o sistema de financiamento alemán para, posteriormente, descender ao sistema español, resaltando as súas luces e sombras e apuntando algunhas propostas de reforma.

En materia de financiamento económico ilústranos Elena Manzano Silva, profesora titular de Dereito Financeiro e Tributario da Universidade de Estremadura, que leva a cabo unha análise do actual modelo de financiamento autonómico, pondo de relevo os inconvenientes que presenta, en particular, para os territorios pouco poboados e a necesidade de efectuar unha revisión que contribúa a corrixir os desequilibrios interterritoriais. Nesta liña, Fátima Pablos Mateos, profesora titular de Dereito Financeiro e Tributario na mesma universidade, proporciona unha visión comparada de como os poderes públicos de Portugal e Francia responderon desde o ámbito financeiro ao reto demográfico. Como expón, nos dous casos optouse por medidas de discriminación fiscal positiva que poderían constituír marcos referenciais para futuras reformas normativas que poidan realizarse en España. Pola súa banda, o profesor Jesús Ramos Prieto, catedrático de Dereito Financeiro e Tributario da Universidade Pablo de Olavide de Sevilla, realiza un estudo sobre o fundamento, características e desenvolvemento normativo da participación na recadación dos tributos das comunidades autónomas, que cualifica como «materia pendente do financiamento local», e reclama que a participación sexa tomada en consideración nunha futura reforma do financiamento local.

Desde a perspectiva do dereito administrativo, os catedráticos Francisco Velasco Caballero, da Universidade Autónoma de Madrid, e Eloísa Carbonell Porras, da Universidade de Jaén, botan luz sobre o plano local. O primeiro aborda unha temática de interese, como é a inadecuada planta municipal e o seu elevado número de municipios. O autor proporciona unha visión comparada sobre a planta local noutros Estados e, tras compartir algunhas reflexións respecto das fusións municipais en relación coa eficiencia económica e a democracia, propón alternativas de estratexias políticas á fusión de municipios –que é a solución primaria proposta pola doutrina ante o micromunicipalismo–. A segunda reivindica o papel que poden representar as deputacións provinciais na loita contra a despoboación. Para iso, analiza a Lei de bases de réxime local, a Lei para o desenvolvemento sustentable do medio rural e o anteproxecto que pretende introducir reformas na Lei de bases de réxime local co fin de atender a problemas que viven os municipios con escasa poboación e pon de manifesto a ausencia de alusións destes dous últimos textos a estes entes locais e a incongruencia que supón de acordo coa súa posición institucional.

regap



RECENSIONES

Seguindo a liña do local, Javier Durán García, letrado da Administración local, estuda a normativa sobre contratación pública poñéndoa en relación cos pequenos municipios. Así, tras destacar algúns aspectos que obstaculizan a estes o cumprimento do marco legal, recorda o papel que poden ter as administracións intermedias para salvar estas dificultades e menciona distintas ferramentas contidas na normativa sobre contratación pública que poden ser útiles para a loita contra a despoboación.

O estudo colectivo finaliza coa achega de Pablo Manuel Rivera Búa, director executivo da Agrupación Europea de Cooperación Territorial Chaves-Verín (Galicia-Portugal), que trata a problemática á que se enfronta o reto territorial e demográfico nos territorios de fronteira luso-españóis, caracterizados por asimetrías xurídico-administrativas moi intensas no plano local, e a súa vinculación coas vantaxes que ofrece a cooperación transfronteiriza.

En definitiva, como pode observarse nesta recensión, trátase dunha obra moi completa que non se limita só ao estudo do ordenamento español, pois, de cara á proposición de alternativas de reforma, ten en consideración outros sistemas da nosa contorna. Cabe tamén destacar como o carácter multidisciplinario dos nutridos autores demostra unha vez máis a súa eficacia; permite así ofrecerlle ao lector unha visión completa dos retos, obstáculos e posibilidades de reforma que xorden na materia.



Revista Galega de Administración Pública, EGAP  
Núm. 65\_xaneiro-xuño 2023 | pp. 201-212  
Santiago de Compostela, 2023

<https://doi.org/10.36402/regap.v1i65.5097>

© Pablo Riquelme Vázquez

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

Recibido: 15/05/2023 | Aceptado: 01/06/2023

Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

65 Regap

## Los derechos fundamentales como derechos de defensa. Reconstrucción jurisprudencial de su contenido prescriptivo

Regap



RECENSIONES

PABLO RIQUELME VÁZQUEZ  
Profesor axudante doutor de Dereito Constitucional  
Universidade de Vigo

<https://orcid.org/0000-0003-4664-1519>

priquelme@uvigo.es

GAVARA DE CARA, J.C. (dir.): *Los derechos fundamentales como derechos de defensa. Reconstrucción jurisprudencial de su contenido prescriptivo*, Editorial Bosch Editor, Barcelona, 2022, 370 pp. ISBN: 978-84-19045-64-5.

O último libro de Juan Carlos Gavara de Cara, *Los derechos fundamentales como derechos de defensa. Reconstrucción jurisprudencial de su contenido prescriptivo*, inscríbese nunha tradición á que tamén pertencen, cada unha coas súas singularidades en canto ao método seguido ou á forma e á amplitude da exposición, contribucións como as

<sup>1</sup> Esta recensión foi realizada no marco do proxecto de I+D+i "Vulnerabilidade, dereitos sociais e boa e-administración (PID2020-115760RB-I00 / AEI / 10.13039 / 501100011033)", financiado pola Axencia Estatal de Investigación (AEI).

de Díez-Picazo ou Bastida, *et al.*, entre outros<sup>2</sup>. Trátase en todas elas de ofrecer un cadro sistemático e coherente de conceptos centrais da disciplina, pero tamén – e en consonancia coa función propia da dogmática dos dereitos fundamentais – de “guiar e dirixir o seu obxecto”<sup>3</sup>. A obra de Gavara aquí analizada, que consta dunha introdución, sete capítulos e un apartado de conclusións, encamiñase cara aos dous obxectivos, servíndose dos “dereitos de defensa” como fío condutor, unha fórmula na cal ve o autor catalán a “principal derivación tradicional do contido prescriptivo dos dereitos fundamentais” e, concretamente, a máis acabada expresión do seu “contido de carácter negativo” (*ibíd.*, p. 15). Á luz desta centralidade dos dereitos de defensa, custa non comparar o traballo obxecto de recensión con monografías como as que, con notable éxito e repercusión científicos, publicaron en Alemaña especialistas como Grabitz, Lübbe-Wolff ou Poscher<sup>4</sup>. Un trazo común a todas elas é a pretensión de remozar o entendemento doutrinal dos dereitos de defensa (*Abwehrrechte*), e de expor a súa conectividade e coherencia metodolóxicas. Xunto a esta característica, en libros como o de Poscher ensáase ademais unha ambiciosa recondución da completa dogmática dos dereitos fundamentais á noción “dereitos de defensa”, un propósito que, porén, non persegue, cando menos non de xeito expreso, o libro do autor catalán aquí examinado; este mantén en todo momento o enfoque diferenciado característico do dereito constitucional español<sup>5</sup>.

Sen prexuízo da organización formal apuntada, na obra de Gavara aprécianse dúas partes claramente diferenciadas. A primeira delas engloba os capítulos comprendidos entre o 1 e o 4, os dous inclusive, e caracterízase polo seu enfoque xeral. A segunda parte, que comprende os capítulos 5, 6 e 7, está conformada polos estudos especializados de dereitos fundamentais concretos. Particularmente, céntrase Gavara en diversos *dereitos de liberdade* (os enunciados nos artigos 16, 19, 20 e 21 CE), nos *dereitos de defensa á protección e ao non prexuízo de calidades físicas dos titulares do dereito* (o dos artigos 15 e 43 CE), e en varios *dereitos de defensa á protección de posicións xurídicas* (arts. 18, 28.2, 29 e 33 CE), respectivamente. A insistencia de Gavara nesta categorización, que coincide coa ensaiada por autores tan recoñecidos como Alexy<sup>6</sup>, pode ser vista como un dos numerosos acertos do traballo aquí analizado.

Aínda que o libro resultará de utilidade para calquera persoa interesada no estudo do réxime xurídico específico de calquera dos dereitos e liberdades aludidos, cabe aventurar que son os primeiros catro capítulos aqueles que atraerán unha atención doutrinal xeneralizada sobre a obra. A eles refírese principalmente esta recensión,

<sup>2</sup> Refírome, en concreto, a DÍEZ-PICAZO, L.M., *Sistema de derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021; e a BASTIDA FREIJEDO, F., *et al.*, *Teoría general de los Derechos Fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004.

<sup>3</sup> BARNES, J., “Presentación: la gramática del Derecho Administrativo”, Schmidt-Assmann, E., *La dogmática del Derecho administrativo*, Global Law Press, Sevilla, 2021, p. XXVI.

<sup>4</sup> Trátase de GRABITZ, E., *Freiheit und Verfassungsrecht. Kritische Untersuchung zur Dogmatik und Theorie der Freiheitsrechte*, JCB Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1976; LÜBBE-WOLFF, G., *Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 1988; y POSCHER, R., *Grundrechte als Abwehrrechte. Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit*, Mohr siebeck, Tübingen, 2003.

<sup>5</sup> Como se verá *infra*, p. 3, Gavara sitúa os de defensa entre os “tipos ideais dos dereitos fundamentais”, un conxunto do que, ao seu xuízo, forman parte igualmente os dereitos de prestación.

<sup>6</sup> ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, 3.ª ed., CEPC, Madrid, 2022, pp. 173-183.

na que as consideracións contidas na segunda parte do libro se utilizan basicamente para ilustrar as dificultades xeradas polos principais conceptos da dogmática dos dereitos fundamentais.

# 1 Conceptos elementais en materia de dereitos fundamentais

## 1.1 “Titular”, “destinatario” e “obxecto” dun dereito fundamental

Desde as primeiras páxinas da monografía, Gavara fixa preponderantemente a súa atención nos elementos estruturais de cada dereito fundamental: o seu titular, o seu destinatario e o seu obxecto conforman, ao seu entender, a relación triádica que subxace a “calquera dereito fundamental”<sup>7</sup>. No artigo 19 CE, p. ex., recoñéceselles ás e os españois o dereito a circular polo territorio nacional, e a entrar e saír libremente de España. Son, polo tanto, *titulares* deste dereito fundamental as persoas coa nacionalidade española, e aos *destinatarios* da norma, os poderes públicos, estalles vedado –e esta prohibición constitúe o *obxecto* do dereito fundamental– “adoptar decisións máis alá do que sexa lóxico e estea xustificado pola necesidade de defensa de intereses superiores”<sup>8</sup>.

Ningún dos dous elementos subxectivos da dita relación triádica (é dicir, nin o titular nin o destinatario dun dereito fundamental) permite(n) determinar dun modo concluínte o alcance dos dereitos; para tal fin, resulta decisivo o *obxecto* do dereito fundamental, xa que só este permite “distinguir con exactitude uns dereitos doutros” e, consecuentemente, clasificalos tamén. O obxecto dun dereito fundamental pode consistir, ben nunha acción (positiva, é dicir, en facer algo, en realizar unha determinada conduta), ben nunha omisión (ou acción negativa, é dicir, en non realizar unha conduta coa que se podería prexudicar o titular do dereito fundamental). Un exemplo do primeiro grupo ofréceno deber estatal de adoptar “accións positivas [...] para estruturar e articular o exercicio da liberdade relixiosa” (*ibíd.*, p. 164) recoñecida no artigo 16.1 CE, mentres que o xa mencionado dereito a circular polo territorio nacional e a entrar e saír libremente de España constitúe unha mostra do segundo grupo. En función do tipo de acción en que consista o seu obxecto, Gavara reconduce positivamente os dereitos a un dos *dous tipos ideais*: os *dereitos de defensa*, por unha parte, e os *dereitos de prestación*, por outra. Os dereitos de defensa, é dicir, aqueles que exixen “accións negativas do destinatario”, poden pola súa vez consistir en:

<sup>7</sup> Gavara (*Los derechos fundamentales como derechos de defensa. Reconstrucción jurisprudencial de su contenido prescriptivo*, cit., pp. 15 e ss.) xeneraliza aquí a estrutura que partidarios da “teoría analítica” como Alexy (*Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 173 e *passim*) só aprecia nos “dereitos a algo”, pero non nas restantes posicións “que deben ser designadas como dereitos, é dicir, as “liberdades” e as “competencias”.

<sup>8</sup> GAVARA DE CARA, J.C., *Los derechos fundamentales como derechos de defensa. Reconstrucción jurisprudencial de su contenido prescriptivo*, cit., p. 202.

- a) *Dereitos de liberdade*, como o dereiro á liberdade relixiosa (*ibíd.*, pp. 148-168), as liberdades comunicativas (*ibíd.*, pp. 168-200), os dereitos de liberdade de circulación e residencia (*ibíd.*, pp. 200-210), e os “dereitos de liberdade conectados ao fenómeno asociativo con carácter participativo ou económico” (*ibíd.*, pp. 210-256).
- b) *Dereitos “de defensa á protección e ao non prexuízo de calidades físicas dos titulares do dereito”* (*ibíd.*, pp. 257-287), como os enunciados nos artigos 15 e 43 CE.
- c) *Dereitos de defensa á protección de posicións xurídicas*, entre os que se atopan os recoñecidos nos diversos numerais do artigo 18 CE (*ibíd.*, pp. 297-301 e 313-322), o dereito á propiedade privada (*ibíd.*, pp. 308-312), o dereito de petición (*ibíd.*, pp. 322-328) e o dereito á folga (*ibíd.*, pp. 328-339).

A distinción entre estas tres especies do xénero “dereitos de defensa” non é tallante e o propio Gavara recoñece ao definir, entre outros, o dereito á liberdade persoal (*ibíd.*, p. 132), no cal aquelas se presentan mesturadas. O contido prescriptivo dos diversos dereitos fundamentais, ademais, non está conformado unicamente por cada unha de tales especies ou unha combinación destas; antes ben, como “categorías abertas e complexas”, os dereitos habituais presentan con frecuencia un *contido múltiple* que nin sequera se axusta a un só dos tipos ideais de dereitos fundamentais anteditos (dereitos de defensa, por unha parte, e os dereitos de prestación, por outra)<sup>9</sup>. Da distinción entre funcións defensivas e prestacionais ocúpase detalladamente o autor catalán nos capítulos 1 e 2 do libro.

## 1.2 Dereitos de defensa e dereitos de prestación

O contido dos *dereitos de defensa* prescribe a “abstención de condutas e accións por parte dos destinatarios que prexudiquen ou infrinxan o obxecto do dereito”. Con estes dereitos, polo tanto, perséguese a protección de ámbitos determinados (caso en que se fala de dereitos de liberdade ou de abstención, a parte máis importante dos dereitos de defensa) ou a dun ben xurídico, circunstancia que leva a falar de dereitos de “protección e non eliminación ou penetración en posicións xurídicas” (*ibíd.*, pp. 37 e 41). Esta función defensiva correspóndese coa comprensión orixinaria dos dereitos fundamentais –unha comprensión determinada polos schmittianos principios de distribución e organización (ou separación de poderes)<sup>10</sup>– e maniféstase hoxe en día en forma de suxeición de todos os poderes públicos á Constitución (art. 9.1 CE).

<sup>9</sup> Xunto aos dereitos de liberdade, os dereitos “de defensa á protección e ao non prexuízo de calidades físicas dos titulares do dereito” e os dereitos de defensa á protección de posicións xurídicas, no contido de certos dereitos fundamentais –como, p. ex., a liberdade de culto dos individuos e comunidades (art. 16.1 CE)– pódese apreciar tamén unha dimensión prestacional (STC 24/1982, FX 4). Esta circunstancia é significada por Gavara coa fórmula “multidimensionalidade obxectiva” dos dereitos fundamentais; a multidimensionalidade “subxectiva” alude, pola contra, aos destinatarios da vinculación positiva aos dereitos fundamentais.

<sup>10</sup> SCHMITT, C., *Teoría de la Constitución*, 1.ª reimpr., Alianza, Madrid, 2015, pp. 183 e ss.

Segundo Gavara, o contido prescriptivo dos dereitos de defensa está ademais reforzado por un “efecto reflexo” consistente na posibilidade de que as persoas titulares daqueles accionen a protección prevista para estes. Esta afirmación, porén, vólvese confusa cando o autor catalán fundamenta o dito efecto nos artigos 53.2 CE e 7.1 LOPX. Nestes preceptos establécense as condicións de exhibibilidade xudicial de certas liberdades e dereitos (os recoñecidos no artigo 14, na sección primeira do capítulo segundo do título I da CE e, se é o caso, no seu artigo 30.2), polo que, ao meu xuízo, a exposición se tería beneficiado da substitución da noción, un tanto difusa e historicamente lastrada<sup>11</sup>, de “efecto reflexo” pola de “exhibibilidade xudicial” (no sentido en que a utiliza, p. ex., Alexy<sup>12</sup>) de certos dereitos fundamentais. As razóns desta afirmación evidenciáranse, de inmediato, ao fío da exposición da función prestacional daqueles.

Aclarado o rol defensivo dos dereitos e liberdades, Gavara analiza a progresiva tendencia a ver nos poderes públicos un garante (e non un mero perturbador) daqueles. Como consecuencia do paulatino aumento das funcións estatais de protección, os poderes públicos atópanse hoxe positivamente vinculados aos dereitos fundamentais tamén. Isto significa que, ademais dun deber de defensa expresivo da vinculación negativa do Estado aos dereitos e liberdades, sobre este recaen tamén “obrigas de protección e dotación de eficacia”<sup>13</sup>. Tras examinar os fundamentos destas novidosas exixencias, Gavara explica que as obrigas estatais de protección poden ter un carácter *autónomo* (caso en que nos atopamos ante “dereitos de prestación de carácter autónomo”) ou poden ser o medio necesario para a protección dun dereito, xa de defensa, xa de prestación, co que non gardan senón unha relación *instrumental*. É discutible, non obstante, que da “necesidade de protexer un dereito de defensa” resulte unha “obriga de protección” do mesmo xénero que as caracterizadas como “autónomas” ou da mesma especie que as derivadas da “necesidade de protexer un dereito [...] prestación”. O propio autor catalán parece ter en mente esta obxección ao inclinarse finalmente por que a fórmula “obrigas de protección” se reserve para os que denominan “dereitos de prestación de carácter autónomo” e non se faga extensiva ás condicións de exhibibilidade xudicial de tales dereitos nin (moito menos) ás dos dereitos de defensa. O argumento utilizado por Gavara para xustificar esta preferencia –un argumento que está relacionado coa dificultade avanzada ao final do parágrafo precedente– pode condensarse na seguinte reflexión.

<sup>11</sup> Vid., por todos, JELLINEK, G., *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, reimpr. da 2.ª ed., Verlag von JCB Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1919, pp. 87 e 94 e ss.

<sup>12</sup> ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 419 e ss.

<sup>13</sup> GAVARA DE CARA, J.C., *Los derechos fundamentales como derechos de defensa. Reconstrucción jurisprudencial de su contenido prescriptivo*, cit., p. 64. De xeito extremadamente sintético cabería afirmar que tales obrigas xorden a resultados da “cuestión social”, primeiro, e da “crecente complexidade das estruturas e funcións sociais”, despois. Vid. a este respecto GRIMM, D., “¿Retorno a la comprensión liberal de los derechos fundamentales?”, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2006, pp. 161-167; DREIER, H., *Dimensionen der Grundrechte. Von der Wertordnungsjudikatur zu den objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalten*, Hennies & Zinkeisen, Hannover, 1993, pp. 27-38; ou ISENSEE, J., *Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates*, Walter De Gruyter, Berlin 1983.

Como consecuencia da singular estrutura das obrigas de protección (*ibíd.*, pp. 47 e ss.)<sup>14</sup>, o lexislador conta en principio cunha ampla “marxe de acción” para a “fixación de medios”<sup>15</sup>, unha marxe da que, pola contra, non se dispón (ou que é moi reducida) no caso da maioría das obrigas de abstención. A ausencia desta marxe de acción explica en gran medida a menos problemática exixibilidade xudicial dos dereitos fundamentais máis próximos ao tipo ideal dos de defensa. Con razón sostén Gavara que, mentres que os últimos se definen “normativamente pola ausencia de coacción estatal, de forma que poden desprezar o seu contido prescriptivo sen un desenvolvemento infraconstitucional engadido” (*ibíd.*, p. 34), os dereitos de prestación deben ser delineados e articulados normativamente en consonancia co seu obxecto, porque, pola contra, a pretensión de protección sería inexecutable. Pode consistir este obxecto nunha prestación fáctica (como a que asegura o artigo 27.9 CE) ou normativa (tal como resulta dos dereitos á organización e procedemento recoñecidos nos artigos 17.4 ou 24.1 CE), pero nos dous casos é o lexislador, sobre o que recae a obriga de actuar en beneficio do titular do dereito<sup>16</sup>, quen o configura decisivamente.

## 2 Os elementos materiais do obxecto dos dereitos de defensa

No capítulo 3, Gavara emprende unha minuciosa análise do ámbito de protección dos dereitos de defensa, isto é, dos “elementos materiais” característicos do obxecto daqueles. É por esta razón pola que cabe considerar as case tres dúcias de páxinas que compoñen este capítulo como o núcleo da obra. O autor catalán inclúe entre os “elementos materiais” característicos do obxecto dos dereitos de defensa (2.1) o ben ou bens xurídicos protexidos, (2.2) o suposto de feito e (2.3) o obxecto material de protección.

### 2.1 O “ben” ou “bens xurídicos protexidos”

En primeiro lugar, o obxecto dun dereito de defensa caracterízase por que na disposición na que é enunciado se fai referencia a un *ben xurídico protexido*, é dicir,

<sup>14</sup> Mentres que as obrigas negativas emanadas dos dereitos de defensa teñen unha “estrutura conxuntiva” porque, en principio, prohiben calquera intervención no ámbito de protección dun dereito ou liberdade (“Cando existe unha prohibición de destruír ou prexudicar algo, entón está prohibido calquera acto de destrución ou de prexuízo”), os deberes positivos derivados dos “dereitos de prestación de carácter autónomo” presentan unha “estrutura alternativa” ou “disxuntiva” porque “[...] non calquera acto de protección ou apoio é exixido. A prohibición de matar implica, polo menos *prima facie*, a prohibición de calquera acto de matar, mentres que o mandato de rescate non implica o mandato de levar a cabo todos os actos de rescate posibles. Pode ser posible rescatar un home que afoga nadando ata el, ou lanzándolle unha balsa salvavidas, ou mesmo enviando un barco, pero non se requiren simultaneamente os tres. O que se precisa é que se leve a cabo o primeiro acto ou o segundo ou o terceiro” (ALEXY, R., “Sobre los derechos constitucionales a protección”, Alexy, R., *et al.*, *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, pp. 45-84, p. 55).

<sup>15</sup> A vontade de precisar esta marxe de acción levou algúns autores alemáns a desenvolver a noción dun “nivel mínimo de protección” máis alá (ou, mellor dito, por enriba) do cal o lexislador podería actuar discrecionalmente. *Vid.*, a modo de exemplo, ISENSEE, J., “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Pflicht”, Isensee, J. e Kirchhof, P. (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, tomo V, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 1992, pp. 143-242, nn. mm. 293-307.

<sup>16</sup> Das consecuencias deste tipo de obrigas cómpase o autor en GAVARA DE CARA, J.C., *Los derechos fundamentales como derechos de defensa. Reconstrucción jurisprudencial de su contenido prescriptivo*, cit., pp. 121-130.

caracterízase por unha “especificación do sector material ou ideal protexido polo dereito fundamental” (*ibíd.*, p. 81). Ademais da identificación do último, a especificación do ben xurídico protexido permite a súa diferenciación respecto doutros dereitos fundamentais. Seguindo unha coñecida distinción elaborada pola doutrina alemá, Gavara sostén que os bens xurídicos poden ser subxectivos ou obxectivos. Os primeiros levan consigo a “autodeterminación do titular en ámbitos materiais”, como acontece coa práctica da relixión (art. 16.1 CE) ou a liberdade de expresión (art. 20.1.a CE). Existe nestes casos un ámbito constitucional inmune á coacción estatal, o que comporta tanto un deber de abstención dos poderes públicos como o recoñecemento dun *agere licere* para a ou o titular do dereito fundamental: as persoas poden facer ou non facer proselitismo das súas crenzas relixiosas (STC 141/2000, FX 4), asociarse ou non asociarse (STC 104/1999, FX 2), sindicarse ou non facelo (STC 44/2001, FX 3), etc.

Neste punto, a exposición do autor catalán reviste interese sobre todo a causa dunha tese controvertida. Gavara desvincula a antedita potestade de decidir dos bens xurídicos destinados a protexer calidades físicas ou posicións xurídicas, pois considera os últimos exclusivamente obxectivos. O corolario desta caracterización consiste en que se lle nega á persoa titular a autodeterminación nestes sectores materiais, que son “preestablecidos de antemán sen que exista ningunha marxe de acción subxectiva sobre este”. Segundo Gavara, o exemplo paradigmático desta ausencia de autodeterminación ofréceo o dereito á vida, “que non é un dereito de liberdade” nin un dereito “a decidir sobre a propia morte”, o que impide que unha persoa se autodetermine cando o que está en xogo é a súa propia vida. Por esta razón, o autor catalán non dubida en subliñar (*ibíd.*, p. 95) que, “na medida en que o ben obxectivo dos dereitos de defensa ten unha maior repercusión nas relacións sociais e, en consecuencia, aparecen maiores posibilidades de conflictividade, *se trata máis dunha garantía institucional ou de instituto*”. No caso da vida ou a saúde, ademais, aínda que tamén no da investigación científica ou a arte, recae sobre o Estado unha “obriga de neutralidade e distancia” que “non admite definicións oficiais”; a este respecto caben unicamente medidas tuitivas destinadas a dotar de eficacia os dereitos fundamentais correspondentes.

Este enfoque, excesivamente fiel á STC 120/1990, FX 7, foi recentemente modulado polo Tribunal Constitucional español. Para este, que a vida humana sexa “condición de posibilidade do resto de dereitos” e que o “dereito á vida se configur[e] como o dereito á protección da existencia física das persoas, que comporta para o poder público deberes negativos, ou de abstención, e positivos, de protección fronte a ataques de terceiros” non autoriza a atribuír “carácter absoluto á vida” ou imporlles aos poderes públicos unha obriga de protección “incondicional que implique un paradoxal deber de vivir”; de aí que non caiba impedir “o recoñecemento constitucional de decisións autónomas sobre a propia morte en situacións de sufrimento debido a unha enfermidade ou padecemento incurable medicamente constatable e que a persoa experimenta como inaceptable” (STC 19/2023, FX 6, C, b, i).

regap



RECENSIONES

## 2.2 O “suposto de feito”

En segundo lugar, alude Gavara ao *suposto de feito* dun dereito fundamental. O dito suposto está integrado polas condicións de aplicación materiais ou formais de tal dereito ou “acoutamentos materiais” a este. No artigo 21.1 CE, p. ex., recoñéceselles ás persoas o dereito de reunirse unicamente cando o fan “pacificamente” e “sen armas”. Ben xurídico e suposto de feito facilitan entón a determinación do “alcance potencial” do dereito fundamental (*ibíd.*, p. 82). Nesta alusión a un alcance potencial resoan os ecos do que en Alemaña se cualifica como concepción ampla do ámbito de protección dun dereito fundamental<sup>17</sup>. Tanto é así que, nunha pasaxe posterior, Gavara chega a asimilar o suposto de feito do dereito fundamental ao seu ámbito potencial, pois “non serve para estruturar exclusivamente o contido, nin determina de forma directa e plena o exercicio do dereito fundamental” (*ibíd.*, p. 97). Ao meu xuízo, nesta apreciación radica outra das virtudes do libro do autor catalán. Consiste esta virtude, como se detallará en apartados posteriores (4 e 5) desta recensión, en chamar a atención sobre a conveniencia de reflexionar acerca da secuencia ou estrutura do control das actuacións dos poderes públicos presuntamente lesivas dun dereito ou liberdade. Non obstante, antes de ocuparse desta estrutura, cómpre aínda precisar o terceiro dos “elementos materiais” característicos do obxecto dos dereitos de defensa: o obxecto material de protección.

## 2.3 O “obxecto material de protección”

Mentres que ben xurídico e suposto de feito resultan unicamente da interpretación dos preceptos nos que se enuncia un dereito fundamental, o terceiro dos “elementos materiais” característicos do obxecto dun dereito fundamental, o *obxecto material de protección* resulta tanto da exexese dese precepto –o cal pode conter “concrecións” específicas do dereito fundamental– como do desenvolvemento normativo levado a cabo, normalmente, a través de normas de rango legal<sup>18</sup>. Á primeira refírese Gavara como “delimitación” (STC 53/1985, FX 5), mentres que para a segunda reserva o autor catalán a cualificación de “intervención lexislativa”.

A *delimitación* dun dereito fundamental é, para Gavara, unha operación “estática”, xa que entraña unha interpretación “abstracta” da disposición de dereito fundamental na que están implicados numerosos conceptos extraxurídicos (*ibíd.*, p. 100). Polo que respecta á interpretación dos preceptos constitucionais nos que se enuncian dereitos de defensa, resalta o autor a existencia de dúas concepcións, unha subxectiva e outra obxectiva. De acordo coa primeira, a determinación do alcance dun dereito fundamental corresponde ao seu titular, polo que o “ámbito de protección” dun dereito de defensa se configura en tales casos a partir da comprensión propia

<sup>17</sup> *Vid.*, a modo de resumo, ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES, J., “Objeto y contenido de los derechos fundamentales: presupuestos e implicaciones de una nueva diferenciación dogmática”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 18, 2006, pp. 305-319.

<sup>18</sup> Unha excepción a esta regra pode atoparse nos supostos de “reserva absoluta de resolución xudicial”, “monopolio xurisdiccional” ou “reserva de xurisdicción” dos arts. 18.3, 20.5 e 22.4 CE.

do individuo. Gavara considera un inconveniente a importancia que esta concepción outorga á arbitrariedade do suxeito, xa que lle fai perder ao dereito fundamental a súa condición de “medida da xeneralidade e da liberdade igual para todos”. Ademais, o autor catalán considera que esta concepción non permite resolver satisfactoriamente os desafíos xurdidos pola vinculación positiva do Estado aos dereitos fundamentais e as colisións entre estes, de sorte que se mostra máis partidario do recurso a unha concepción obxectiva para a interpretación das disposicións de dereitos fundamentais.

A *intervención*, pola súa banda, fixa o alcance do obxecto material de protección dun dereito de defensa de forma “constitutiva, externa ás normas constitucionais” que os enuncian, e representa por iso unha “inxerencia” estatal que incide –reducíndoo– nun ámbito previamente *delimitado*<sup>19</sup>. Entraña a intervención, polo tanto, unha determinación do “alcance real e do obxecto material de protección [do] dereito de liberdade” que, por supor normalmente unha mingua da potencial liberdade do individuo, debe presentar en todo caso “suficiente xustificación e corrección constitucional”<sup>20</sup>. Como se explicará nun apartado posterior, esta exigencia comporta que a constatación dunha intervención pon en marcha un minucioso “esquema de control”<sup>21</sup> ou proceso de xustificación constitucional desta. Antes de abordar este asunto (5) cómpre aínda precisar a intrincada noción “intervención” (4).

### 3 A intervención nos dereitos de defensa

Conforme unha concepción clásica no dereito constitucional alemán, prodúcese unha intervención nun dereito de defensa cando o Estado exerce a súa potestade de coacción a través dunha disposición normativa ou dun acto xurídico coa finalidade de restrinxir o alcance dese dereito. *Contido imperativo, forma xurídica, intencionalidade e inmediatez* constitúen, polo tanto, os trazos tradicionalmente definitorios dunha “intervención”, concepto xurídico ao que Gavara dedica o capítulo 4 do libro. A concepción antedita, porén, viuse superada por outra –a moderna– máis sensible ás condicións requiridas para facer efectiva a liberdade xurídica<sup>22</sup>. Ao contrario que o

<sup>19</sup> Como consecuencia diso, a prohibición de condutas alleas ao obxecto material de protección dun dereito fundamental (como, p. ex., as reunións non pacíficas) ou das que constitúan un abuso deste non terán a consideración de intervencións, senón a de delimitacións.

<sup>20</sup> GAVARA DE CARA, J.C., *Los derechos fundamentales como derechos de defensa. Reconstrucción jurisprudencial de su contenido prescriptivo*, cit., p. 142. Os dereitos de defensa caracterízanse, en xeral, pola súa tendencia a apareceren como “normas constitucionais completas” (*ibíd.*, p. 83), é dicir, por non requiriren un ulterior desenvolvemento normativo; de aí que, cando o legislador acouta o “obxecto material de protección”, este desenvolvemento sexa percibido case sempre como un límite ou unha restrición do “ben xurídico” e do “suposto de feito” do dereito fundamental.

<sup>21</sup> Utilízase aquí a expresión de DREIER, H., “Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG”, Dreier, H. (ed.), *Grundgesetz-Kommentar*, 3.ª ed., Beck, München, 2013, pp. 42-153, n. m. 123.

<sup>22</sup> A singular relación dos dereitos fundamentais coa lei desaconsella concibir a segunda en todos os casos cun mero exercicio de inxerencia estatal na liberdade dos individuos. Isto débese a que a efectividade dos dereitos nas relacións *inter privados* depende tamén de que se articulen mecanismos de garantía destes a través, precisamente, dunha lei. Ao xeral deber de absterse de interferencias coa liberdade persoal que recae sobre todos os poderes públicos, polo tanto, cómpre engadir a obriga de protexer esa liberdade fronte a ataques de calquera individuo. A isto refírese Gavara ao postular a vixencia dun “dereito á seguridade nas relacións xurídicas fronte a calquera destinatario” (GAVARA DE CARA, J.C., *Los derechos fundamentales como derechos de defensa. Reconstrucción jurisprudencial de su contenido prescriptivo*, cit., p. 135). Esta circunstancia non só conduciu a unha relativización do concepto de “intervención” nun dereito fundamental, senón que o ensanchou ao incluír nel tanto

tradicional, o concepto moderno de intervención non presupón unha “interferencia estatal nun ben xurídico protexido por un dereito fundamental en contra da vontade do seu titular (*Einwirkung des Staates auf ein grundrechtliches Schutzgut gegen den Willen des Grundrechtsträgers*)”<sup>23</sup> que, ademais, revista forma xurídica, contido imperativo e carácter inmediato e intencional. Nos nosos días basta con que esa interferencia teña unha «intensidade non insignificante (*nicht unerheblich*)»<sup>24</sup> para que sexa considerada unha intervención neste e, por conseguinte, poña en marcha o “esquema de control” ou proceso de xustificación constitucional anteriormente aludido.

O enfoque de Gavara na obra aquí analizada é debedor da última das concepcións descritas. Na súa opinión, ás intervencións identificadas a partir dos criterios tradicionais débense engadir as interferencias no eido de protección dun dereito fundamental que, sen terse buscado ou mesmo non téndose materializado, alcanzan unha intensidade mínima á luz da “calidade do ben protexido, a intensidade do perigo, os usos sociais e a adecuación social”, así como da vontade de evitar que se prexudique o “nivel de protección alcanzado con anterioridade”<sup>25</sup>. A frecuente contraposición de intereses de distintos titulares de dereitos fundamentais<sup>26</sup> leva consigo que a definitiva determinación do alcance de cada dereito dependa das “necesidades conxunturais de inafectabilidade de cada dereito de defensa examinado en concreto” (*ibíd.*, p. 73). Neste tipo de colisións entre dereitos, correspóndelle primariamente ao lexislador delimitar aquelas “necesidades” en atención ás consecuencias prexudiciais que o exercicio de cada un dos dereitos entraña para outros (principio *neminem laedere*) e, cando esta solución sexa oportunamente cuestionada, deberá o Tribunal Constitucional resolver a controversia sobre a base dunha ponderación.

## 4 A xustificación das intervencións nos dereitos de defensa

Do anterior despréndese que os conflitos entre dereitos de defensa ou entre estes e outros dereitos, principios ou bens constitucionalmente relevantes se volveron non só cada vez máis frecuentes, senón inherentes á dogmática contemporánea dos dereitos

---

accións como omisións dos poderes públicos que poidan ser causalmente enlazados cun prexuízo para a ou o titular dun dereito.

<sup>23</sup> ISENSEE, J., “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Pflicht”, cit., n. m. 106.

<sup>24</sup> *Vid.*, neste sentido, BETHGE, H., “Der Grundrechtseingriff”, *Der Grundrechtseingriff. Öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen einer Informationsordnung. Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Osnabrück vom 1. bis 4. Oktober 1997*, De Gruyter, Berlin 2013, p. 40; ou SCHMIDT-ASSMANN, E., *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, INAP/Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 80 e ss. A protección outorgada polo BVerfG, polo tanto, non alcanza as intervencións ou «sacrificios mínimos» (ISENSEE, J., “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Pflicht”, cit., n. m. 106).

<sup>25</sup> GAVARA DE CARA, J.C., *Los derechos fundamentales como derechos de defensa. Reconstrucción jurisprudencial de su contenido prescriptivo*, cit., p. 144.

<sup>26</sup> *Vid.*, p. exc., a que se dá entre o dereito á vida e á integridade física, por unha parte, e o dereito a circular libremente (GAVARA DE CARA, J.C., *Los derechos fundamentales como derechos de defensa. Reconstrucción jurisprudencial de su contenido prescriptivo*, cit., pp. 206-210).

fundamentais. Se esta non pode practicarse de costas a tales colisións, a cuestión que entón se formula é a de como valorar a licitude dunha intervención nun dereito de defensa, máxime naqueles casos en que a restrición persegue a satisfacción da vinculación positiva dos poderes públicos a outro dereito ou liberdade. Gavara defende aquí que a constitucionalidade da actuación estatal “se decide a partir dun proceso de xustificación constitucional” (*ibíd.*, pp. 138 e ss.).

En primeiro lugar, forma parte deste proceso a comprobación consistente en verificar que se respectou o principio de legalidade e, se é o caso, a correspondente reserva de lei. No entanto, neste punto o autor non ofrece unha explicación xeral da relación entre as reservas de lei contidas nos artigos 53.1 e 81.1 CE, por unha parte, e as reservas de lei enunciadas en específicas disposicións de dereito fundamental (arts. 16.1, 28.2, 33.2, 37.2, etc.), por outra. En segundo lugar, forma parte do proceso de xustificación constitucional unha “ponderación oportuna” das cargas e beneficios. Aínda que non examina exhaustivamente os elementos que deben formar parte de tal ponderación, Gavara refírese a algúns dos criterios que deberían orientala. Entre os criterios de ponderación cualitativos, atópase “a calidade do ben protexido, a intensidade do perigo, os usos sociais e a adecuación social”, así como o maior respecto posible polo “nivel de protección alcanzado con anterioridade nos dereitos de liberdade”. En xeral, perseguen todos estes criterios que a valoración da actuación impugnada non se leve a cabo de acordo con “fórmulas xerais”, senón que se atenda ao caso concreto. Neste sentido, sinala aínda o autor catalán que a interpretación dos tres elementos precedentes e o control das eventuais restricións efectuadas sobre un dereito fundamental non deben ter lugar illadamente, “senón no contexto da norma e en conexión co seu sentido e función constitucional”<sup>27</sup>.

De conformidade con tales criterios, Gavara dedica os capítulos 5, 6 e 7 do libro a reconstruír o obxecto do dereito á liberdade ideolóxica, relixiosa e de culto; das liberdades comunicativas; dos dereitos a circular e a escoller a residencia libremente; dos “dereitos de liberdade conectados ao fenómeno asociativo con carácter participativo ou económico”; dos dereitos á vida e á integridade física e moral; dos dereitos á honra, á intimidade persoal e familiar e á propia imaxe; do dereito á propiedade privada; do dereito de petición; e do dereito á folga. Para iso, apóiase Gavara basicamente na xurisprudencia do Tribunal Constitucional, aínda que tamén (e a pesar da falta dun consenso doutrinal xeneralizado) nas opinións de diversos especialistas. Dado que unha síntese do esforzo de clarificación de cada un destes dereitos non ten cabida dentro das estreitas marxes desta recensión, a continuación farase referencia, a modo de exemplo e para finalizar, a unha cuestión de notable interese debido á súa

<sup>27</sup> GAVARA DE CARA, J.C., *Los derechos fundamentales como derechos de defensa. Reconstrucción jurisprudencial de su contenido prescriptivo*, cit., pp. 144 e ss. Recordada esta advertencia aos temores dos que temperamente denunciaron o perigo dunha “abstención fronte aos feitos” na xurisprudencia do Tribunal Constitucional: “Esta ausencia de análise da realidade fáctica (que frecuentemente é resultado tamén dunha normación xurídica) é, ao meu xuízo, un dos trazos máis preocupantes da obra do Tribunal. En ausencia de tal análise, en efecto, a interpretación constitucional sitúase nun plano extremadamente formal no que apenas pode valerse doutros instrumentos que os ofrecidos polos ‘métodos’ tradicionais, cuxa insuficiencia debilita o razoamento que, cando non conduce a aceptar pura e simplemente a decisión do legislador, non ofrece fundamento suficiente para invalidala, se non é por consideracións formalistas coas que, ao meu xuízo, non sempre se serve con eficacia ao espírito da Constitución” (RUBIO LLORENTE, F., “Problemas de la interpretación constitucional en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español”, *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, CEC, Madrid, 1993, p. 622).

relación cos novos desafíos formulados para os dereitos fundamentais pola crecente complexidade das estruturas sociais.

Sostén Gavara que, como consecuencia da vinculación positiva dos poderes públicos, os dereitos fundamentais son “indispoñibles” e “inembargables”. En particular, Gavara afirma que “ningunha persoa pode ser privada dos seus dereitos fundamentais como principio, *nin sequera no exercicio da súa autonomía da vontade*” (*ibíd.*, pp. 78, 273 e ss.), xa que iso vulneraría a dignidade da persoa (art. 10.1 CE). Para ilustrar a súa opinión, Gavara aclara que ninguén pode “vender con efectos transmisivos definitivos a súa intimidade ou o seu corpo” (*ibíd.*, pp. 79 e 274); non obstante, as “teses da indispoñibilidade” e da “inembargabilidade” corren o risco de verse superadas, p. ex., polos novos escenarios presentados pola ciencia e a tecnoloxía ou pola progresiva extensión do espazo de disposición que o ordenamento xurídico español lles reconece ás “partes separadas do corpo”<sup>28</sup>. Libros como o aquí analizado obrigan a continuar reflexionando co máximo rigor sobre as ameazas que estas novas realidades poden xerar ao desprazaren as fronteiras dos dereitos fundamentais e, con elas, as da nosa igual liberdade.

---

<sup>28</sup> Algúns dos problemas dogmáticos formulados por tales fenómenos foron recentemente analizados por PASCUAL MEDRANO, A., “El derecho a disponer del propio cuerpo: las partes separadas del cuerpo”, Chueca, R. (dir.), *Las fronteras de los derechos fundamentales en la Constitución normativa*, CEPC, Madrid, 2019, pp. 296-307. No mesmo volume poden verse tamén CHUECA, R., “Debilidades estructurales del derecho fundamental”, Chueca, R. (dir.), *Las fronteras de los derechos fundamentales en la Constitución normativa*, CEPC, Madrid, 2019, p. 47; e RUIZ LAPEÑA, R.M., “Autodeterminación individual y derechos fundamental”, Chueca, R. (dir.), *Las fronteras de los derechos fundamentales en la Constitución normativa*, CEPC, Madrid, 2019, pp. 185-209.

Revista Galega de Administración Pública

ISSN-L: 1132-8371

Núm. 65, enero-junio 2023 \ Number 65, January-June 2023

## Sumario/Summary

### 1 ESTUDIOS / STUDIES

**Antonio Javier Ferreira Fernández**

Los encargos a medios propios: Análisis del caso del servicio de limpieza de la Universidad de Santiago de Compostela. .... 217  
*Commissioning of own resources: Case study of the University of Santiago de Compostela cleaning service*

**Ignacio Álvarez Rodríguez**

La libertad académica como tesoro constitucional ..... 263  
*Academic freedom as a constitutional treasure*

**Josep Ramon Fuentes i Gasó**

Prevención y seguridad públicas en la Administración local de Cataluña: Una perspectiva integrada ..... 287  
*Prevention and public safety at the local Administration of Catalonia: An integrated perspective*

**Luigi Previti**

La colaboración entre sector público y privado en el sistema de seguridad cibernética: reflexiones a partir de la estrategia europea e italiana. .... 319  
*Public-private collaboration in the cybersecurity system: reflections from the European and Italian strategy*

### 2 COMENTARIOS Y CRÓNICAS / COMMENTS AND CHRONICLES

**José Manuel Novoa Falcón**

El complemento de productividad y su vinculación con los servicios

prestados .....	341
<i>Productivity bonus and its link with the services rendered</i>	

**José Manuel Rey Varela**

Derecho social al agua y los principios de solidaridad y eficacia administrativa previstos en la ley gallega de mejora de gestión del ciclo integral del agua. ....	355
---	-----

*The social right to water and the principles of solidarity and administrative efficiency provided for in the Galician law on the improvement of managing the integral water cycle*

**Francisco de Cominges Cáceres**

Jurisprudencia contencioso-administrativa .....	371
<i>Contentious-administrative jurisprudence</i>	

### **3 RECENSIONES / REVIEWS**

**Xosé Antón Sarmiento Méndez**

Fundamentos de derecho parlamentario español .....	409
--	-----

**Inmaculada Ruiz Magaña**

Reformas para la cohesión territorial de España .....	413
---	-----

**Pablo Riquelme Vázquez**

Los derechos fundamentales como derechos de defensa. Reconstrucción jurisprudencial de su contenido prescriptivo .....	417
--	-----

# Regap

Estudios

1





Revista Galega de Administración Pública, EGAP  
Núm. 65\_enero-junio 2023 | pp. 217-262  
Santiago de Compostela, 2023

<https://doi.org/10.36402/regap.v1i65.5007>

© Antonio Javier Ferreira Fernández

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

Recibido: 21/11/2022 | Aceptado: 29/11/2022

Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

## Os encargos a medios propios: Análise do caso do servizo de limpeza da Universidade de Santiago de Compostela

### Los encargos a medios propios: Análisis del caso del servicio de limpieza de la Universidad de Santiago de Compostela

65 Regap

Commissioning of own  
resources: Case study of the  
University of Santiago de  
Compostela cleaning service

Regap



ESTUDIOS

ANTONIO JAVIER FERREIRA FERNÁNDEZ

Catedrático de Derecho Administrativo

Universidad de Santiago de Compostela

[ferreira.fernandez@usc.es](mailto:ferreira.fernandez@usc.es)

**Resumo:** Partindo dun caso real, o encargo á Fundación USC M.P. da xestión do servizo de limpeza da Universidade, preténdense analizar as cuestións problemáticas que presentan os encargos a medios propios e expor as solucións adoptadas, así como as dúbidas que estas solucións suscitaron e suscitan. Trátase de aproximar o lector a unha cuestión complexa, chea de incertezas e dúbidas e que se atopa *sub iudice*. Ao ser un caso aberto, pode servir de pauta a outros operadores xurídicos na medida en que nos atopamos ante unha problemática viva, controvertida e de plena actualidade nun contexto onde a eficiencia debe ser un dos principios basilares da xestión dos recursos públicos.

**Palabras clave:** Contratación pública, medio propio, xestión de servizos públicos, universidades, xestión directa.

**Resumen:** Partiendo de un caso real, el encargo a la Fundación USC M.P. de la gestión del servicio de limpieza de la Universidad, se pretende analizar las cuestiones problemáticas que presentan los encargos a medios propios y exponer las soluciones adoptadas, así como las dudas que estas soluciones han planteado y plantean. Se trata de aproximar al lector a una cuestión compleja, llena de incertidumbres y dudas y que se encuentra *sub iudice*. Al ser un caso abierto, puede servir de pauta a otros operadores jurídicos en

la medida en que nos encontramos ante una problemática viva, controvertida y de plena actualidad en un contexto donde la eficiencia debe ser uno de los principios basilares de la gestión de los recursos públicos. **Palabras clave:** Contratación pública, medio propio, gestión de servicios públicos, universidades, gestión directa.

**Abstract:** Based on a real case, the commission to the USC M.P. of the management of the cleaning service of the University, it is intended to analyze the problematic issues raised by the commissions to own media and expose the solutions adopted, as well as the doubts that these solutions have raised and raise. It is about bringing the reader closer to a complex issue, full of uncertainties and doubts and that is sub judice. Being an open case, it can serve as a guideline for other legal operators to the extent that we are faced with a lively, controversial and current problem in a context where efficiency must be one of the basic principles of public resource management.

**Key words:** Public contracting, own means, management of public services, universities, direct management.

**SUMARIO:** 1 Introducción. 2 Caracterización general de los encargos a medios propios. 2.1 Requisitos del medio propio. En particular, el control análogo y el objeto del encargo. 2.2 Los encargos a medio propio y la libre concurrencia. 3 El encargo del servicio de limpieza a la Fundación USC. 3.1 Normativa en la USC. 3.2 Los precedentes. 3.3 La declaración como medio propio de la Fundación USC-Deportiva. 3.4 El encargo. 3.5 Los resultados del encargo. 3.6 El litigio. 4 A modo de reflexión final.

## 1 Introducción

En 2018, con la llegada de un nuevo equipo rectoral, el encabezado por la candidatura de Antonio López, la Universidad de Santiago de Compostela (en adelante USC) se encontró con la urgencia de hacer frente a una delicada situación económica que obligaba a presentar un plan económico-financiero, con los consecuentes temidos recortes. No era la primera vez que la USC debía presentar un plan de ajuste. En concreto, en 2014 el anterior equipo había tenido que enfrentarse a un plan de reequilibrio económico-financiero, cuya base fue, fundamentalmente, el ahorro en el capítulo de personal, lo que condujo, por un lado, a acudir sistemáticamente a la contratación de personal temporal, con la consecuente precarización, y, por otro, a la merma de los derechos del colectivo de profesorado, creando una inmensa bolsa de acreditados sin perspectiva de promoción. Por tanto, la única posibilidad de generar un efectivo ahorro sin comprometer todavía más las políticas de personal era actuar en el gasto corriente.

En todo caso debe destacarse, desde el principio, que las decisiones adoptadas en su momento por la USC en el marco del plan mencionado se tomaron sobre una base objetiva, sin carga ideológica alguna y con un único fin: gestionar de forma más eficiente y eficaz los servicios instrumentales de la Universidad y, singularmente, su servicio de limpieza de edificios, al que dedicaba nada menos que un 3% de su presupuesto (más de 7 millones de euros).

Es en este contexto en el que se enmarca el encargo realizado a la Fundación USC para la gestión del servicio de limpieza de edificios. A lo largo de estos cuatro años –pandemia de por medio–, se han ido dando los pasos precisos que han culminado

con el encargo realizado en 2021 y de cuyos resultados podremos también dar cuenta en estas páginas.

El encargo a medio propio, tal y como lo ha configurado el legislador en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, es un recurso que ha adquirido en nuestro ordenamiento jurídico una dimensión nada desdeñable. Los datos más recientes, publicados por el Tribunal de Cuentas en el *Informe de fiscalización de la adaptación de los medios propios existentes en el ámbito empresarial estatal no financiero a las exigencias de la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público, y de la Ley 9/2017, de contratos del sector público*<sup>1</sup>, aprobado por el Pleno el 31 de marzo de 2022, señalan que, en el ámbito del sector estatal no financiero, a partir de la entrada en vigor de la LCSP y hasta el 31 de diciembre de 2019 se han formalizado un total de 908 encargos, por un importe de 426.909.083,09 euros.

Por su parte, el *Informe de la Intervención General de la Administración del Estado relativo a los principales resultados de control en materia de contratación pública*<sup>2</sup>, conforme al artículo 332.11 de la LCSP, afirma que los 5 mayores medios propios estatales facturaron en 2019 1.020 M €.

Si a ese volumen sumamos los encargos realizados por el resto de las administraciones (comunidades autónomas, entidades locales, universidades, etc.), nos podemos hacer una idea de lo que esta figura supone en términos económicos.

El caso que aquí se estudia<sup>3</sup> destaca también por su importancia cuantitativa en el contexto estatal, al suponer la subrogación de 241 trabajadores y trabajadoras que prestaban servicio en las empresas adjudicatarias de los dos contratos de limpieza existentes, en las ciudades de Santiago de Compostela y Lugo, en las que tiene su sede la USC.

A quien haya seguido el tema de los encargos a medios propios le sonará la internalización del servicio de limpieza viaria del Ayuntamiento de León, en 2015, en la que 116 trabajadores de la anterior empresa adjudicataria, EMILSA, pasaron a formar parte del personal de la entidad local; o la recuperación de la gestión del servicio de abastecimiento urbano de aguas en el Ayuntamiento de Valladolid, que en 2016 subrogó a través de la empresa municipal Aquavall a 163 empleados.

<sup>1</sup> Tribunal de Cuentas. Informe de fiscalización de la adaptación de los medios propios existentes en el ámbito empresarial estatal no financiero a las exigencias de la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público, y de la Ley 9/2017, de contratos del sector público: <https://www.tcu.es/repositorio/1d6a42f6-0cca-483d-bf5c-70f13301dc1e/11470.pdf>

<sup>2</sup> Informe de la Intervención General de la Administración del Estado relativo a los principales resultados de control en materia de contratación pública: <https://www.igae.pap.hacienda.gob.es/sitios/igae/es-ES/Control/CFPyAP/Documents/Informe%20OIRESCON%20PCFP19.pdf.xsig.pdf>

<sup>3</sup> El estudio de caso es uno de los métodos de investigación comunes en las ciencias sociales y jurídicas y, en particular, en los ámbitos relacionados con la gestión pública. La investigación experimental en este ámbito no es viable por la imposibilidad de controlar las variables relevantes. Otras técnicas, como la entrevista, los cuestionarios o la observación son de difícil ejecución en este ámbito, siendo el estudio de caso una de las técnicas más reconocidas (KAUFMAN, H., *The Forest Ranger: A Study in Administrative Behavior*, H. Hopkins Press, Baltimore, 1960; MCGREGOR, E.B., "Toward a Theory of Public Management Success", Bozeman, B. (coord.), *Public Management*, 40-54, Jossey-Bass Inc. Publishers, San Francisco, 1993; BEHN, R.D., "Case-Analysis Research and Management Effectiveness: Learning How to Lead Organizations Up Sand Dunes", Bozeman, B. (coord.), *Public Management*, 40-54, Jossey-Bass Inc. Publishers, San Francisco, 1993). El objetivo de la investigación a través del estudio de caso es, mediante la técnica deductiva, identificar prácticas que puedan ser relevantes y proporcionar a los gestores públicos herramientas para la toma de decisiones. Estaríamos ante lo que se denomina "*action science*", es decir, ciencia que se enriquece a través del estudio de prácticas consideradas relevantes tal y como la desarrollaron ARGYRIS, C. y SCHÖN, D., *Strategy, Change and Defensive Routines*, Ballinger, Cambridge, MA, 1985.

No hemos encontrado casos que afectasen a un número mayor de trabajadores. Este factor, como se explicará más adelante, tuvo un peso importante en la decisión adoptada, por la responsabilidad social de la institución con los trabajadores y trabajadoras que llevaban años prestando ese servicio a través de empresas externas, y porque el coste de personal era uno de los hechos diferenciales en los contratos vigentes.

Antes de entrar en el análisis del caso, se hace preciso analizar aquellas cuestiones más controvertidas de los encargos, cuestiones que se han tenido muy presentes y han condicionado en gran medida la decisión adoptada por la USC.

## 2 Caracterización general de los encargos a medios propios

Los encargos a medios propios se encuentran actualmente regulados en la legislación estatal en los artículos 32 y 33 y en la disposición adicional vigesimocuarta de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

Esta figura es la fórmula a través de la cual los poderes públicos pueden encargar la ejecución de las prestaciones propias de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios a otra persona jurídica distinta, ya sea de derecho público o de derecho privado, siempre y cuando esta tenga la calificación jurídica de medio propio personificado respecto de ellos.

Se trata de una técnica de cooperación vertical, conocida en terminología comunitaria como contratación doméstica o *in house*, en la que las notas características son cuatro, como señala, entre otros, VILALTA REIXACH<sup>4</sup>:

- la existencia de control análogo al que el ente adjudicador ejerce sobre sus propios servicios;
- la realización de la parte esencial de la actividad del medio propio con el ente adjudicador, complementario del requisito anterior;

<sup>4</sup> VILALTA REIXACH, M., "De nuevo sobre los negocios jurídicos excluidos de la Ley de contratos del sector público: encargos a medios propios personificados y transferencias de competencias entre entidades públicas", *Revista Galega de Administración Pública (REGAP)*, n. 56, julio-diciembre 2018, pp. 37-70. Sobre la delimitación conceptual de esta figura existe una abundante doctrina que no viene al caso reproducir aquí, pero entre la que puede destacarse SOSA WAGNER, F. y FUERTES LÓPEZ M., "¿Pueden los contratos quedar en casa? (La polémica europea sobre la contratación *in house*)", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n. 3, 2007; NOGUERA DE LA MUJELA, B., "Los encargos *in house* en la Ley de contratos del sector público (LCSP): especial referencia a los mismos en el ámbito local a la luz de la reciente jurisprudencia comunitaria", *Revista de Administración Pública*, n. 182, mayo-agosto 2010; AMOEDO SOUTO, C., "En torno al concepto jurídico de autoprovisión administrativa: dimensión europea y desajustes internos", *Revista de Administración Pública (RAP)*, n. 205, 2018, pp. 81-129; AMOEDO SOUTO, C. 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 (RAP)*, n. 210, 2019, pp. 393-432; GIMENO FELIÚ, J.M., "Las fronteras del contrato público: depuración conceptual de los negocios jurídicos excluidos desde la perspectiva funcional del Derecho europeo", *Revista española de Derecho Administrativo*, n. 205, abril-junio 2020; AMOEDO SOUTO, C., "¿Hacer en el sector público o comprar al sector privado? La regulación de la autoprovisión administrativa en España", *Revista IUS ET VERITAS*, n. 62, 2021, pp. 98-110.

- la titularidad íntegramente pública del capital o patrimonio del medio propio cuando su personificación tenga carácter jurídico-privado;
- por último, el medio propio debe tener esa condición formalmente reconocida con respecto al ente adjudicador.

Se trata de una institución de construcción, fundamentalmente, jurisprudencial. Puede considerarse a la Sentencia de 18 de noviembre de 1999 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (ahora TJUE) en el asunto C-107/98, conocido como *Asunto Teckal*, como el inicio de la construcción jurisprudencial y doctrinal de esta institución. En esta sentencia el alto tribunal resuelve una cuestión prejudicial sobre la interpretación del artículo 6 de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, estableciendo en el fundamento 50 una de las características principales de los encargos a medios propios por parte de poderes adjudicadores:

*«A este respecto, conforme al artículo 1, letra a), de la Directiva 93/36, basta, en principio, con que el contrato haya sido celebrado entre, por una parte, un ente territorial y, por otra, una persona jurídicamente distinta de éste. Solo puede ser de otra manera en el supuesto de que, a la vez, el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan».*

De la posterior evolución jurisprudencial se da cuenta en el considerando 31 de la Directiva 2014/24/UE en los siguientes términos:

*«Existe una considerable inseguridad jurídica en cuanto a la medida en que los contratos celebrados entre entidades del sector público deben estar regulados por las normas de contratación pública. La correspondiente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha sido objeto de diferentes interpretaciones por parte de los distintos Estados miembros e incluso por los distintos poderes adjudicadores. Por tanto, hace falta precisar en qué casos los contratos celebrados en el sector público no están sujetos a la aplicación de las normas de contratación pública.*

*Esta precisión debe guiarse por los principios establecidos en la correspondiente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El hecho de que las dos partes de un acuerdo sean poderes públicos no excluye por sí mismo la aplicación de las normas de contratación. No obstante, la aplicación de las normas de contratación pública no debe interferir con la libertad de los poderes públicos para ejercer las funciones de servicio público que le han sido conferidas utilizando sus propios recursos, lo cual incluye la posibilidad de cooperación con otros poderes públicos».*

Por su parte, el considerando 34 de la mencionada directiva describe las relaciones jurídicas entre medios propios y entes instrumentales y los poderes adjudicadores declarándolas no sujetas a la contratación pública:

*«Se dan casos en los que una entidad jurídica actúa, con arreglo a las disposiciones pertinentes del derecho nacional, como un instrumento o servicio técnico para determinados poderes adjudicadores, y está obligada a cumplir las instrucciones recibidas de estos poderes adjudicadores, sin ejercer influencia sobre la retribución de su ejecución. Dado su carácter no contractual, esta relación meramente administrativa debe quedar fuera del ámbito de aplicación de los procedimientos de contratación pública».*

Es interesante, por su relevancia para la concreción jurídica de esta figura, destacar el principio de libertad de administración de las autoridades públicas, reflejado en el artículo 2 de la Directiva 2014/23/UE<sup>5</sup> y que, en la misma línea, podemos encontrar en los considerandos de la Directiva 2014/24/UE, especialmente en el 5, complementario de los considerandos 31 y 34 mencionados anteriormente:

*«Debe recordarse que ninguna disposición de la presente directiva obliga a los Estados miembros a subcontratar o a externalizar la prestación de servicios que deseen prestar ellos mismos o a organizarlos de otra manera que no sea mediante contratos públicos en el sentido de la presente directiva».*

Así pues, de la jurisprudencia y directivas europeas y de su transposición a la Ley de contratos del sector público se derivan cuatro modalidades de gestión de servicios públicos por los poderes públicos en función de los sujetos que participan, no de la naturaleza del servicio. A saber:

- Gestión directa con medios propios y encomiendas de gestión (arts. 6.3 y 30 LCSP). Se trata de relaciones administrativas *no sujetas* a la regulación de la contratación pública y que, por tanto, no tienen consideración contractual. En esta modalidad se incluiría también la gestión de servicios públicos prevista en el artículo 85.2.A) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> Artículo 2 de la Directiva 2014/23/UE: "1. La presente Directiva reconoce el principio de libertad de administración de las autoridades nacionales, regionales y locales, de conformidad con el Derecho nacional y de la Unión. Dichas autoridades tienen libertad para decidir la mejor forma de gestionar la ejecución de obras o la prestación de servicios, en particular garantizando un alto nivel de calidad, seguridad y accesibilidad económica, la igualdad de trato y la promoción del acceso universal y de los derechos de los usuarios en los servicios públicos. Dichas autoridades podrán optar por realizar sus funciones de interés público con recursos propios o en colaboración con otras autoridades o confiarlas a operadores económicos".

<sup>6</sup> La vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, eliminó una previsión al respecto de esta forma de gestión que contenía el art. 8.2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, en referencia a los contratos de gestión de servicios públicos: "2. Las disposiciones de esta ley referidas a este contrato no serán aplicables a los supuestos en que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública". Sin embargo, en el art. 32.7.b) de la Ley 9/2017, en relación con el porcentaje de subcontratación permitido a medios propios en la ejecución de encargos, subsiste una referencia en términos similares: "Igualmente no será de aplicación en los supuestos en los que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública". A pesar de las dudas que puede suscitar al respecto, entendemos que la modalidad de gestión directa prevista en

- Cooperación horizontal (arts. 6.1 y 31 LCSP): convenios de cooperación entre poderes públicos con la consideración de poderes adjudicadores que son *excluidos* del ámbito de la contratación pública.
- Cooperación vertical (arts. 32 y 33 LCSP): como técnica de *autoorganización* que no tiene la consideración jurídica de contrato, como declara el artículo 32.1 *in fine* de la LCSP cuando establece que el encargo que cumpla los requisitos legalmente establecidos para tener la condición de tal “*no tendrá la consideración de contrato*”, pero en la que intervienen dos sujetos con una relación de dependencia.
- Contratos públicos (art. 2 LCSP): *relación jurídica bilateral, recíproca y onerosa* que celebren las entidades del sector público definidas en el ámbito de aplicación de la ley y en la que el contratista obtenga algún tipo de beneficio económico, ya sea de forma directa o indirecta.

Los encargos a medios propios se articulan, por tanto, como una técnica de autoorganización o cooperación vertical que no puede ser considerada como relación contractual al faltar uno de los elementos esenciales de los contratos: el acuerdo de voluntades. En esta figura la relación jurídica, y el fundamento de su exclusión, se caracteriza por la obligatoriedad de la relación para una de las partes, que ejecuta una orden de forma obligada. No obstante, esta figura es objeto de regulación en nuestro ordenamiento jurídico en la LCSP por su cercanía con el contrato público, aun cuando carezca de naturaleza contractual<sup>7</sup>.

El recurso a una u otra modalidad debe hacerse teniendo en cuenta los principios generales que rigen la actuación de la Administración (*ex* 103 CE) y, en particular, el principio de buena administración, que, como bien ha dicho SÁNCHEZ MORÓN<sup>8</sup>, “*indica que la Administración es necesaria para la sociedad y que lo importante no es solo limitar y controlar sus poderes en beneficio de la libertad de decisión del individuo, sino además lograr que cumpla correcta y diligentemente las tareas que la sociedad le encomienda. Conseguir una buena administración, no solo en el plano de las garantías*

---

el artículo 85.2.A) no implica el recurso a medio propio y que la eliminación de la referencia en la nueva LCSP responde a la desaparición del contrato de gestión de servicios públicos.

<sup>7</sup> Como confirma la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, en las conclusiones sobre el expediente 27/2020: “*Los denominados encargos a medios propios personificados no son contratos públicos y no se pueden considerar como tales a los efectos de la aplicación del artículo 34 del Real decreto ley 8/2020*”. No obstante, la LCSP dispone su aplicación directa en algunos casos, como pone de manifiesto el mismo órgano en las conclusiones del expediente 14/2021, y procedería incluso su aplicación supletoria como indica la Junta: “*A todo ello cabe añadir que, a diferencia de lo que ocurría con el supuesto analizado en nuestro informe 27/2020 sobre la aplicación a los encargos de lo dispuesto en el artículo 34 del Real decreto ley 36/2020, en este caso sí procedería su aplicación supletoria en el hipotético caso de que no cupiese admitir la aplicación directa de la norma (aunque por las razones que hemos expuesto tal cosa sí es posible y necesaria), puesto que estaríamos en presencia de dos figuras jurídicas (contrato público y encargo) que tienen una finalidad o razón de ser común y equivalente, pues ambas son tendentes a la inmediata realización de una prestación o actividad materialmente coincidente que trata de paliar los posibles efectos dañosos de una situación de emergencia prevista legalmente*”. Finaliza el expediente la Junta indicando que, para mayor seguridad jurídica, sería conveniente que se aclarara la cuestión en el propio texto legal mediante las medidas que el legislador considere oportunas.

<sup>8</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho administrativo. Parte general*, 16.ª ed., Editorial Tecnos, Madrid, 2020, p. 64.

*jurídicas, sino aumentando la calidad de los servicios y actividades que realiza, es la finalidad primordial del derecho administrativo de nuestro tiempo”.*

## **2.1 Requisitos del medio propio. En particular, el control análogo y el objeto del encargo**

Los encargos a medios propios, como ya se ha dicho, se regulan fundamentalmente en los artículos 32 y 33 de la LCSP, conteniendo el primero la regulación relativa a los poderes adjudicadores que realizan encargos a sus medios propios personificados y, el segundo, la regulación de los encargos de entidades pertenecientes al sector público que no tengan la consideración de poder adjudicador a medios propios personificados.

La regulación del encargo a medio propio de la LCSP es exhaustiva en cuanto a los requisitos que debe cumplir el medio propio para tener esa condición. Junto a estas previsiones debe tenerse en cuenta lo previsto en el artículo 86 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público (en adelante LRJSP), artículo declarado básico<sup>9</sup>.

Así, al margen de las interpretaciones posibles sobre su aplicabilidad fuera del sector público estatal, este artículo exige determinados requisitos adicionales para que un ente con personalidad jurídica propia pueda ser considerado medio propio y servicio técnico. En particular, el apartado 2 dispone lo siguiente:

*«2. Tendrán la consideración de medio propio y servicio técnico cuando se acredite que, además de disponer de medios suficientes e idóneos para realizar prestaciones en el sector de actividad que se corresponda con su objeto social, de acuerdo con su norma o acuerdo de creación, se dé alguna de las circunstancias siguientes:*

*a) Sea una opción más eficiente que la contratación pública y resulte sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica.*

*b) Resulte necesario por razones de seguridad pública o de urgencia en la necesidad de disponer de los bienes o servicios suministrados por el medio propio o servicio técnico.*

*Formará parte del control de eficacia de los medios propios y servicios técnicos la comprobación de la concurrencia de los mencionados requisitos.*

*En la denominación de las entidades integrantes del sector público institucional que tengan la condición de medio propio deberá figurar necesariamente la indicación “Medio Propio” o su abreviatura “M.P.”».*

Ya se han apuntado anteriormente los requisitos esenciales que ha ido configurando la jurisprudencia comunitaria.

---

<sup>9</sup> Disposición final cuarta de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público: “3. En relación con el régimen jurídico de los medios propios personificados, en lo no previsto en la presente Ley, resultará de aplicación lo establecido en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público”.

De todos ellos, el más complejo y controvertido es que el medio propio realice la mayor parte de su actividad con el ente adjudicador del encargo. Este requisito se concreta en que más del 80 % de las actividades del ente destinatario del encargo se lleven a cabo en el ejercicio de cometidos que le han sido confiados por el ente adjudicador del encargo y que lo controla, o por otras personas jurídicas controladas del mismo modo por la entidad que hace el encargo.

Con el fin de determinar este porcentaje, la ley toma en consideración el promedio del volumen global de negocios, los gastos soportados por los servicios prestados al poder adjudicador en relación con la totalidad de los gastos en que haya incurrido el medio propio por razón de las prestaciones que haya realizado a cualquier entidad, u otro indicador alternativo de actividad que sea fiable de los tres ejercicios anteriores al de formalización del encargo. En el caso de medios de nueva o reciente creación, el artículo 32.2.b) establece unas reglas especiales para el cómputo.

En desarrollo de esta previsión legal, se dictó la *Circular conjunta, de 22 de marzo de 2019, de la Abogacía General del Estado – Dirección del Servicio Jurídico del Estado y de la Intervención General de la Administración del Estado sobre criterios para el cálculo del cómputo del requisito de actividad exigido por la Ley 9/2017, de 9 de noviembre, de contratos del sector público, en aquellas entidades que sean consideradas medios propios*<sup>10</sup>, que tiene por fin “establecer unas pautas u orientaciones al objeto de cubrir un vacío normativo fruto de la ausencia de un desarrollo reglamentario de la LCSP, en relación con los parámetros a considerar para el cálculo del indicador de actividad, requisito delimitado por la normativa contractual como esencial al objeto de la consideración del ente público institucional como medio propio personificado de los poderes adjudicadores o de entidades pertenecientes al sector público que no tengan dicha consideración”.

Esta circular fue complementada con la *Nota técnica de la Oficina Nacional de Auditoría 1/2019 sobre la consideración de la condición de medio propio en la auditoría de cuentas con el objeto de homogeneizar los trabajos de verificación a realizar por el auditor público*<sup>11</sup>.

La disposición final cuadragésima de la Ley 11/2020 eliminó, así mismo, la necesidad de que el cumplimiento del requisito de actividad, o regla 80/20, quedase reflejado en la memoria integrante de las cuentas anuales del medio propio. Sin embargo, esto no significa que el auditor de cuentas no deba verificar su cumplimiento en las auditorías de cuentas anuales, tal y como consta en la nueva *Nota técnica de la Oficina Nacional de Auditoría 1/2021 sobre la consideración de la condición de medio propio en la auditoría de cuentas*<sup>12</sup>.

El criterio de la IGAE para el cómputo del requisito de actividad, manifestado en la Circular conjunta de 22 de marzo de 2019, es restrictivo, entendiendo que solo debe

<sup>10</sup> Circular conjunta, de 22 de marzo de 2019: <https://www.igae.pap.hacienda.gob.es/sitios/igae/es-ES/Documents/Circular%20firmada%20AGE-IGAE%20Medios%20propios.pdf>

<sup>11</sup> <https://www.igae.pap.hacienda.gob.es/sitios/igae/es-ES/Control/CFPyAP/Documents/Nota%20Tecnica%20ONA%201-2019%20Medio%20Propio.pdf>

<sup>12</sup> Nota técnica de la Oficina Nacional de Auditoría 1/2021 sobre la consideración de la condición de medio propio en la auditoría de cuentas: <https://www.igae.pap.hacienda.gob.es/sitios/igae/es-ES/Control/CFPyAP/Documents/Nota%20tcnica%20de%20la%20ONA%201-2021%20sobre%20la%20consideracin%20de%20la%20condicin%20de%20medio%20propio%20en%20la%20auditora%20de%20cuentas.pdf.xsig.pdf>

tenerse en cuenta la actividad que como medio propio preste la entidad en cuestión y que tenga su origen en encargos de obligatoria ejecución<sup>13</sup>.

No obstante, el Tribunal de Cuentas, en el *Informe de fiscalización de la adaptación de los medios propios existentes en el ámbito empresarial estatal no financiero a las exigencias de la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público, y de la Ley 9/2017, de contratos del sector público*, del Tribunal de Cuentas, aprobado por el Pleno el 31 de marzo de 2022<sup>14</sup>, no comparte esa concepción restrictiva con base en los siguientes argumentos:

*«[...] La ley regula los requisitos que una entidad ha de cumplir para ostentar la condición de medio propio de otra u otras entidades y tener la posibilidad de ejecutar encargos, con independencia de la importancia relativa que estos encargos tengan respecto del conjunto de su actividad, aspecto sobre el que nada exige expresamente. Lo que sí exige la ley es el control efectivo de la entidad que realiza el encargo sobre la actividad y objetivos estratégicos de la entidad obligada a ejecutarlo y que esta última realice la parte esencial de su actividad en beneficio de la entidad que la controla o de otras controladas por aquella, “parte esencial” que se ha cuantificado en la LCSP en un 80 %. Pero la ley no exige que esta “parte esencial” se lleve a cabo bajo la forma jurídica de encargos. Es esclarecedor en este sentido el preámbulo de la LCSP, en el que, en relación con el requisito de actividad que han de cumplir los medios propios personificados, se hace referencia en los siguientes términos “que no pueda realizar libremente en el mercado más de un 20 por ciento de su actividad”. Como puede observarse, el preámbulo de la ley apela a la falta de libertad para actuar en el mercado que debe caracterizar al medio propio personificado, una falta de libertad que es consecuencia necesaria del control que sobre él han de ejercer las entidades que le pueden conferir encargos y de destinar la parte esencial de su actividad a los cometidos realizados en beneficio de estas entidades.*

<sup>13</sup> Circular conjunta, de 22 de marzo de 2019, de la Abogacía General del Estado – Dirección del Servicio Jurídico del Estado y de la Intervención General de la Administración del Estado sobre criterios para el cálculo del cómputo del requisito de actividad exigido por la Ley 9/2017, de 9 de noviembre, de contratos del sector público, en aquellas entidades que sean consideradas medios propios: “Con carácter previo, cabe señalar que no ha de perderse de vista que el artículo 32.2.b) y el 33.2.c) de la LCSP regulan la forma de computar el referido porcentaje de actividad del 80%. Como quiera que la voluntad del legislador ha sido la de establecer distintos indicadores de referencia a utilizar y que se produce una diversidad de circunstancias acreditativas, ha de partirse de la premisa de que estos deberán ser objeto de una interpretación restrictiva y que, en todo caso, incumbe la justificación de su cumplimiento a quien quiera beneficiarse. La comprobación de la veracidad, fiabilidad e integridad de dicho indicador debe tomar base en la necesidad de que la entidad que se configura como medio propio personificado articule sistemas de información que permitan comprobar dichas características, es decir, su cálculo debe estar soportado en los sistemas o registros contables y/o auxiliares que permitan validar el mismo.

*En consecuencia, partiendo de estos parámetros se ha de constatar la cifra del indicador que figure en la memoria de cuentas anuales verificando aquellas operaciones que el medio propio realice por encargo (adjudicación) del mandante, es decir, en relación con encargos específicos dimanantes de los poderes adjudicadores y de otros entes públicos que no reúnen tal condición. Es decir, la actividad a tomar en consideración será aquella que se realiza “en virtud de una adjudicación llevada a cabo por el poder adjudicador, y ello con independencia de la cuestión de quién remunera dicha actividad, ya sea el propio poder adjudicador, ya el usuario de los servicios prestados (...)” respecto de la totalidad de las actividades que realiza el medio propio”.*

<sup>14</sup> Tribunal de Cuentas. Informe de fiscalización de la adaptación de los medios propios existentes en el ámbito empresarial estatal no financiero a las exigencias de la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público y de la Ley 9/2017, de contratos del sector público: <https://www.tcu.es/repositorio/1d6a42f6-0cca-483d-bf5c-70f13301dc1e/11470.pdf>

*[...] Los medios propios de naturaleza jurídico-privada desarrollan las actividades para las que han sido creados y, en consecuencia, ejecutan el objeto social acordado por los poderes adjudicadores que los controlan. La normativa europea lo que hace es limitar su actuación en el mercado, precisando que su actividad para personas distintas de los poderes adjudicadores que los controlan no puede exceder del 20 %, o, lo que es lo mismo, exige que su actividad sea esencialmente doméstica, lo que no impide, e incluso hace deseable, que puedan tener una actividad residual en el mercado libre que contribuya a su financiación».*

En mi opinión, este criterio más laxo, que permite computar en ese 80 por ciento actividades en modo alguno relacionadas con encargos del ente o entes de que depende, incrementa el riesgo de que los entes adjudicadores, más si cabe en el caso de control conjunto por parte de dos o más, no tengan un control real de los objetivos estratégicos y las decisiones significativas del medio propio, como requiere el requisito de control análogo, lo que favorece una posible conculcación del principio de libre competencia.

Así lo ha entendido la Junta Consultiva de Contratación de Aragón, quien no ha dudado en afirmar que *“El derecho europeo de la contratación pública tiene sus raíces en la creación de un mercado interior efectivo y, con este objetivo, en el derecho de la competencia. Este elemento condiciona las posibilidades de que una entidad, pública o privada, actúe en el mercado y por tanto en un régimen de libre competencia, mientras al mismo tiempo tiene un acceso privilegiado a un “cliente” público para el que realiza la prestación de actividades propias de un contrato público sin tener que pasar por los procedimientos de licitación y, en consecuencia, sin someterse al contraste con las ofertas de otros operadores económicos y en suma a la competencia, en la medida de que con ello se puede estar distorsionando el mercado. [...]”*

*Como medio propio quiere decir en función de encargos formalmente realizados o, al menos, en virtud de negocios jurídicos que reúnan las características sustantivas de un encargo, se excluyen expresamente de este porcentaje las actividades realizadas en función del otorgamiento de una subvención, por la sencilla razón de que la realización de la actividad subvencionada es puramente voluntaria para el beneficiario. No se trata de un deber jurídico, sino de una carga o condición cuyo cumplimiento es preciso para patrimonializar las cantidades concedidas o reconocidas como tal subvención. Con mayor razón se excluyen del cómputo las meras transferencias de fondos no condicionadas a la realización de actividades o prestaciones concretas, porque en tal caso la libertad del perceptor es todavía mayor. Ni la actividad subvencionada ni la financiada mediante transferencias entran en el cómputo del 80 por ciento como medio propio, aunque sí en el cómputo del conjunto de la actividad de la entidad. No se computarán ni en un apartado ni en otro la actividad de naturaleza pública, como órgano administrativo que ejerce potestades o competencias públicas legalmente atribuidas, por el sencillo hecho de que tales actividades en ningún caso podrían realizarse en régimen de mercado y, por tanto, son neutras a tales efectos”<sup>15</sup>.*

<sup>15</sup> Informe 5/2022, de 1 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, pp. 13-15.

Además del control análogo, la condición de medio propio personificado deberá cumplir los requisitos establecidos en la LSCP, a saber, que exista conformidad o autorización expresa del poder adjudicador respecto del que vaya a ser medio propio y la verificación por la entidad pública de que dependa el ente medio propio de que cuenta con los medios personales y materiales apropiados para la realización de los encargos, de conformidad con su objeto social.

La adecuación del objeto social del medio propio a la actividad que se le encarga es otro de los requisitos que se debe cumplir. El artículo 32.6.a) dispone que el medio propio personificado deberá publicar en la Plataforma de Contratación, entre otra información, los sectores de actividad en los que, estando comprendido su objeto social, sería apto para ejecutar las prestaciones que vayan a ser objeto de encargo.

Esta disposición, comprensible si entendemos que sirve para asegurar la transparencia en los procesos de encargo a medio propio y evitar que un ente pueda resultar adjudicatario en cualquier licitación, ha supuesto la anulación de encargos por la falta de adecuación entre el objeto del negocio jurídico y el objeto social del ente medio propio.

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su Resolución núm. 120/2019, de 18 de febrero, en un encargo realizado a TRAGSA por la Consejería de Justicia, Administración Pública, Reformas Democráticas y Libertades Públicas de la Comunidad Valenciana, para la “Redacción de proyecto y ejecución de las obras de adecuación funcional del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana”, estima parcialmente el recurso presentado por la Confederación Nacional de Construcción y, en concreto, el referido a la falta de adecuación del objeto social de la mercantil para desarrollar obras en suelo urbano.

Argumenta el Tribunal que cualquier duda que pudiera plantearse respecto a la habilitación de TRAGSA para actuar en la ejecución de obras urbanas debe resolverse, en sentido negativo y al criterio de interpretación estricto aplicable a la figura del medio propio, suponiendo una restricción de la libre competencia en caso contrario.

En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en su Sentencia 229/2021, de 2 de marzo en la que ha entendido acertadamente que la excepcionalidad del sistema de encargo a medio propio exige que el cumplimiento de los requisitos establecidos en la normativa para su aplicación debe ser que sean objeto de una interpretación estricta y una motivación adecuada. Por ello considera que el encargo a TRAGSA de la ejecución de un “Proyecto de ejecución para la finalización de las obras de urbanización de la fase I del Parque Tecnológico de Burgos y sus infraestructuras asociadas” en suelo urbano no encaja en el objeto social del medio propio que no incluye expresamente obras en suelo urbano, no siendo razonable encajar esta actuación en el concepto (presente en su objeto social) genérico de “mejora de los servicios y recursos públicos”, concepto que, por su amplitud, “comprendería cualquier actuación de la Administración”, en opinión del tribunal.

En definitiva, y aun teniendo en cuenta este criterio restrictivo, hay que entender que para valorar la licitud de cada encargo es necesario examinar cada caso, y ello en la medida en que el objeto social no debe describir actividades concretas o listas exhaustivas que puedan limitar el desarrollo de los fines que tiene encomendados como tal el medio propio. En definitiva, la concreción del objeto del medio debe ponerse en relación con la actividad propia del ente adjudicador. Así, la “mejora de los servicios y recursos públicos” es un objeto indeterminado en la medida en que TRAGSA es medio propio de un sinnúmero de administraciones que prestan y gestionan un número indeterminado de recursos y servicios. No ocurriría lo mismo si hablásemos de un medio propio de una única Administración que tiene perfectamente determinado su objeto. En ese caso, la “mejora de los servicios y recursos públicos” se circunscribiría a los propios del ente adjudicador, lo que indirectamente concretaría el objeto.

## 2.2 Los encargos a medio propio y la libre concurrencia

No cabe la menor duda de que los encargos a medios propios generan una cierta desconfianza, en la medida que en pueden suponer una restricción a los principios propios del acervo comunitario: igualdad de trato, no discriminación, libre competencia y libertad de empresa. Así se dice expresamente en el considerando 33 de la Directiva 2014/24/UE: *“Es preciso asegurar que la cooperación entre entidades públicas exentas no acabe falseando la competencia con respecto a los operadores económicos privados, hasta el punto de situar a un proveedor de servicios privado en una posición de ventaja respecto de sus competidores”*<sup>16</sup>.

En cierto modo, esta prevención frente a los encargos parte de un prejuicio de naturaleza liberal, en el que se da por sentado que la contratación pública y los operadores privados garantizan una gestión más eficiente de los recursos públicos. No viene al caso extendernos en esta consideración que ha sustentado el proceso privatizador y neoliberal que ha dominado la gestión pública del último cuarto del siglo XX. De forma contundente lo ha expresado la actual consejera de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, María Pilar Canedo Arrillaga. En su opinión, *“la interpretación de las normas que permiten el recurso a esta figura debe ser restrictiva, dado que nos encontramos ante una excepción a la regla general en virtud de la cual generar tensión competitiva en los procesos de contratación produce nítidas ventajas en los servicios afectados por los procesos que la respetan y en consecuencia en los ciudadanos, en la economía y en la sociedad. Tales ventajas se traducen en un incremento de la tensión competitiva que conlleva mejoras en calidad, innovación y precio, así como*

<sup>16</sup> Una afirmación similar la tenemos en la exposición de motivos de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público: *“En el Libro I, relativo a la configuración general de la contratación del sector público y elementos estructurales de los contratos, aparece en primer lugar una nueva regulación del llamado «medio propio» de la Administración, encomiendas de gestión o aplicación práctica de la técnica denominada «in house», que pasa ahora a llamarse «encargos a medios propios». [...] En la Ley, siguiendo las directrices de la nueva Directiva de contratación, han aumentado las exigencias que deben cumplir estas entidades, con lo que se evitan adjudicaciones directas que pueden menoscabar el principio de libre competencia”*. Considerando 33 de la Directiva 2014/24/UE: *“Es preciso asegurar que la cooperación entre entidades públicas exentas no acabe falseando la competencia con respecto a los operadores económicos privados, hasta el punto de situar a un proveedor de servicios privado en una posición de ventaja respecto de sus competidores”*.

*un claro incremento en la transparencia que evita o, al menos, limita las discriminaciones entre operadores*<sup>17</sup>.

Frente a esta corriente, los encargos a medios propios –y esta será la postura defendida a lo largo de este artículo– son un recurso más para los gestores públicos dentro de las modalidades posibles de gestión, o, tomando la expresión de AMOEDO SOUTO, “*como una opción normal, incluso preferente y más racional en términos de eficiencia*”<sup>18</sup>.

El debate en torno a la cooperación vertical o *in house providing* se ha avivado con la entrada en vigor de la Disposición final décima de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, que modificó el número 8 del artículo 7 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del impuesto sobre el valor añadido, declarando no sujetos al impuesto los servicios prestados en virtud de los encargos ejecutados por los entes, organismos y entidades del sector público que ostenten, de conformidad con lo establecido en el artículo 32 de la Ley de contratos del sector público, la condición de medio propio personificado del poder adjudicador que haya ordenado el encargo, en los términos establecidos en el referido artículo 32. Esta medida, si bien no presupone por sí misma que el recurso al encargo a medio propio sea más eficiente que la contratación pública, sí va a tener un claro impacto en las cuentas públicas de los entes adjudicadores.

Esta nueva regulación también ha suscitado un debate en torno a su aplicación en el ámbito local, coincidiendo además con los llamados movimientos de *remunicipalización* a través de entes instrumentales, desencadenados por la necesidad de contención y reducción del gasto público. Esta corriente de opinión también se vio propiciada por informes de diversas instituciones que ponían en cuestión la mayor eficiencia del sector privado frente al público<sup>19</sup>.

En el caso objeto de análisis, y a diferencia de los supuestos mencionados, no estamos ante la internalización de un servicio público de interés general competencia de la Universidad. Lo que se ha encargado al medio propio es una actividad auxiliar, complementaria, de las funciones de la Universidad: la limpieza de edificios. Una tarea que, si bien es indispensable para el desarrollo adecuado de la docencia, la investigación y la transferencia del conocimiento a la sociedad o los servicios denominados de extensión universitaria –como la gestión de residencias universitarias por poner un ejemplo significativo–, no es una función propia de la Universidad ni se trata de la gestión de un servicio público dirigido a la ciudadanía.

<sup>17</sup> CANEDO ARRILLAGA, M.P., “Medios propios y competencia en España”, *Economía industrial*, n. 415, 2020, pp. 67-87.

<sup>18</sup> AMOEDO SOUTO, C., “En torno al concepto jurídico de autoprovisión administrativa: dimensión europea y desajustes internos”, cit., pp. 81-129.

<sup>19</sup> Sobre la remunicipalización de servicios pueden verse, entre otros, ÁVILA CANO, E., MERINO ESTRADA, V. y ORTEGA JIMÉNEZ, P., *Manual de remunicipalización de los servicios públicos del agua*, Asociación Española de Operadores Públicos de Abastecimiento Sanitario (Aeopas), Valladolid, 2016; CASTILLO-BLANCO, F.A., “La reinternalización de servicios públicos: aspectos administrativos y laborales”, *Estudios de Relaciones Laborales*, noviembre 2017; ESTEVE PARDO, J., “El movimiento remunicipalizador. Experiencias y expectativas”, *El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 69, 2017.

Tampoco están en tela de juicio otras cuestiones controvertidas en relación con los encargos a medios propios, como el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguarda de los intereses generales del Estado y de las administraciones públicas, que el artículo 9.2 del Estatuto básico del empleado público reserva al personal funcionario, o el ejercicio de autoridad en los contratos de servicios que el artículo 17 de la LCSP prohíbe.

No obstante, a pesar del matiz expresado, la cuestión de fondo es idéntica: ¿pueden las administraciones públicas, con carácter general, prestar servicios, sean públicos o actividades complementarias, a través de entes que tengan la consideración jurídica de medio propio o se trata de una excepción que ha de considerarse con carácter restrictivo en la medida que limita la libre competencia?

Es posible que, bajo un solo paraguas, el de los encargos a medios propios, estemos analizando realidades muy diferentes. Una, la de los medios propios que desarrollan una actividad, sea auxiliar o no, para una sola entidad, con escasa o nula presencia en el mercado, cuya actividad mayoritaria depende de esa entidad y donde existe una relación clara de dependencia en cuanto a la toma de decisiones del medio propio. Otra, la de los medios propios con una alta autonomía en su actividad, una intensa actividad de mercado y un amplio margen de maniobra que, a pesar de cumplir los requisitos formales exigidos por la ley, la toma de decisiones en sus órganos no está condicionándose por la voluntad del ente o entes matrices.

Este es el caso, por ejemplo, de la Empresa de Transformación Agraria, S. A., S. M. E., M. P. (en adelante, TRAGSA) y de su filial Tecnologías y Servicios Agrarios, S. A., S. M. E., M. P. (en adelante, TRAGSATEC).

Estas dos empresas mercantiles estatales tienen la consideración de medios propios personificados y medios técnicos respecto de la Administración general del Estado, de las comunidades autónomas, de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, de los cabildos y consejos insulares, de las diputaciones forales del País Vasco, de las diputaciones provinciales y de las entidades del sector público dependientes de cualesquiera de ellas que tengan la condición de poderes adjudicadores. Asimismo, TRAGSA y su filial TRAGSATEC tienen la consideración de medios propios personificados y servicios técnicos de las entidades pertenecientes al sector público que no tengan la consideración de poder adjudicador y podrán recibir sus encargos, siempre y cuando se cumplan los requisitos que establece el artículo 33.

El requisito del control directo se cumple, en el caso de los poderes adjudicadores, por la participación en el capital social de las empresas. Así, con la adquisición de una acción, se considera cumplido, aunque es cuestionable que se pueda inferir de ese grado de participación que el poder adjudicador ejerza directa y conjuntamente una influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos y sobre las decisiones significativas del Grupo TRAGSA, en el sentido de la doctrina comunitaria *Teckal*.

En la fecha en la que se escribe este artículo, la composición del capital social del grupo es la tabla 1.

Regap



ESTUDIOS

**Tabla 1.** Composición del capital social del grupo TRAGSA

Administración accionista	Número	% Participación
Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI)	15.086	51,0024 %
Administración general del Estado	14.426	48,7711 %
Comunidades y ciudades autónomas	19	0,0646 %
Diputaciones	37	0,1258 %
Cabildos	7	0,0238 %
Consells insulares	4	0,0136 %
<b>TOTAL</b>	<b>29.579</b>	<b>100,0000 %</b>

Fuente: Elaboración propia.

En el colectivo de comunidades y ciudades autónomas, diputaciones, cabildos y consells insulares, la participación individual es de una única acción, que en porcentaje de participación supone el 0,0034 %.

En palabras de NOGUERA DE LA MUELA, la trasposición de la doctrina *Teckal* a la LCSP de 2007 había dado paso “a un concepto laxo de medio propio”, no ajustado a la senda marcada por la sentencia *Carbotermo*<sup>20</sup>, en la que se establecía que el análisis del requisito del control análogo debía tener en cuenta más elementos que la mera pertenencia al accionariado de una sociedad para determinar si realmente el ente adjudicador tenía la capacidad para influir en los objetivos estratégicos del medio propio<sup>21</sup>.

La nueva LCSP incorpora la doctrina *Carbotermo* en el artículo 32.2.a), referido a un único ente adjudicador respecto de un concreto medio propio: “Que el poder adjudicador que pueda conferirle encargos ejerza sobre el ente destinatario de los mismos un control, directo o indirecto, análogo al que ostentaría sobre sus propios servicios o unidades, de manera que el primero pueda ejercer sobre el segundo una influencia decisiva sobre sus objetivos estratégicos y decisiones significativas”, y, también en el artículo 32.4.a), cuando el medio propio tenga esta consideración con respecto a dos o más poderes adjudicadores independientes entre sí.

En este segundo caso, las condiciones para la existencia del control conjunto son las siguientes:

<sup>20</sup> STJUE de 11 de mayo de 2006, asunto C-340/04. En esta sentencia se insiste en que “Para apreciar si el poder adjudicador ejerce un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, es preciso tener en cuenta el conjunto de disposiciones legales y circunstancias pertinentes. Del referido examen ha de resultar que la sociedad adjudicataria está sometida a un control que permite que el poder adjudicador influya en sus decisiones. Debe tratarse de una influencia potencialmente determinante, tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de dicha sociedad (véase la Sentencia de 13 de octubre de 2005, *Parking Brixen*, C-458/03, Rec. 2005, p. I-8612, apartado 65)”.

<sup>21</sup> NOGUERA DE LA MUELA, B., “Los encargos *in house* en la Ley de contratos del sector público (LCSP): especial referencia a los mismos en el ámbito local a la luz de la reciente jurisprudencia comunitaria”, cit., pp. 159-190.

- 1.º. *Que en los órganos decisorios del ente destinatario del encargo estén representados todos los entes que puedan conferirle encargos, pudiendo cada representante representar a varios de estos últimos o a la totalidad de ellos.*
- 2.º. *Que estos últimos puedan ejercer directa y conjuntamente una influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos y sobre las decisiones significativas del ente destinatario del encargo.*
- 3.º. *Que el ente destinatario del encargo no persiga intereses contrarios a los intereses de los entes que puedan conferirle encargos.*

A pesar de esta regulación más exhaustiva para el control conjunto por dos o más poderes adjudicadores, VILALTA REIXACH critica la solución para el control individual, en los siguientes términos: *“Nuestra doctrina, muy oportunamente, ha venido criticando dicho planteamiento por cuanto se considera que el hecho de que un encargo singular pueda ser obligatorio para la entidad proveedora no significa, automáticamente, la existencia de un poder real de influencia sobre los objetivos estratégicos o sobre sus decisiones más importantes. En efecto, la obligatoriedad de un encargo no puede considerarse siempre como la causa de la existencia de un control análogo al que se posee sobre los propios servicios, sino que debe considerarse de forma inversa, como su consecuencia. La obligatoriedad, por lo tanto, no sería más que una plasmación práctica de la ausencia de autonomía decisoria del medio propio”*.

Como el autor recuerda, la presunción que incluye la ley sobre el control análogo, cuando establece que se entiende “en todo caso” que el control análogo se cumple si el encargo es de ejecución obligatoria para el ente destinatario, deriva de la jurisprudencia del propio TJUE, en particular de las sentencias de 8 de mayo de 2003, asunto C-349/97, y de 17 de abril de 2007, asunto C-295/05, en relación con la sociedad pública española TRAGSA. En ambos casos, a pesar de que la participación en el capital social de las comunidades autónomas es, como ya vimos, mínima, el alto tribunal admite el carácter de medio propio respecto de aquellas basándose en que TRAGSA estaba obligada a realizar los encargos que le atribuyesen las comunidades autónomas.

Pues bien, como apuntamos antes, es difícil inferir que una comunidad autónoma, con una participación individual en la sociedad TRAGSA que supone mucho menos del 1 %, pueda influir en los objetivos estratégicos o decisiones significativas del grupo, a pesar de que pueda realizarle un encargo en su condición de medio propio que, formalmente, TRAGSA está obligada a ejecutar.

Sirva como ejemplo un caso reciente, todavía en litigio. La Fundación Pública Galega Rof Codina es una fundación del sector público autonómico dependiente de la Comunidad Autónoma de Galicia cuyo objeto es el apoyo a la docencia clínica de la Facultad de Veterinaria de Lugo, la investigación y la asistencia a animales.

En 2013, de conformidad con el artículo 24 de la anterior LCSP, en su calidad de poder adjudicador dependiente de la Comunidad Autónoma de Galicia, la fundación realizó una encomienda de gestión a TRAGSATEC cuyo objeto era la redacción del

proyecto y dirección de obra del Centro de Investigación y Biomedicina Veterinaria CEBIOVET. Esta encomienda fue ampliada hasta en cuatro ocasiones, incluyendo a partir de la tercera ampliación el encargo de redacción y dirección de obra de la remodelación del Hospital Veterinario Universitario – Rof Codina.

Las obras encomendadas no fueron realizadas directamente por TRAGSATEC, sino que esta entidad subcontrató la obra a Extraco, Construccions e Proxectos, S.A. Después de la recepción de esta, surgieron numerosos defectos de construcción que fueron puestos de manifiesto por la Fundación Rof Codina, iniciando unas negociaciones con TRAGSATEC que fueron infructuosas y que derivaron en la decisión de no abonar las facturas emitidas por la sociedad hasta que los trabajos se ejecutasen con la calidad exigida.

La sociedad TRAGSATEC remitió un burofax el 7 de enero de 2020 en el que se expresaba en los siguientes términos:

*“A fecha del presente requerimiento esta deuda se encuentra pendiente de abono por lo que, al amparo de la legislación aplicable, se solicita el inmediato pago de la misma. Asimismo, se les informa que de no hacerse efectivo se iniciarán las acciones legales pertinentes, incluyendo reclamación de intereses de demora por el periodo transcurrido”.*

Es, cuando menos, sorprendente que un medio propio se dirija en estos términos a un poder adjudicador que le puede conferir encargos de obligatoria ejecución y que, además, se supone que, en este caso de manera indirecta, ejerce un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios.

El desencuentro se mantuvo, y TRAGSATEC inició un procedimiento monitorio para reclamar las facturas insatisfechas. Ciertamente ni la encomienda ni las sucesivas ampliaciones establecen cláusulas relativas a esta situación, puesto que es de ejecución obligatoria para la sociedad mercantil.

Destaca en la demanda presentada por TRAGSATEC la legitimación activa, expresada como sigue: *“IV.- LEGITIMACIÓN.- Corresponde la legitimación activa a mi representada, al ostentar un contrato de venta de mercaderías firmado con la demandada”.* Obviamente, no se trata de un contrato de venta de mercaderías, sino de un encargo de ejecución obligatoria de conformidad con las reglas establecidas en la LCSP.

Esta confusión entre la formalización de encargos a medios propios y la adjudicación de contratos ha sido puesta de manifiesto por el Tribunal de Cuentas recientemente<sup>22</sup>, constatando que en no pocas ocasiones los encargos incluyen cláusulas propias de negocios jurídicos bilaterales, como la suspensión del contrato por mutuo acuerdo, la resolución de controversias de común acuerdo por las partes, el establecimiento de penalidades por parte del que realiza el encargo o la aceptación y conformidad previa del medio propio.

No es este el único caso que llama la atención en el ámbito de los encargos a medios propios por parte de entidades públicas.

---

<sup>22</sup> Informe de fiscalización de la adaptación de los medios propios existentes en el ámbito empresarial estatal no financiero a las exigencias de la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público, y de la Ley 9/2017, de contratos del sector público, del Tribunal de Cuentas, aprobado por el Pleno el 31 de marzo de 2022, en el apartado II.1.5.- Requisitos establecidos en relación con los encargos.

Ineco (Ingeniería y Economía del Transporte S. M. E. M. P., S. A.) es una sociedad mercantil de capital 100 % estatal, dependiente del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana a través de sus accionistas (ENAIRES, ADIF, ADIF AV y Renfe). ENAIRES cuenta con un 45,85 % del capital; Renfe Operadora con un 12,78 %; Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF) con un 20,69 % y ADIF Alta Velocidad con el restante 20,68 %.

Según la información de su propia web, “Ineco lleva más de 50 años diseñando soluciones integrales, innovadoras y tecnológicas que han permitido avanzar hacia un nuevo modelo de movilidad más sostenible y más segura, soluciones que contribuyen de manera directa en la mejora de la calidad de vida de millones de personas.

Con un equipo multidisciplinar de 5.000 profesionales, la empresa está presente en todos los continentes donde despliega su experiencia y capacidad para afrontar trabajos técnicamente complejos gracias a su conocimiento especializado y a la aplicación de la tecnología más avanzada y vanguardista”.

Por su parte, el Informe del Tribunal de Cuentas de 31 de marzo de 2022 arroja la siguiente información sobre Ineco: “A partir de la entrada en vigor de la LCSP y hasta el 31 de diciembre de 2019 se han formalizado un total de 908 encargos, por un importe de 426.909.083,09 euros, de los que 455 (un 50 %) han sido recibidos por Ineco, fundamentalmente de los poderes adjudicadores Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF) y Entidad Pública Empresarial ADIF-Alta Velocidad (ADIF-AV)”.

Esta empresa, que opera en el mercado nacional e internacional, fue objeto de una denuncia (Expediente S/0007/19 Medios propios) ante la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) por parte de varias asociaciones de empresas dedicadas a la prestación de servicios de consultoría técnica en el ámbito de la ingeniería y arquitectura, por falseamiento de la competencia con afectación al interés público por actos desleales tipificados en el artículo 15 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal (LCD), como “violación de normas”; en concreto, la supuesta contravención de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (LCSP), en la ejecución por parte de Ineco de encargos de su Administración pública de referencia y por su estrategia de internacionalización.

En la denuncia, las asociaciones representadas alegaron que “[...] la competencia desleal por parte del medio propio al sector privado español se extendería al mercado internacional, donde Ineco también actúa, y a la parte del mercado libre en la que Ineco actúa en competencia con el sector privado. Los contratos obtenidos por Ineco en el extranjero tendrían una especial incidencia en el mercado nacional porque la facturación obtenida por Ineco por parte de entidades distintas a su poder adjudicador debe ser compensada en el mercado nacional mediante encargos adicionales para evitar perder la condición de medio propio, forzando el recurso al encargo para servicios en los que el recurso a esta figura no es más eficiente, y detrayendo esa parte del negocio de empresas del sector privado”.

Si bien la CNMC, en su Resolución de 26 de octubre de 2021 S/0007/19 Medios Propios, concluyó que no existían indicios racionales de que se hubieran producido incumplimientos de la LCSP que acreditasen la existencia de actos de competencia desleal por violación de norma, constitutivos de una infracción del artículo 3 de

la LDC, los votos particulares de dos de sus consejeros manifestaban que existían indicios que debían analizarse para descartar la afectación del interés general y la competencia desleal.

Por su parte, aunque el Tribunal de Cuentas no concluye que Ineco incumpla los requisitos para ser un medio propio, no deja de manifestar su preocupación por la falta de información sobre su actividad y la posición de las entidades contratantes. *“La actividad de Ineco –dice el Tribunal de Cuentas– como empresa asociada no aporta información suficiente si no se acompaña de los datos que acreditan que la influencia dominante bajo la que se encuentran estas entidades contratantes la ostentan directa o indirectamente los poderes adjudicadores respecto de los cuales Ineco tiene la condición de medio propio”*<sup>23</sup>.

Las consideraciones que se acaban de hacer creo que merecen una reflexión sobre la naturaleza de medios propios de estas sociedades. Sería recomendable, por tanto, un desarrollo legislativo que diferencie las reglas aplicables a los encargos a medios propios, estableciendo un mayor control cuando los medios propios lo sean respecto de varios entes y, también, cuando el medio propio opere en el mercado, situación sustancialmente diferente a la del medio propio dependiente de un solo ente y que su actuación en el mercado es irrelevante. Sobre este aspecto volveremos más adelante, en las conclusiones.

## 3 El encargo del servicio de limpieza a la Fundación USC

### 3.1 Normativa en la USC

Además de la normativa general ya analizada, la peculiaridad del régimen jurídico de las universidades públicas hace necesario detenerse en primer lugar en la normativa aplicable para el supuesto que nos ocupa: realizar un encargo a un medio propio.

De acuerdo con el artículo 2 de la Ley orgánica 6/2011, de 21 de diciembre, de universidades (LOU), las universidades están dotadas de personalidad jurídica y desarrollan sus funciones en régimen de autonomía y de coordinación entre todas ellas.

Su objeto social exclusivo es la educación superior mediante la realización de las funciones previstas en el apartado 2 del artículo 1, a saber: *“a) La creación, desarrollo, transmisión y crítica de la ciencia, de la técnica y de la cultura. b) La preparación para el ejercicio de actividades profesionales que exijan la aplicación de conocimientos y métodos científicos y para la creación artística. c) La difusión, la valorización y la transferencia del conocimiento al servicio de la cultura, de la calidad de la vida, y del desarrollo económico. d) La difusión del conocimiento y la cultura a través de la extensión universitaria y la formación a lo largo de toda la vida”*.

---

<sup>23</sup> Informe de fiscalización de la adaptación de los medios propios existentes en el ámbito empresarial estatal no financiero a las exigencias de la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público, y de la Ley 9/2017, de contratos del sector público, del Tribunal de Cuentas (pp. 70-71).

Las universidades actúan con autonomía para el ejercicio y desarrollo de sus funciones, lo que las habilita, según el artículo 2.k), para el ejercicio de “Cualquier otra competencia necesaria para el adecuado cumplimiento de las funciones señaladas en el apartado 2 del artículo 1”.

Además de la autonomía para decidir su organización, el artículo 84 de la LOU prevé expresamente la potestad de las universidades para la creación de fundaciones y otras personas jurídicas para la promoción y el desarrollo de sus fines<sup>24</sup>.

Por otra parte, en cuanto a la LCSP, las universidades públicas tienen la consideración de Administración pública según el artículo 3.2.a), considerándose por tanto poderes adjudicadores. Esta clasificación implica que las Universidades públicas pueden recurrir a los encargos a medios propios según lo previsto en el artículo 32 LCSP.

En línea con lo previsto en la LOU, la Ley 6/2013, de 13 de junio, del Sistema Universitario de Galicia, dispone, por una parte, en su artículo 4, que “La organización y la actividad de las universidades públicas del SUG responderá a los principios organizativos constitucional y legalmente establecidos de eficacia, eficiencia en el gasto, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación y colaboración, con sometimiento pleno a la ley y al derecho”, y, por otra, en su artículo 6, que “Las universidades, cuando para una mejor organización de sus servicios o consecución de sus fines lo consideren oportuno y atendiendo principalmente a los principios de eficacia y eficiencia en el gasto, podrán descentralizar funciones y servicios en personas jurídicas vinculadas a ellas en los términos previstos en la legislación orgánica de universidades”.

Por tanto, las universidades disponen de autonomía, declarada por la legislación estatal, y en nuestro caso también por la autonómica, para decidir la forma de organización de la prestación de sus servicios y, en su caso, la creación de personas jurídicas para desarrollar las funciones atribuidas por ley.

Por último, el artículo 148 de los Estatutos de la USC<sup>25</sup> recogen de forma expresa las posibilidades de gestión de sus servicios, en los siguientes términos:

«1. La Universidad asumirá, con carácter general, la gestión directa de sus servicios. Podrán aplicarse las formas de gestión indirecta o la prestación de los servicios a través de sociedades mercantiles u otros entes de derecho privado en la gestión de aquellos servicios de carácter complementario o instrumental.

2. En aquellos casos en que la Universidad opte por la prestación de sus servicios en régimen de gestión indirecta o en régimen de derecho privado, deberá garantizarse que estos se presten en condiciones ventajosas para los usuarios y con

<sup>24</sup> Artículo 84 de la Ley Orgánica 6/2011, de 21 de diciembre, de Universidades: “Artículo 84. Creación de fundaciones y otras personas jurídicas. Para la promoción y desarrollo de sus fines, las Universidades, por sí solas o en colaboración con otras entidades públicas o privadas, y con la aprobación del Consejo Social, podrán crear empresas, fundaciones u otras personas jurídicas de acuerdo con la legislación general aplicable. Será de aplicación lo dispuesto en la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible, así como en la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la ciencia, la tecnología y la Innovación. La dotación fundacional o la aportación al capital social y cualesquiera otras aportaciones a las entidades que prevé el párrafo anterior, que se realicen con cargo a los presupuestos de la Universidad, quedarán sometidas a la normativa vigente en esta materia. Las entidades en cuyo capital o fondo patrimonial equivalente tengan participación mayoritaria las Universidades quedan sometidas a la obligación de rendir cuentas en los mismos plazos y procedimiento que las propias Universidades”.

<sup>25</sup> Decreto 14/2014, de 30 de enero, por el que se aprueban los estatutos de la Universidad de Santiago de Compostela. *Diario Oficial de Galicia* núm. 29, de 12 de febrero.

*las máximas garantías de calidad. A estos efectos, se establecerán comisiones de seguimiento y control con participación de los usuarios y de los distintos sectores de la comunidad universitaria».*

En este supuesto, la prestación del servicio de limpieza no es una de las funciones principales de la Universidad, aunque se trata de una actividad instrumental o auxiliar esencial para garantizar el correcto desarrollo de las funciones que le son propias.

### 3.2 Los precedentes

Una vez analizado el marco normativo general, se pasa a exponer el complejo proceso seguido en la Universidad de Santiago de Compostela para la gestión a través de un medio propio de su servicio de limpieza.

En el año 2018 el servicio de limpieza de edificios se venía prestando de forma externalizada con dos contratos, uno para los edificios situados en el Campus de Santiago de Compostela y otro en el Campus de Lugo. Las adjudicatarias eran CLECE, S.A. y Limpiezas San Froilán, S.A. respectivamente, que contaban con un volumen de personal de 252 efectivos en total.

En el primero de los casos, el contrato se había adjudicado el 28 de abril de 2014 por un plazo de cuatro años, desde el 1 de mayo de 2014 hasta el 30 de abril de 2018. El 31 de mayo de 2017 la empresa comunicó a la Universidad su intención de renunciar a la prórroga del contrato “*por estar sufriendo importantes pérdidas económicas derivadas de su ejecución*”, reiterando su solicitud el 28 de septiembre de 2017, añadiendo que “*[...] esta empresa está sufriendo importantes pérdidas económicas en su ejecución, las cuales no mantiene obligación de soportar más allá de la fecha de extinción contractual*”.

La USC en su momento estimó la renuncia a la prórroga presentada por la empresa, mediante mutuo acuerdo con CLECE, S.A. firmado el 30 de abril de 2018, en la que se preveía una prórroga hasta el 31 de diciembre de 2018, con el objeto de proceder a una nueva licitación, garantizando así que no se produjese una interrupción del servicio. Por ende, la prórroga suponía un incremento del precio del contrato primitivo para el nuevo período de un 5 %. La nueva licitación, publicada el 31 de enero de 2018, establecía dos lotes diferenciados, uno para el Campus Sur y otro para el Campus Norte, y se ofertaba con una duración de 2 años y un importe total de 11.749.414,00 €. No obstante, se declaró desierta el 16 de abril de 2018 por no recibir oferta por parte de ninguna empresa.

En el caso del Campus de Lugo, la empresa Limpiezas San Froilán, S.A. finalizaba el contrato el 25 de noviembre de 2018, presentando su renuncia a la posible prórroga prevista en los pliegos, con fecha de 16 de abril de 2018. Por Resolución Rectoral de 3 de mayo de 2018 se declaró la extinción del contrato por cumplimiento, con efectos de 24 de noviembre de 2018, si bien se establecía que la empresa continuaría prestando el servicio objeto del contrato hasta la firma del contrato del nuevo expediente de contratación que la USC licitaría, y cuya fecha prevista de inicio era el 1 de enero de 2019. La elaboración del expediente de contratación aún no estaba en marcha en la fecha de mi incorporación.

Según el criterio técnico de los servicios de contratación, se procedió a negociar una prórroga en los mismos términos que la ejecutada con CLECE, S.A. No obstante, a la vista de la situación, en esta prórroga se motivaba ya la necesidad de realizar un estudio en los siguientes términos: *“Después del proceso electoral celebrado en la USC el pasado mes de mayo y del posterior nombramiento y toma de posesión del nuevo gerente de la institución el 18 de junio de 2018, por parte de éste se formuló a la empresa LIMPIEZAS SAN FROILÁN, S.L.U. la necesidad de ampliar el período de prórroga del contrato hasta el 31 de agosto de 2019, para disponer del tiempo necesario para la toma de decisiones en relación con el servicio a prestar en el futuro y clarificar sus condiciones técnicas y económicas desde todas las perspectivas posibles, sin descartar ninguna alternativa que se pueda considerar viable, ya sea para la gestión directa del servicio, o para la licitación de un nuevo contrato en las oportunas condiciones que garanticen que ésta no quede desierta por razones económicas”*.

Esa última alusión hace referencia a la problemática de este contrato que se detalla a continuación. Los costes del servicio de limpieza están formados, mayoritariamente, por el coste de la mano de obra al ser una actividad intensiva en este recurso. La obligación de subrogar al personal en este tipo de contratos se establecía por previsión convencional y las empresas anteriores habían suscrito acuerdos con el personal en los que sus condiciones se equiparaban a las del personal laboral de la propia Universidad. Por tanto, el coste de la mano de obra era mucho más elevado que en cualquier contrato del mismo sector y los eventuales beneficios de las empresas se reducían considerablemente. Es interesante poner de relieve que la negociación de los acuerdos con el personal para mejorar sus condiciones se materializó en sendos acuerdos de empresa.

En el caso de Santiago de Compostela estas condiciones se formalizaron en el *Acuerdo sobre condiciones económicas y sociales de los trabajadores del servicio de limpieza del Campus de Santiago de la Universidad de Santiago de Compostela*, suscrito ante la autoridad laboral por la empresa adjudicataria en ese momento, CLECE, S.A., y que contiene entre sus cláusulas la siguiente previsión:

*“1.- Ámbito funcional y personal.*

*Este acuerdo será de aplicación al personal de limpieza que presta o preste en un futuro sus servicios en el “Servicio de Limpieza del Campus de Santiago de la Universidad de Santiago de Compostela (USC)” y la empresa adjudicataria del mencionado Servicio, que actualmente es la empresa CLECE, S.A., afectando de igual modo a todas las empresas que en el futuro puedan resultar adjudicatarias de este Servicio”*.

*“14.- Disposición final.*

*Los firmantes de este Acuerdo remitirán copia de este al Rectorado y a la Gerencia de la Universidad de Santiago de Compostela con el objeto de que, en el caso de*

Regap



ESTUDIOS

*que salga a concurso el Servicio de Limpieza, se incorpore el contenido del acuerdo en el pliego de cláusulas administrativas para la contratación correspondiente”.*

Por lo que respecta al Campus de Lugo, existía un acuerdo de similares características denominado “Acuerdo colectivo sobre condiciones económicas y sociales del Campus de Lugo (Universidad de Santiago de Compostela)”, suscrito el 21 de febrero de 2018 entre la empresa adjudicataria –Limpiezas San Froilán S.L.U.– y el Comité de Empresa y que incluye idénticas previsiones sobre la aplicación en futuras licitaciones de las condiciones acordadas por ambas partes, en las cláusulas primera y decimoquinta.

No obstante, cabe recordar que esta información estaba a disposición en los pliegos de cláusulas administrativas y técnicas de los contratos adjudicados, y se tuvo en cuenta por parte de las empresas a la hora de realizar sus ofertas, por lo que no podrían aducir un cambio sobrevenido que afectase al equilibrio del contrato, siendo su vía de escape presentar la renuncia a las eventuales prórrogas previstas.

En el “Informe sobre la viabilidad jurídica y los requisitos de un encargo obligatorio a medio propio personificado para la prestación del servicio de limpieza de edificios en la Universidad de Santiago de Compostela” encargado por la USC al Área de Derecho Administrativo de la Universidad de A Coruña en el marco de este expediente, Amoedo Souto constata que este problema no es aislado. Así, refiere casos similares en el ámbito de la limpieza hospitalaria pública en Galicia (en concreto, el Complejo Hospitalario Universitario de A Coruña donde mediante negociación colectiva el personal de la empresa adjudicataria se equiparó al personal laboral no estatutario del Sergas del grupo E), y también ejemplos de licitaciones declaradas desiertas y de renunciadas a los contratos de limpieza adjudicados porque los costes laborales anulan los márgenes de beneficio empresarial.

De esta situación surgen las primeras experiencias de encargo de este tipo de servicio a medio propio, por situaciones de urgente necesidad y por el período necesario para proceder a su licitación<sup>26</sup>.

El propio Consello de Contas de Galicia se ha hecho eco de esta realidad. En su Informe de fiscalización de la contratación de los servicios de limpieza en el ámbito hospitalario del Sergas, correspondiente al ejercicio 2015<sup>27</sup>, no duda en afirmar que “por las cláusulas de subrogación y la paulatina equiparación retributiva acordada entre empresas y trabajadores, el coste económico de estos trabajadores es comparable al que se derivaría de la condición de personal propio, con la circunstancia de que su externalización contractual tiene el coste adicional del beneficio industrial y del IVA”.

<sup>26</sup> En concreto, el Informe menciona los casos del Hospital Universitario Marqués de Valdecilla, que realizó un encargo a TRAGSA en el año 2013, o el del Hospital Universitario de Son Llàtzer y del Hospital Joan March en Palma de Mallorca, que se formalizaron con un encargo puente derivado de una licitación previa desierta y que se realizó con subrogación del personal que estaba prestando el servicio. Este tipo de encargos se fueron sucediendo en el tiempo, como en el caso de la encomienda de gestión realizada a TRAGSA por parte de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para el servicio de limpieza de sus sedes en Madrid y Barcelona, el encargo por parte de la Generalitat Valenciana a TRAGSA de la limpieza de la Ciudad Administrativa 9 de Octubre, o la limpieza de los edificios y dependencias de la Diputación de Lugo, que resolvió en contrato con la empresa adjudicataria por impago de los salarios de los trabajadores y que encargó el servicio a TRAGSA por un período puente de 6 meses hasta su licitación pública.

<sup>27</sup> [https://www.ccontasgalicia.es/sites/consello\\_de\\_contas/files/contents/documents/2015/164\\_D\\_Contratacion\\_Servizo\\_Limpieza\\_Hospitalario\\_Sergas\\_2015\\_G.pdf](https://www.ccontasgalicia.es/sites/consello_de_contas/files/contents/documents/2015/164_D_Contratacion_Servizo_Limpieza_Hospitalario_Sergas_2015_G.pdf)

No es esta una situación desconocida en la gestión indirecta de los servicios públicos, lo que, como se ha dicho, desmonta el mito de que la contratación es la opción más eficiente en el sector público frente a la gestión directa, puesto que no siempre la tensión teórica que producen en el mercado las licitaciones públicas implica que las ofertas presentadas por las empresas sean más eficientes que la prestación con medios propios. Así lo entiende también AMOEDO SOUTO<sup>28</sup> cuando dice que *“La ‘normalización’ de la autoprovisión administrativa como alternativa gestora no es coyuntural. Al contrario. Se trata de una alternativa ‘resiliente’, directamente relacionada con las rigideces y carencias endémicas de nuestras administraciones. En particular, no puede explicarse sin tener en cuenta fenómenos tan arraigados como la escasa dotación de personal público, los costes de oportunidad en la gestión de los procedimientos administrativos abiertos de adjudicación de contratos, o las propias malas prácticas de los contratistas de las administraciones (‘adicción al modificado’, dilación en el cumplimiento de plazos de ejecución, tendencia a la captura de rentas públicas, etc.)”*.

Como se acaba de decir, la nueva licitación en los Campus de Santiago de Compostela había quedado desierta y las empresas habían manifestado que el importe estimado del contrato no cubría los costes de la prestación del servicio, fundamentalmente por los costes elevados del personal.

En un primer momento se evaluó la posibilidad de proceder a una nueva licitación, pero las circunstancias económicas de la Universidad de Santiago de Compostela, con un déficit estructural elevado y con un Plan Económico Financiero vigente, no permitían incrementar el importe de la licitación en 1,3 millones anuales más, tal y como se manifestaba, sorprendentemente, en un Informe económico externo elaborado por la consultora responsable del estudio económico de la licitación que había quedado desierta, si se pretendía hacer viable la adjudicación<sup>29</sup>.

Así, en los meses que restaban de 2018 se analizaron con los servicios correspondientes todas las posibilidades de gestión, incluida la directa.

En el marco de esta reflexión, se constataron dos hechos muy relevantes que están en el germen de la decisión de internalizar el servicio.

Por una parte, la Universidad de Santiago de Compostela cuenta con más de 500.000 metros cuadrados de superficie útil, la mayor parte con usos generales, pero con alrededor de un 30 % que requiere de un tratamiento más específico, al tener usos de investigación o en áreas de conocimiento como Medicina, Odontología o Veterinaria. El contrato licitado en 2014 establecía en los pliegos un marco prestacional rígido, que ni siquiera había sido modificado como consecuencia de la entrada en funcionamiento de nuevos edificios o la supresión de algún servicio. Así mismo, las frecuencias establecidas para la limpieza en función del tipo de uso de la superficie no admitían soluciones flexibles para reorganizar la prestación del servicio ante cualquier eventualidad.

<sup>28</sup> AMOEDO SOUTO, C.A., “¿Hacer en el sector público o comprar al sector privado? La regulación de la autoprovisión administrativa en España”, cit.

<sup>29</sup> El informe al que se hace referencia fue elaborado por la consultora Pilot CSS y entregado a la Universidad el 4 de julio de 2018.

Por otra, se constató que el cumplimiento de las condiciones del contrato por parte de la empresa no se ajustaba exactamente a la propuesta presentada por la misma. Ni las mejoras presentadas se estaban ejecutando en los términos propuestos ni la cobertura del absentismo se hacía con la intensidad prevista. Aun así, el contrato resultaba gravoso para la empresa por el elevado coste de los salarios, sin que cupiese la posibilidad de una ejecución más eficiente por la excesiva rigidez, como se ha dicho, del modelo de prestación.

En este contexto, y para explorar las distintas opciones posibles, en mayo de 2019 se encargó a la empresa Into Consulting, una empresa consultora con experiencia en el sector de la limpieza y que, en la actualidad, asiste técnicamente a administraciones públicas en los procesos de licitación de contratos públicos, con el siguiente objeto: estudio del servicio de limpieza en los centros dependientes de la Universidad de Santiago de Compostela (Campus de Santiago y Lugo) y evaluación económica de las distintas modalidades de gestión posibles.

Al mismo tiempo, al estar próximo el vencimiento de las prórrogas pactadas con las dos empresas contratistas, y siendo la limpieza un servicio esencial, se acordaron sendas resoluciones de prórroga forzosa, por razones de interés público, notificadas el 30 de julio de 2019, por el período necesario hasta la formalización del nuevo contrato que vendría a sustituir la prestación del servicio mencionado con efectos desde el 1 de septiembre de 2019 y, en todo caso, por un período máximo de 6 meses<sup>30</sup>.

En cuanto a las entidades dependientes de la Universidad existentes en ese momento, se constató que ninguna de ellas reunía los requisitos precisos para poder encargarles la gestión del servicio de limpieza. Bien porque la actividad encargada

<sup>30</sup> En estas prórrogas, la motivación incluía una visión más completa de la situación del servicio de limpieza, como se desprende de los antecedentes cuarto a séptimo. *Cuarto. En el análisis preliminar de la situación por el nuevo equipo de gobierno se constató que, además de las renunciaciones presentadas por las dos contratistas del servicio de limpieza de edificios, la licitación del contrato de limpieza correspondiente al Campus de Santiago había quedado desierta a mediados de 2018 debido a que el pliego de prescripciones técnicas y el informe que lo acompañan establecían unas condiciones que el precio de licitación no cubría. A mayor abundamiento, se constató que la superficie útil de la que dispone la Universidad excede la necesaria para conseguir las finalidades que le corresponden. Actualmente dispone de más de 500.000 metros cuadrados destinados a la docencia, la investigación y a otros usos con mucha incidencia en la actividad de limpieza como pueden ser las residencias universitarias. Así mismo, se tuvo conocimiento de que en muchos casos las instalaciones están infrutilizadas y en otros tienen un uso intenso que ha ido cambiando en los últimos años fruto de la expansión, principalmente, de la actividad investigadora.*

*Quinto. La Gerencia de la Universidad de Santiago de Compostela cerró las cuentas del año 2018 con un déficit en el año 2018 de 1,3 millones de euros en términos de contabilidad SEC. Esto obliga a la presentación de un Plan Económico-Financiero que deberá ser aprobado por la Xunta de Galicia y, por lo tanto, a una política de austeridad en el gasto. Las medidas que se pueden adoptar en este Plan deben incidir singularmente en los gastos de suministros y mantenimiento debido a que uno de los objetivos prioritarios para la institución es la renovación generacional del personal. A la vista de lo expuesto, la Gerencia acordó la elaboración de un estudio técnico que determinase el uso de las instalaciones y la frecuencia necesaria para la correcta prestación de los diferentes servicios en condiciones óptimas y que procurasen una reducción del gasto corriente, cuyo encargo se formalizó el 16 de mayo de 2019. La versión preliminar del estudio mencionado fue entregada a la Gerencia el 12 de julio de 2019, y la entrega definitiva se producirá a finales de este mes. Con base en el mencionado documento, se adoptarán las decisiones oportunas sobre las condiciones técnicas que establecerán los niveles de servicio necesarios y que permitirán la celebración de un nuevo contrato.*

*Sexto. Lo anterior supone que la decisión que se adopte no se pueda materializar hasta después de que finalice la prórroga, lo que provocará un grave perjuicio para la Universidad pues la limpieza de los edificios es una actividad esencial para su correcto funcionamiento. A mayor abundamiento, el inicio del curso académico 2019-2020 el 9 de septiembre exige la continuidad del servicio tanto para las funciones docentes e investigadoras como para otras actividades que presta la Universidad y que son esenciales para el alumnado, como puede ser el Servicio Universitario de Residencias que gestiona la oferta de 1.200 plazas.*

*Séptimo. La imposibilidad material de interrumpir la prestación del servicio hace necesario acudir a un procedimiento que sólo se puede justificar por su carácter excepcional, y en el que hay que tener en cuenta que el 14 de julio se ha producido la jubilación del jefe del Servicio de Gestión Económica. Este Servicio tiene entre sus funciones la coordinación, gestión y seguimiento de los procedimientos de contratación administrativa y privada y de gestión patrimonial, así como de prestar el asesoramiento general sobre estas materias y suministrar la información necesaria para la toma de decisiones en materia económica.*

directamente por la Universidad no alcanzaba el 80 % exigido por la LCSP, en el caso de la Sociedade Xestora de Intereses da USC, S.L.U. (conocida como UNIXEST, S.L.U.), bien porque su objeto social impedía tal encargo y además no existía una declaración formal como medio propio, en el caso de la Fundación USC-Deportiva, cuyas actividades se desenvolvían en un porcentaje superior al 80 % directamente con la Universidad.

Con el fin de disponer de un medio propio que permitiese la realización de encargos de actividades instrumentales de la Universidad, se iniciaron los trámites para la declaración como medio propio de la Fundación USC-Deportiva. El primer trámite fue la aprobación en la sesión del Patronato de 15 de julio de 2019, por unanimidad de sus patronos, de la decisión de solicitar a la Universidad de Santiago de Compostela la declaración de medio propio en los términos establecidos en el artículo 86 LRJSP y en el artículo 32 LCSP.

Además del estudio del servicio y las alternativas para su gestión, era necesario tener la suficiente seguridad jurídica para la eventual toma de decisiones.

Por este motivo, el 29 de noviembre de 2021 se encargó al Área de Derecho Administrativo de la Universidad de A Coruña el informe de viabilidad jurídica ya mencionado.

Por último, un elemento decisivo para tomar una decisión u otra fue la necesidad de presentar un Plan Económico Financiero debido al cierre de cuentas de 2018 en situación de déficit presupuestario.

Esta obligación, prevista en el Plan Galego de Financiamento Universitario 2016-2020 y en la Ley 2/2011, de 16 de junio, de disciplina presupuestaria y sostenibilidad financiera de Galicia, ya se había producido en el año 2014, realizando en ese momento una política de recortes y ajustes que tuvieron una repercusión muy acentuada en las políticas de personal y el mantenimiento de las infraestructuras.

La Cuenta Anual de la USC correspondiente al ejercicio 2018 reflejaba un déficit presupuestario de 2,4 millones de euros y de 1,3 millones después de los ajustes SEC 2010<sup>31</sup>. Varias eran las razones de este resultado, tal y como se expusieron en el Plan Económico Financiero 2019-2020, aprobado por el Consejo de Gobierno el 7 de febrero de 2020 y autorizado por la Consellería de Facenda.

En él se analizaban las causas del déficit, entre las que se mencionaba expresamente el problema con las licitaciones del servicio de limpieza de edificios en los siguientes términos:

*“a) La insuficiencia de ingresos para cubrir los gastos estructurales. [...] Además, durante el 2018, el contrato de limpieza de edificios ha quedado desierto por tener un precio insuficiente. Con las condiciones actuales, la Universidad necesitaría de 1 millón anual más para poder contratar este servicio básico y que la licitación*

<sup>31</sup> El Reglamento (UE) N.º 549/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea (en adelante SEC 2010) establece la metodología de elaboración de las cuentas económicas que se publiquen a partir del 1 de septiembre de 2014 (artículo 5.1 del Reglamento), sustituyendo a la versión anterior, SEC 1995, publicada mediante el Reglamento 2223/96 del Consejo, de 25 de junio de 1996.

*resultase viable. Las prórrogas del contrato con las empresas contribuyeron también al déficit, al incrementarse el precio del contrato en un 5 %”.*

Entre otras medidas a adoptar para corregir el déficit en los siguientes ejercicios, se incluyó una específica sobre el contrato de limpieza:

*“Reducción del gasto asociado al contrato de limpieza de edificios. La Universidad de Santiago de Compostela tiene actualmente dos contratos suscritos para la limpieza de sus edificios situados en Santiago de Compostela y Lugo. El coste anual de estos contratos supera los 8.000.000 €. Ambas contratistas manifestaron la renuncia a las posibles prórrogas y el proceso de licitación para el contrato correspondiente a Santiago de Compostela se ha declarado desierto a mediados de 2018. El anterior pliego de licitación estableció frecuencias de limpieza que no son acordes con los usos actuales de los espacios, debido al descenso del alumnado producido durante los últimos 10 años. En ese mismo período, la Universidad ha incrementado en 80.000 metros cuadrados su superficie construida dedicada a la investigación, lo que supone necesidades diferentes. Sobre esta base, se está trabajando actualmente en la redefinición de la prestación evaluando los usos actuales de los diferentes espacios y planificando los niveles de servicio que den respuesta a las necesidades de la Universidad y permitan la eficiencia en el gasto y la eficacia en la consecución de los fines institucionales. El recurso a medio propio para la prestación del servicio permite un ahorro por dos vías: por una parte, se ahorra el IVA no deducible que anualmente supera los 0,9 millones de euros y por otra parte se ahorra el beneficio empresarial que con el modelo actual (dos empresas distintas, una en cada ciudad donde la USC tiene presencia) supone anualmente unos 0,5 millones de euros. No obstante, los pasos a dar para poder realizar el encargo obligan a la Universidad a hacer una estimación prudente del ahorro que se podrá obtener en el ejercicio 2020 teniendo en cuenta que la previsión es que el encargo se realice durante el segundo semestre del año y que serán necesarias inversiones iniciales en suministros y material. Se estima, a la vista de lo anterior, que con la combinación de las medidas descritas se ahorrén 300.000 euros en el 2020, y 500.000 euros en 2021”.*

Como se describirá en la parte final, los resultados han sido mucho mejores de lo esperado.

### **3.3 La declaración como medio propio de la Fundación USC-Deportiva**

La LCSP establece en el artículo 32 que los poderes adjudicadores podrán organizarse ejecutando de manera directa prestaciones propias de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios, valiéndose de otra persona jurídica distinta a ellos, ya sea de derecho público o de derecho privado, previo encargo a esta.

Además de lo anterior, el apartado 2.c) dispone que, cuando el ente destinatario del encargo sea un ente de personificación jurídico-privada, la totalidad de su capital o patrimonio tendrá que ser de titularidad o aportación pública.

En nuestro caso, la Fundación USC-Deportiva había sido constituida en el año 2007 con el objeto de desarrollar las actividades físico-deportivas que programase la Universidad de Santiago de Compostela y el 100 % del capital aportado era de la propia Universidad.

La composición del Patronato, regulada en sus estatutos, preveía un máximo de doce miembros y un mínimo de tres. En su Patronato no había representantes ajenos a la institución en ese momento, estando formado por cinco patronos: el Rector, miembro nato que ostentaba la Presidencia, la persona titular del vicerrectorado con competencias en actividades físico-deportivas, también miembro nato y que ostentaba la Vicepresidencia, y tres vocales designados por la USC. Los Estatutos preveían, además, la posibilidad de designar otros miembros de entidades que se adhirieran a la Fundación en número que no igualase o superase la representación de la Universidad. Sin embargo, su objeto social no admitía el desarrollo de otras actividades que no fueran las deportivas.

La ausencia de desarrollo normativo del artículo 32 LCSP y la confusión creada con la declaración como básico del artículo 86 LRJSP generaban una cierta incertidumbre en cuanto al procedimiento y requisitos para la declaración de un ente como medio propio. Existían interpretaciones divergentes sobre la aplicación de los requisitos de este último artículo a la declaración de medios propios y servicios técnicos que no formasen parte del sector público estatal y, también, sobre la necesidad de justificar los requisitos establecidos en su apartado 2 únicamente en el momento de creación del medio propio, o declaración de tal condición si el ente ya existía, o en cada encargo que se realizase de conformidad con el artículo 32 LCSP.

En relación con la condición de medio propio, el vacío legal generado por la ausencia de desarrollo reglamentario se colmó, de algún modo, con la publicación por parte de la Intervención General del Estado de la *Resolución de 16 de mayo de 2019 por la que se aprobó la Instrucción para la elaboración del informe a emitir en virtud del artículo 86.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público*.

Aunque esta instrucción no se aplicaba a la USC, ya que el artículo 86.3 regulaba la propuesta de declaración de medio propio y servicio técnico en la administración general del Estado, que debía ser informada por la Intervención General del Estado, sí ha actuado en la práctica como una especie de *soft law* para el conjunto del sector público<sup>32</sup>.

Cabe mencionar que el artículo 86.3 ha sido modificado por la disposición final 34.2 de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de presupuestos generales del Estado, dejando exclusivamente la presentación de la memoria justificativa que regula la resolución de la IGAE para el supuesto de nueva creación de medios propios y servicios técnicos.

<sup>32</sup> En este sentido, AMOEDO SOUTO, C.A., "¿Hacer en el sector público o comprar al sector privado? La regulación de la auto-provisión administrativa en España", cit.

Como ya se ha comentado, para la declaración de la condición de medio propio de la Fundación USC-Deportiva se siguieron las directrices establecidas por la IGAE para la declaración y creación de medios propios en el ámbito estatal. Pues bien, los pasos seguidos en dicha declaración han sido los siguientes:

- El Patronato de la Fundación USC-Deportiva, reunido el 15 de julio de 2019, acordó por unanimidad iniciar los trámites para realizar las modificaciones necesarias en los estatutos de la Entidad para solicitar a la Universidad de Santiago de Compostela ser considerada medio propio de esta.
- El rector, como máximo responsable de la entidad solicitante, presentó la propuesta al Consejo de Gobierno, de modificación de la condición jurídica de la entidad Fundación USC-Deportiva para su declaración como medio propio personificado de la USC, de conformidad con el acuerdo adoptado por el Patronato e teniendo en cuenta lo previsto en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, y lo previsto en esta materia en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público. Como documentación de la propuesta se acompañaba:
  1. Certificado de la secretaria del Patronato, de conformidad con las atribuciones conferidas por los Estatutos vigentes, sobre el acuerdo adoptado en la reunión celebrada el 15 de julio de 2019.
  2. Borrador de modificación de los Estatutos de la Fundación con el fin de declararla medio propio personificado de la Universidad de Santiago de Compostela de conformidad con la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público, y con la Ley 9/2017, de contratos del sector público.
  3. Certificado del Protectorado con la finalidad de acreditar la composición del Patronato, máximo órgano rector de la Fundación.
  4. Certificado acreditativo del carácter 100 % público de la dotación fundacional.
  5. Informe de auditoría independiente con la finalidad de acreditar que más del 80 % del volumen de la actividad de la Fundación USC-Deportiva conforme a las cuentas anuales de los tres últimos ejercicios se realizó por cuenta de la Universidad de Santiago de Compostela.
  6. Declaración responsable del presidente del Patronato de la Fundación USC-Deportiva sobre los medios personales y materiales apropiados para la realización de los encargos de conformidad con su objeto social.
  7. Memoria justificativa de la modificación propuesta de la Gerencia de la Universidad de Santiago de Compostela, donde se realizaba un estudio sobre el cumplimiento de los requisitos, en particular de la suficiencia de

medios materiales y humanos para el desarrollo de sus fines, un análisis de riesgos que evidenciaba la sostenibilidad económica de la Fundación y la correcta ejecución hasta ese momento de los cometidos desarrollados por la entidad.

8. Informe sobre la memoria que acompaña la propuesta de declaración de la Fundación USC-Deportiva como medio propio de la Universidad de Santiago de Compostela emitida por el Servicio de Control Interno, emitido previa solicitud de la Gerencia de la USC.
9. Informe del Servicio de Asesoría Jurídica de la Universidad de Santiago de Compostela.

Se satisfacían así todos los requisitos legales, incluyendo la conformidad expresa de la entidad de la que se pretendía que la Fundación fuera medio propio.

Como ya se ha dicho, la Fundación USC-Deportiva tenía como objeto social la promoción, incentivo y desarrollo de la actividad físico-deportiva universitaria, preferentemente en la comunidad autónoma gallega. Ni el objeto social ni sus fines o actividades fundacionales podrían encajar en el encargo a un medio propio de otra actividad que no fuera la deportiva.

Por este motivo, la modificación de los Estatutos contempló las siguientes modificaciones:

- Modificación de la denominación de la Fundación USC-Deportiva, que pasó a ser Fundación USC M.P.
- Modificación del artículo 3 de los Estatutos, sobre el régimen jurídico y la condición de medio propio, regulando también el régimen de los encargos mediante resoluciones rectorales de obligado cumplimiento<sup>33</sup>.

<sup>33</sup> Artículo 3 de los Estatutos de la Fundación USC M.P.: “La Fundación tiene la consideración de medio propio personificado de la Universidad de Santiago de Compostela, debiendo asumir los encargos que esta le ordene, sin que en ningún caso estes puedan implicar la atribución de potestades públicas o el ejercicio de funciones o facultades sujetas al derecho administrativo.

Los encargos, que serán de ejecución obligatoria para la Fundación, se formalizarán mediante resolución rectoral, de conformidad con las reglas previstas en el artículo 32 de la Ley 9/2017, o norma básica que la sustituya, y se llevarán a cabo de conformidad con las instrucciones que se dicten. La Universidad podrá supervisar en cualquier momento la correcta realización del objeto del encargo. Los encargos se retribuirán mediante tarifas aprobadas por la Universidad de Santiago de Compostela de conformidad con sus Estatutos y demás normas aplicables atendiendo, en todo caso, al coste efectivo soportado por la Fundación para las actividades objeto de encargo que se subcontraten con empresarios particulares en los casos en que este coste sea inferior al resultante de aplicar las tarifas a las actividades subcontratadas. Las tarifas se calcularán de modo que representen los costes reales que se pudieran derivar del encargo.

La Fundación no podrá participar en licitaciones públicas convocadas por la Universidad de Santiago de Compostela sin perjuicio de que cuando en una determinada licitación no concurre ningún licitador se le pueda encargar a la Fundación la ejecución de la prestación objeto de esta licitación.

Así mismo, la Fundación publicará en la Plataforma de Contratos Públicos de Galicia y en el perfil del contratante su condición de medio propio de la Universidad de Santiago de Compostela indicando las actividades que, comprendidas dentro de sus fines, puede ejecutar en el caso de ser objeto de encargo.

La Fundación podrá participar en licitaciones públicas convocadas por otros entes del sector público respecto de los que no tenga la condición de medio propio personificado, así como suscribir contratos, acuerdos, convenios o cualquier otro documento de carácter contractual con otros sujetos públicos o privados”.

- Modificación del artículo 6<sup>34</sup> sobre los fines de la Fundación para incluir la previsión del artículo 84 LOU, que da cobertura legal a la utilización de fundaciones como personificaciones instrumentales de derecho privado para la satisfacción de los fines de las universidades, mediante la colaboración en la promoción y desarrollo de los fines de la Universidad.
- Modificación de las actividades fundacionales previstas en el artículo 7<sup>35</sup>, para incluir las actividades y servicios instrumentales prestados a la Universidad de Santiago de Compostela.
- Modificación del artículo 12 sobre la composición del Patronato, que mantiene el número máximo y mínimo de patronos, pero incluye tres miembros natos: la persona titular del Rectorado de la Universidad de Santiago de Compostela, que lo presidirá; la persona titular de la Gerencia de la Universidad de Santiago de Compostela, que ostentará la Vicepresidencia; una persona representante del Consejo Social de la Universidad de Santiago de Compostela.

La propuesta de modificación de los Estatutos fue acordada por el Consejo de Gobierno el 5 de diciembre de 2019 y aprobada definitivamente por el Consejo Social de la USC el 27 de diciembre del mismo año.

Por último, y tras la aprobación formal de los nuevos Estatutos por el Patronato de la Fundación, elevar a público el acuerdo y obtener la autorización por parte del Protectorado de la Fundación, se procedió a su inscripción el 12 de febrero de 2020.

Es conveniente destacar que este proceso no fue impugnado en ningún momento.

### 3.4 El encargo

Nos situamos en febrero de 2020, y las prórrogas forzosas de los contratos de limpieza en Santiago de Compostela y Lugo terminaban a finales de ese mes.

Sin embargo, el equipo de gobierno aún no disponía de todos los elementos de juicio necesarios para la adopción de una decisión, por una parte, un estudio en profundidad del servicio de limpieza a prestar, que estableciera las frecuencias necesarias en función de la intensidad de uso de las instalaciones y que permitiera una solución organizativa flexible y adaptable según las circunstancias. Por otra parte, tampoco había sido emitido el informe jurídico sobre la viabilidad del encargo a medio propio.

---

<sup>34</sup> Artículo 6 de los Estatutos de la Fundación USC M.P.: *“La Fundación tiene como finalidad de interés general colaborar en la promoción y desarrollo de los fines propios de la Universidad de Santiago de Compostela, contribuyendo a ejercer con eficacia y eficiencia las funciones que la institución tiene asignadas, así como la promoción, incentivo y desarrollo de la actividad físico-deportiva preferentemente en la Comunidad Autónoma Gallega. La finalidad de interés general de la Fundación se podrá ejercer bien por propia iniciativa, bien por medio de los encargos que la Universidad le realice. En particular, la Fundación tiene como fines propios los siguientes: 1. Prestar los servicios que sean necesarios para que la Universidad realice sus funciones básicas y que no supongan el ejercicio de la función de autoridad. 2. Colaborar con la Universidad de Santiago de Compostela en el desarrollo y gestión de aquellas actividades que contribuyan a una mejor asistencia a la comunidad universitaria. [...]”*

<sup>35</sup> Artículo 7 de los Estatutos de la Fundación USC M.P.: *“Para la consecución de los fines mencionados en el artículo anterior la Fundación podrá llevar a cabo, con carácter enunciativo y no limitativo, las siguientes actividades: 1. Gestionar, prestar, organizar y realizar actividades y servicios instrumentales de la Universidad de Santiago de Compostela. [...] 9. En general, cuantas actuaciones sean necesarias para la consecución de los fines que constituyen su objeto”*.

Así, por resoluciones de 21 de febrero de 2020, se prorrogaron forzosamente de nuevo los dos contratos de limpieza, por un período de seis meses, lo que era un margen razonable para proceder al cambio de modelo de gestión. Así, en ambas resoluciones se recoge expresamente esta circunstancia, descartando ya la licitación de un nuevo contrato.

Es inevitable la referencia a la pandemia por coronavirus SARS-Cov-2, que llevó a la declaración del estado de alarma por el Gobierno de España el 14 de marzo de 2020 y que alteró cualquier previsión que pudiera haberse realizado. Debemos destacar que esta circunstancia sirvió para realizar el primer encargo a la Fundación USC M.P., por razones de urgencia, para la gestión de la Oficina COVID de la USC, unidad creada *ad hoc* para la gestión de las incidencias –numerosas y variadas– que surgieron durante la pandemia. La capacidad de la Fundación para la prestación de servicios de carácter general quedó una vez más acreditada, con una gestión realizada de forma eficaz y eficiente, como acreditan las cuentas anuales de la Fundación aprobadas en situación de superávit, correspondientes al año 2020.

La versión final del informe técnico sobre el servicio de limpieza fue entregada en marzo de 2020. En cuanto al informe de viabilidad jurídica, tal y como explica Amoedo Souto, *“La primera versión de este informe fue entregada el 11 de marzo, tres días antes de la declaración de estado de alarma realizada por el Real decreto 463/2020, de 14 de marzo.*

*Desde entonces, la lucha de contención de la pandemia de la Covid-19 provocó intensas alteraciones en la prestación del servicio universitario y, en particular, del servicio de limpieza de los edificios de la USC.*

*Por todas estas circunstancias, la entrega del informe ha permanecido paralizada, a la espera de que la situación fuese volviendo a la normalidad”.*

Ciertamente, el informe final fue entregado el 16 diciembre de 2020, nueva prórroga forzosa mediante en los dos contratos de limpieza, notificada el 19 de agosto de 2020, que, en este caso, además de las razones de interés público, incluía razones de salud pública para no interrumpir la prestación del servicio.

La crisis sanitaria alteró por completo los protocolos de limpieza y desinfección en el intento de contribuir a su contención, obligando a la contratación de servicios que no estaban previstos en la prestación ordinaria del servicio. Los cierres totales de los primeros meses dejaron paso a situaciones de lo más variopintas en cuanto a la actividad que se podía prestar, con continuas reglas e interrupciones que cambiaban constantemente.

En una Universidad compleja, que conforma un ecosistema propio, es fácil adivinar lo arduo que fue gestionar las actividades habituales de la Universidad, desde la docencia y la investigación o los servicios administrativos hasta las residencias universitarias, cafeterías y comedores, bibliotecas y, más tarde, la recuperación de la actividad cultural y deportiva.

Por este motivo, fue necesario todavía prorrogar una vez más, forzosamente, la prestación del servicio por parte de las contratistas que lo venían desempeñando, que se notificó el 26 de febrero de 2021.

Regap



ESTUDIOS

Una vez más, cabe destacar que ninguna de las prórrogas fue impugnada, ni las anteriores a la pandemia, ni tampoco las posteriores, aunque esta circunstancia es más comprensible.

Los informes técnicos solicitados despejaron cualquier atisbo de duda sobre la pertinencia de la decisión de realizar el encargo a la Fundación.

El estudio técnico concluía que era necesaria una redefinición a todos los niveles de la prestación del servicio. Ni las frecuencias eran adecuadas para las intensidades de uso, ni se habían aplicado técnicas que mecanizasen y mejorasen la prestación del servicio, ni existían fórmulas que flexibilizasen la adaptación del personal a las circunstancias de forma ágil y eficiente. En las conclusiones del informe sobre la situación del servicio, se puede leer *“En base a la situación actual, descrita, se pretende cambiar el modelo de gestión, bien a través de una nueva adjudicación o bien a través de la Fundación USC. Para ambos casos, y para la consecución de los objetivos previstos, no se considera válida una tipología de pliego de condiciones similar al actual.”*

*El servicio “ideal” no está definido, por lo tanto, debe ser la acción conjunta de la USC y el conocimiento y experiencia de la adjudicataria (o Fundación) quienes lo definan beneficiándose ambos de esta alianza, con objetivos de la máxima eficiencia a medio plazo”.*

Es decir, además de los eventuales ahorros del beneficio empresarial y de la exención de la aplicación del IVA a los encargos, existía una certeza sobre que la prestación del servicio podía ser más eficaz y eficiente.

Se formulaban dos escenarios, uno optimista, en el que se incluía un incremento del 1,5 % del coste salarial, y uno pesimista, con un incremento del 2 %. Por otra parte, el estudio realizaba también una comparativa entre la prestación del servicio con el modelo con el que se venía prestando, o aplicando un nuevo modelo de gestión basado en frecuencias y niveles de servicio.

Las cifras resultantes, en términos estrictamente económicos, aconsejaban el cambio del modelo de gestión, pasando a prestarlo desde la Fundación.

Fuera cual fuera la opción elegida, solo el cambio en la prestación del servicio suponía ahorros, sin IVA, que oscilaban entre los 3,8 millones y los 5,9, en función de la externalización o no y del escenario realista u optimista.

La diferencia entre la gestión mediante la Fundación o la externalización oscilaba entre 1,3 millones y 1,2 millones a favor de la primera opción.

En cualquier caso, en el estudio técnico se incluyeron determinados gastos que en opinión de la USC se podían reducir, probablemente porque después de dos años y medio de mandato y una pandemia, el conocimiento sobre la Universidad y la Fundación eran muy precisos. Por poner un ejemplo, la estructura de personal de gestión que el informe estimaba necesaria estaba sobredimensionada y estaba basada en las ofertas que, normalmente, presentan las empresas de limpieza, muchas de ellas grandes multinacionales con magníficos gabinetes jurídicos dedicados al éxito en las licitaciones públicas, pero en las que la dedicación del personal propio de la empresa vinculado al contrato es ínfima. Por otra parte, los costes de suministros parecían sobreestimados, aun teniendo en cuenta la advertencia del informe sobre

la imposibilidad de la Fundación de acceder a descuentos derivados de economías de escala como las empresas del sector.

Por su parte, el informe de viabilidad jurídica de Amoedo Souto despejaba las dudas sobre el procedimiento para realizar el encargo y resolvía alguna de las incertidumbres generadas en los primeros años después de la entrada en vigor de la LCSP.

Por su importancia, merece un tratamiento singular la subrogación del personal en la Fundación, una de las cuestiones más controvertidas en los procesos de internalización de servicios en el sector público.

Basta decir que para poder prestar el servicio desde la Fundación era una premisa básica la viabilidad de esta subrogación del personal existente, sin el cual un servicio como el de la limpieza no sería posible.

El informe de viabilidad jurídica se detiene específicamente en esta cuestión, en su apartado 2.6, destacando dos hechos jurídicos que confirmaban la posibilidad y, sobre todo, la obligatoriedad de la subrogación del personal que prestaba el servicio de limpieza en la USC a través de las dos empresas contratistas.

En primer lugar, la Fundación USC es una entidad de derecho privado, por lo que no se veía afectada por las restricciones introducidas por la Ley 3/2017, de presupuestos generales del Estado para el año 2017, que solo eran aplicables a entidades de derecho público y sociedades mercantiles públicas.

En segundo lugar, a partir de la entrada en vigor de la nueva LCSP, en marzo de 2018, el artículo 130 abre la puerta a la subrogación obligatoria del personal de contrata públicas en tres supuestos: *ex lege*, por convenio colectivo o por acuerdo de negociación colectiva de eficacia general. Pues bien, los convenios colectivos aplicables en el sector de la limpieza obligan a la subrogación del personal en los términos previstos en el artículo mencionado y en el artículo 44 del Estatuto de los trabajadores.

El informe de viabilidad jurídica analiza también los precedentes de encargos que incluyeron la subrogación del personal habilitada mediante cláusula convencional, concluyendo que *“la inclusión de una cláusula subrogatoria en el contenido del encargo obligatorio ha sido aceptada pacíficamente, de conformidad con el artículo 130 de la LCSP y 44 ET”*.

El requisito, previsto en el artículo 32 LCSP, de verificación de que la entidad cuenta con los medios humanos y materiales necesarios para la prestación del servicio, hacía que esta cuestión fuera especialmente relevante.

Es interesante, en este punto, hacer referencia al proceso de remunicipalización del servicio de aguas del Municipio de Valladolid, gestionado desde hace 5 años por una empresa municipal y que ha sido objeto de hasta diez resoluciones judiciales. Ha sido uno de los encargos a medio propio más relevantes, por el volumen de trabajadores afectados, 163 en total, y, a tenor de las noticias, un ejemplo de cambio en el modelo de gestión que ha permitido mejorar radicalmente el servicio prestado.

Sobre la cuestión del personal, el fundamento jurídico cuarto de la Sentencia 150/2017, del Juzgado Contencioso/Administrativo núm. 3 de Valladolid, confirmada

posteriormente por la Sentencia de 21 de mayo de 2019, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, dispone:

*“Desde un punto de vista negativo hay que señalar que el acuerdo impugnado no adopta ninguna decisión sobre asunción de personal necesario para la gestión directa de los servicios ni tampoco para el funcionamiento de la entidad pública empresarial local creada aunque es evidente que la utilización de ese personal es consustancial a la decisión adoptada en cuanto que no es posible hacer efectiva la gestión directa del servicio si no se cuenta con personal suficiente para llevar a cabo las actuaciones que exige dicha gestión.*

*Siendo esto así y, hay que insistir en ello, aunque el acuerdo impugnado no adopta ninguna decisión sobre la asunción de personal, es necesario analizar si la normativa aplicable permite que la entidad pública empresarial creada disponga de personal propio para poder cumplir con su objeto dado que, de no ser así, la decisión sobre la gestión directa, aunque fuera sostenible y eficiente, no sería eficaz en cuanto que no podría llevarse a cabo produciéndose, de facto, una falta de prestación del servicio incompatible con el carácter básico y obligatorio del mismo en los términos que luego se dirán”.*

En el fundamento jurídico quinto, la resolución judicial dispone lo siguiente sobre la aplicabilidad a este caso de la sucesión prevista en el 44 ET:

*El artículo 44 del Estatuto de los trabajadores se refiere, en lo esencial, al mantenimiento de la relación laboral cuando se produce una sucesión de empresas. No existe ninguna duda respecto a la aplicación de este artículo en los supuestos en los que el sujeto que asume la nueva actividad es de naturaleza pública, Administración o un ente dependiente de ella, siendo esencial para que se produzca la sucesión que exista la transmisión de una “entidad económica” que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados suficientes para llevar a cabo una actividad económica.*

En la configuración del encargo a realizar había dos cuestiones más que eran muy relevantes para su resolución. Por una parte, en la fecha en que se produjese definitivamente, era preciso disponer del equipamiento necesario y, por otra parte, la aprobación de las tarifas a aplicar debía ser previa a la formalización del encargo y, de conformidad con el artículo 32 LCSP, atender al coste efectivo soportado por el medio propio, representando los costes reales.

Por resolución rectoral de 7 de mayo de 2021, se realizó un encargo a la Fundación cuyo objeto era la ejecución de las actuaciones necesarias para iniciar el proceso de cambio de modelo del servicio de limpieza de edificios y locales de la USC.

En concreto, se encomendaban las siguientes actividades:

*“Proveer de los medios necesarios para iniciar el cambio de modelo de gestión do servicio de limpieza, entre otros:*

- *letrado/a asesor/a experto/a en negociación colectiva y defensa, asistencia y asesoramiento jurídico en entes del sector público autonómico para llevar a cabo las actuaciones previas a la formalización del cambio de modelo de gestión;*
- *elaboración de documentación e informes para la planificación y la prestación del servicio de limpieza de edificios;*
- *negociación con las empresas adjudicatarias actuales para la adquisición o alquiler del material y equipamiento con los que cuenta en la actualidad;*
- *asistencia técnica para el suministro del material, asesoramiento en innovación tecnológica, optimización de procesos y realización de trabajos especiales”.*

La duración prevista era hasta el 31 de agosto de 2021 y su importe ascendía a 22.260,27 euros. Entre las actividades que se llevaron a cabo con más relevancia, está la apertura de un período de consultas con los trabajadores, que no era obligatorio, pero sí recomendable para que el proceso se desarrollase sin obstáculos. Esta actuación derivó en un acuerdo el 1 de julio de 2022 que, fundamentalmente, garantizaba por escrito que se mantendrían los contratos y condiciones laborales existentes hasta ese momento.

Este encargo se encuentra *sub iudice* por las demandas presentadas por CLECE, S.A., con solicitud de medida cautelarísima, desestimada por el Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 1 de Santiago de Compostela, y por la Asociación Profesional de Empresas de Limpieza (ASPEL).

Resumidamente, en ambas demandas se alega la insuficiencia de medios de la Fundación para llevar a cabo el encargo, la inadecuación de su objeto social para desarrollar el objeto del encargo, exceso de subcontratación y que el encargo a medio propio es una opción menos eficiente que la contratación pública.

En cuanto a la formalización del encargo del servicio de limpieza, reproducimos a continuación la conclusión séptima del informe de viabilidad jurídica que establecía los pasos a realizar:

*“SÉPTIMA. – E encargo singularizado del servicio de limpieza a la Fundación USC M.P. deberá satisfacer los siguientes requisitos:*

- a) *Previamente al inicio de la operativa de encargo entre la USC y la Fundación, esta deberá haber publicado en la plataforma de contratos públicos de Galicia y en su perfil de contratante su condición de tal respecto de la propia USC, y los sectores de actividad en los cuales, estando comprendidos en su objeto social, sería apta para ejecutar las prestaciones que vayan a ser objeto de encargo. Entre estos sectores deberán incorporarse las tareas de limpieza.*
- b) *El encargo deberá ser formalizado y autorizado por el Rector de la Universidad de Santiago de Compostela.*

*c) El documento de formalización establecerá el plazo de duración del encargo y los demás extremos necesarios para la correcta ordenación de la prestación del servicio por el medio propio.*

*d) El documento de formalización del encargo deberá recoger la compensación que se fije a favor de la Fundación por la realización del mismo, por referencia a tarifas de servicio de limpieza aprobadas por la propia USC. Estas tarifas deberán reflejar el coste efectivo soportado por el medio propio por la realización de las tareas de limpieza encargadas, excluyéndose por tanto IVA y beneficio industrial”.*

Así, el 23 de julio de 2021, el Consejo de Gobierno de la USC acordó proponer al Consejo Social la aprobación de las tarifas aplicables al servicio de limpieza de edificios y locales de la USC para los encargos realizados a la Fundación Universidad de Santiago de Compostela M.P. que, a su vez, fueron aprobadas en la sesión del Consejo Social celebrada el 29 de julio de 2021.

Para su elaboración, se tuvo en cuenta la proyección de costes realizada al efecto por Into Consulting y el informe presentado por la Gerencia de la Fundación USC M.P. con fecha 19 de julio de 2021. El análisis de costes incluye todos los gastos a realizar por la Fundación en la ejecución del encargo, determinando el coste/hora de la prestación del servicio en 21,81 €.

Finalmente, por Resolución rectoral de 6 de agosto de 2022, se formalizó el encargo de la prestación del servicio de limpieza de edificios y locales, con una duración de 3 años desde el 1 de septiembre de 2021 al 30 de agosto de 2024, pudiendo ser prorrogado por períodos anuales hasta un máximo de 2 años<sup>36</sup>.

El importe total del encargo, de conformidad con las tarifas aprobadas, asciende a 22.518.280,84 € para los tres años iniciales, con un desglose que se muestra en la tabla 2.

---

<sup>36</sup> El expediente de la resolución de encargo incluyó la siguiente documentación:

1. Resolución rectoral y anexos:

– Anexo I: Memoria justificativa del gerente de la Fundación USC M.P., conformada por el gerente de la USC, de la concurrencia de los requisitos de eficacia, eficiencia y rentabilidad del encargo de gestión para la ejecución del servicio de limpieza de edificios y locales de la Universidad de Santiago de Compostela.

– Anexo II. Documento técnico de encargo de prestación del servicio de limpieza de edificios y locales de la Universidad de Santiago de Compostela.

– Anexo III. Encargo de tratamiento de datos.

2. Informe sobre la existencia de crédito adecuado para la ejecución del servicio de limpieza de edificios y locales de la Universidad de Santiago de Compostela.

3. Informe del Servicio de Asesoría Jurídica de la Universidad de Santiago de Compostela.

Además, la Resolución rectoral contenía entre sus cláusulas la subrogación obligatoria del personal adscrito a la prestación del servicio, la advertencia de la limitación de subcontratación de prestaciones parciales al 50% del importe del encargo y demás extremos señalados en el informe de viabilidad jurídica. Por último, la resolución fue objeto de publicación en el Perfil del Contratante de la Fundación USC M.P. y en el de la Universidad de Santiago de Compostela ese mismo día. Con posterioridad, se notificó a las empresas contratistas la finalización del contrato el 31 de agosto, requiriendo la lista de personal, así como la información necesaria para proceder a la subrogación con efectos de 1 de septiembre de 2021. Del mismo modo, se notificó al personal la subrogación para proceder a la formalización de los trámites administrativos y laborales correspondientes.

**Tabla 2.** Desglose del importe total del encargo.

Anualidad	Horas	Importe/hora	Importe
2021	114.719,45	21,81 €/hora	2.502.031,20 €
2022	344.158,35	21,81 €/hora	7.506.093,61 €
2023	344.158,35	21,81 €/hora	7.506.093,61 €
2024	229.438,90	21,81 €/hora	5.004.062,41 €
TOTAL			22.518.280,84 €

Fuente: Elaboración propia.

### 3.5 Los resultados del encargo

Como se ha mencionado, el acuerdo suscrito con los trabajadores el 1 de julio de 2021 y la ordenación de los trámites a seguir supuso una subrogación del personal exenta de problemas y pacífica socialmente.

En cuanto a los suministros y medios materiales precisos para la efectiva prestación del servicio, el encargo previo realizado a la Fundación y la colaboración de CLECE, cediendo una parte de los mismos, permitió no solo garantizar la transición, sino que también posibilitó *que* los 400.000 euros de inversión previstos en el encargo para el año 2021 no fueran necesarios, consumiendo solo 132.000 euros en total.

En cuanto a los demás medios necesarios, se procedió a la contratación de una persona para la jefatura del servicio de limpieza y al alquiler del material necesario. Con todo, sobre la reducción de gasto que esta opción ya significaba para la USC, el desempeño durante el año 2021 supuso una reducción mensual del 11,6 % en el coste de la limpieza, o en números absolutos de 358.465 € en los cinco meses de encargo de 2021, sin IVA.

La modificación en las condiciones de prestación del servicio explica en gran medida esta reducción. Además de la revisión de las frecuencias de limpieza en función de la clasificación de los espacios según su uso en tres tipologías, la aplicación de fórmulas flexibles para el traslado de trabajadores entre edificios, optimizando las jornadas y contribuyendo a la reducción de la cobertura de absentismo, son elementos clave para la prestación del servicio, sin que se registrase ninguna queja ni incidencia durante el casi año y medio en que la Fundación ha asumido esta actividad.

Sin embargo, el margen de mejora aún no se ha agotado, pendiente de implantar una mayor mecanización en las tareas de limpieza que redunden, a su vez, en la reducción de horas de servicio necesarias.

En el informe de pérdidas y ganancias de la Fundación a 31 de octubre de 2022, la Fundación presenta un resultado de 780.000 euros, y es importante tener en cuenta que durante el año 2022 se acordó con los trabajadores una paga única por

Regap



ESTUDIOS

productividad por importe de 200.000 euros. Los compromisos alcanzados en la negociación colectiva vinculan la productividad del personal al resultado económico de la actividad, revirtiendo una parte en sus retribuciones.

En cuanto a las inversiones materiales y gastos derivados de la actividad, ascienden a 198.000 euros, lo que representa un ahorro con respecto al coste proyectado inicialmente que ascendía a 400.000 euros.

De confirmarse la tendencia, se procederá a la revisión de las tarifas fijadas por la Universidad de Santiago de Compostela para adecuarlas al coste real y efectivo soportado por la Fundación.

### 3.6 El litigio

Este encargo, como era esperable, ha sido objeto de un recurso especial de contratación por parte de ASPEL, presentado ante el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Galicia (TACGal) en el que, además, solicitaba la adopción de una curiosa medida cautelar: la suspensión de la ejecutividad de la Resolución rectoral de 6 de agosto de 2021 aduciendo que, si no se suspendía y finalmente se estimaba el recurso especial que se presentaría el último día del plazo posible, la Fundación ya habría dado comienzo a la ejecución del encargo y se produciría un grave perjuicio porque CLECE tendría que recuperar la prestación del servicio volviendo a tramitar las altas en la Seguridad Social del personal adscrito entonces a la Fundación.

Recordamos en este punto que la última prórroga forzosa finalizaba el 31 de agosto de 2022, por lo que es cuestionable que, de estimarse el recurso especial, la empresa CLECE pudiera seguir prestando el servicio sin haber concurrido a un proceso de licitación, cuando la finalización del contrato sin haber sido objeto de encargo supondría la asunción del servicio por parte de la Universidad de Santiago de Compostela directamente y, por tanto, la subrogación de los trabajadores.

Sea como fuere, ASPEL presentó el recurso especial el 30 de agosto de 2021, por lo que TACGal, mediante resolución núm. 179/2021 inadmitió a trámite el recurso por extemporáneo, al haber superado los quince días hábiles previstos en el artículo 50. 1. f) LCSP.

Resuelto este recurso, la Universidad de Santiago de Compostela recibió la notificación judicial de demanda en el Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 1 de Santiago de Compostela por parte de CLECE, S.A. por Decreto de 5 de noviembre de 2021.

De forma resumida, la demanda se basa en cuatro argumentos:

- El modelo de gestión directa (encargo a medio propio personificado) acordado por la USC no es la opción más eficiente, sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica.
- Es más costosa la ejecución del servicio de limpieza a través del medio propio personificado que a través de una contratación pública.

- La Memoria no contiene todos los costes necesarios para la ejecución del encargo.
- La exención del IVA no puede fundamentar la mayor eficacia y eficiencia del encargo a medio propio.
- El medio propio (Fundación USC M.P.) carecía de los medios personales y materiales para llevar a cabo el objeto del encargo.
- Falta de adecuación del objeto social de la Fundación a las actividades propias del encargo.

Sobre esas premisas, la empresa solicita que se declare nulo y no conforme a derecho el acto impugnado, por contener un encargo a medio propio personificado que vulnera los requisitos legales para su validez.

En la documentación aportada junto con la demanda, presentan un informe pericial sobre el Estudio del servicio de limpieza en los centros dependientes de la Universidad de Santiago y Lugo de Into Consulting y la evaluación económica de las distintas modalidades de gestión.

En las conclusiones afirman que el cálculo de los costes es erróneo, que no se ha tenido en cuenta la falta de estructura de la Fundación para asumir el encargo, lo que incrementa los costes de personal, ni que la Fundación no puede deducir el IVA de compras e inversiones, por lo que tendrá que asumir los incrementos adicionales que esto supone.

Afirman además que, al ser las tarifas revisables<sup>37</sup>, el riesgo de la prestación del servicio es asumido por la USC, cuestión más que evidente cuando el poder adjudicador realiza un encargo por su propia configuración jurídica: el objeto del encargo es de realización obligatoria, el precio lo fija el ente adjudicador y, de forma coherente, aprueba las tarifas a las que está sometido el encargo, que deben reflejar el coste real y efectivo del objeto del encargo, porque el medio propio no debe incurrir en pérdidas pero no admite el beneficio empresarial previsto en los contratos públicos.

Por último, afirman que *“no es más eficiente ni eficaz desde el punto de vista de la rentabilidad económica la gestión del servicio de limpieza a través de la Fundación en lugar de una contratación pública”*.

En la contestación a la demanda se presentó, por parte de la Fundación USC M.P., un informe-dictamen, firmado por los profesores Miguel Vázquez Taín y María Bastida Domínguez el 31 de mayo de 2022, con el siguiente título: *“Encargo de gestión realizado por la Universidad de Santiago de Compostela (USC) a la Fundación USC M.P. para la ejecución del servicio de limpieza de sus edificios y locales. Valoración del cumplimiento de las exigencias normativas en materia económica y organizativa”*.

<sup>37</sup> Recordemos que el acuerdo de aprobación de las tarifas contenía la siguiente previsión: *“Las tarifas entrarán en vigor en el momento de su aprobación y serán objeto de revisión con carácter anual, o de manera extraordinaria, cuando concurren circunstancias de variabilidad de precios de mercado o de cambios sustanciales que así lo aconsejen, con arreglo al mismo procedimiento seguido para su aprobación”*. Esto es así, precisamente, para garantizar su ajuste al coste real y efectivo del servicio.

En él, se valora el encargo de gestión desde el punto de vista de su eficiencia, eficacia, economía y sostenibilidad de la ejecución del servicio mediante la Fundación y, además, se analizan los argumentos y las conclusiones contenidas en la demanda y el dictamen pericial presentado por CLECE.

En el informe-dictamen se analiza, en primer lugar, el estudio de costes de Into Consulting, junto con las afirmaciones de la demanda presentadas por CLECE y el informe pericial aportado; en segundo lugar, la ejecución real en los meses correspondientes a 2021 y, por último, la ejecución real en los tres primeros meses de 2022.

Para el primer apartado, se analiza también la ejecución de los contratos suscritos en 2014 y la última licitación fallida, y del estudio de los mismos se concluye que entre 2014 y 2021 el coste del servicio se incrementó en un 13 %. Por su parte, las empresas redujeron paulatinamente el personal adscrito al servicio, sin que ese hecho se reflejase en el coste del servicio.

Es ilustrativa la conclusión del informe:

*“Por todo lo anterior, concluimos que la ejecución del servicio de limpieza de los edificios y locales de la USC mediante encargo de gestión a la Fundación USC, como medio propio, es claramente más eficiente y eficaz que la opción de contratación externa, suponiendo un importante ahorro económico para la USC, que asciende a 864.000 euros anuales, sin tener en cuenta el efecto de la no deducibilidad del IVA para esta, y a 1.844.000 euros si consideramos también el IVA no deducible, lo que garantiza la sostenibilidad de la ejecución del servicio y contribuye a la sostenibilidad financiera y a la estabilidad presupuestaria de la institución”.*

En la prueba solicitada del procedimiento contencioso el juez solicitó un nuevo dictamen pericial independiente, emitido por perito independiente el 30 de septiembre de 2022. El perito realiza un cálculo de costes de la opción de contratación externa y de encargo a la Fundación USC M.P., en el que incluye dos opciones de aplicación del IVA sobre los gastos de estructura en el segundo caso, que denomina Opción A y Opción B.

Sus conclusiones son las siguientes: *“En cualquiera de las dos opciones resultaría más sostenible, eficaz y eficiente, desde el punto de vista de la rentabilidad económica, realizar el encargo del servicio de limpieza en los centros dependientes de la USC a la Fundación USC M.P. obteniéndose un ahorro de 2.763.555,92 euros en la opción A y de 2.184.849,89 euros en la opción B con respecto a acudir a una licitación pública para la adjudicación del servicio de limpieza”.*

El 31 de mayo de 2023 está fijada la vista oral, habrá que esperar a la sentencia.

## 4 A modo de reflexión final

Del análisis realizado del encargo a la Fundación USC, así como del resultado de otros encargos puede concluirse que la percepción de que lo público, por el hecho de ser público, es más ineficiente no es cierta. La Administración pública tiene muchos fines, además del tradicional ejercicio de potestades administrativas, y en todos

necesita flexibilidad y agilidad para prestar un mejor servicio público. Por ello, debe valerse de todos los medios que tenga a su disposición, medios que, a su vez, deben estar sometidos a controles y a límites. La racionalización y la optimización de sus estructuras pasa también por mejorar la calidad de los servicios que presta, porque su destino último es la sociedad a la que sirve.

El encargo a medios propios personificados permite esa optimización de recursos, está sometido a las reglas fijadas por el legislador con base en el derecho comunitario, y no supone, a nuestro entender, una huida del derecho, porque está sometido a límites: no implica el ejercicio de autoridad y los entes que pueden ser medio propio están sujetos a controles financieros y a los principios de publicidad, transparencia, eficacia y eficiencia en sus actuaciones. A todo lo anterior se suma la estricta regulación de los requisitos para la configuración de un medio propio y los que debe cumplir el negocio jurídico del encargo, lo que garantiza su regularidad y acierto.

En cuanto al encargo a medio propio realizado por la Universidad de Santiago de Compostela a la Fundación USC M.P. para el servicio de limpieza de edificios, sirvan, para quien pueda estar interesado, las reflexiones que se han realizado como guion para formalizar un encargo, con las adaptaciones que se necesiten en función de la actividad y del medio propio que pretenda utilizarse.

Es preciso destacar lo que ha sido el elemento esencial de este proceso. Como en todas las actuaciones de la Administración, lo más importante es la motivación a la hora de tomar una decisión. Y para la toma de decisiones es fundamental disponer de información *útil* que conforme la voluntad, justificando la decisión y basándola en criterios de eficacia, eficiencia y en el principio de buena administración. Consideramos que tanto el estudio previo sobre las características y necesidades reales del servicio como el informe sobre la viabilidad jurídica del encargo a medio propio han sido un aval para el expediente.

El estudio previo puso de manifiesto datos que era difícil obviar y que apuntaban a que la fórmula de gestión indirecta había encarecido un servicio que, por muy instrumental que pueda ser, es esencial para el desarrollo de cualquier actividad.

Además, ante la rigidez y burocracia que siempre se achaca a la Administración, los pliegos que regían el contrato dificultaban una flexibilización del servicio para adaptarlo a los cambios operados en la Universidad, en especial a nuevos usos y frecuencias de limpieza en las instalaciones.

No todo es achacable a las empresas contratistas, las administraciones no siempre disponen de recursos para llevar a cabo un seguimiento de la ejecución de los contratos que compruebe fielmente si se cumplen las condiciones pactadas o que pueda solicitar los cambios necesarios para adaptar con rapidez la prestación del servicio. Por otra parte, la imposición de penalizaciones ante eventuales incumplimientos no garantiza que la prestación del objeto del contrato mejore; todos conocemos empresas adjudicatarias que, una vez celebrado el contrato, adelgazan hasta la mínima expresión los medios destinados a su ejecución, olvidando al mismo tiempo todas aquellas promesas en forma de mejoras que las hizo acreedoras de ese contrato y

Regap



ESTUDIOS

que soportan las penalizaciones porque, aun así, les compensa. Para no ser injustos, también se debe reconocer que otras muchas cumplen a la perfección su cometido.

La opción de utilizar un medio propio para la prestación del servicio abre la posibilidad de un mayor control sobre la actividad y la posibilidad de reorganizarla, ajustándola a las necesidades reales de la institución, aumentando su eficiencia sin disminuir la calidad.

Es cierto que, en este caso, el medio propio era idóneo al tratarse de una estructura creada por y para la Universidad, cuya finalidad es apoyar sus fines, y cuya actividad y estrategia es decidida por la propia institución. Justamente, es ese perfil de medio propio el que creemos que debe utilizarse para la figura del encargo, que difícilmente puede suponer una restricción de la libre competencia porque solo puede desarrollar esas actividades para la Administración de la que depende.

En cuanto a que este recurso pueda suponer escapar de los controles de derecho administrativo, no se puede compartir en modo alguno esta tesis. En su condición de fundación del sector público, toda la actividad de la Fundación USC es objeto de un intenso control. En la contratación de personal debe regirse por los principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad. En la contratación administrativa, está sometida a las reglas de preparación y adjudicación de contratos de la LCSP. En cuanto al régimen presupuestario, de contabilidad, de control económico-financiero, está también sometida a controles externos.

Por último, en cuanto a los resultados, después de casi un año y medio de prestación del servicio, solo podemos afirmar que es posible mejorar la eficacia y la eficiencia de un servicio con voluntad y decisión.

Son múltiples las voces, con independencia de su mayor o menor adhesión al uso de la fórmula del encargo a medio propio, que piden un desarrollo normativo del contenido de los artículos 32 y 33 LCSP. La doctrina y diversos organismos de control concuerdan en la necesidad de definir con precisión los requisitos para que un ente pueda ser medio propio, como el cómputo del porcentaje de actividad para cumplir la regla del 80/20, el control análogo, o las reglas por las que debe formalizarse y regirse la vida del encargo, y las que deben operar en cuanto a su publicidad y la subcontratación de la actividad encargada, siendo esta última un elemento especialmente sensible para que los encargos no se conviertan en elemento de distorsión de la contratación pública.

Compartimos esa necesidad porque contribuiría a la seguridad jurídica del negocio y evitaría judicializaciones posteriores. No obstante, consideramos también que es posible una configuración más adecuada de esta figura que evite el eventual menoscabo de la libre competencia.

Por tanto, la propuesta consiste en que, además de regular con mayor precisión las reglas del encargo –en especial las relativas a su ejecución, seguimiento, control y resolución–, los medios propios solo puedan serlo cuando el control del ente adjudicador sobre sus objetivos estratégicos y sus decisiones principales sea real. Una participación minoritaria en un consejo de administración no puede entenderse como decisiva y, aunque en la teoría los fines del medio propio no sean contrarios a

los fines del ente que realiza el encargo, este debe poder actuar con el medio propio como lo hace con sus propios servicios, bajo el principio de jerarquía, si en algún momento la ejecución del encargo no se cumple en sus debidos términos.

Igualmente, consideramos que debería haber un mayor control en aquellos medios propios que operan en el mercado. En este año y medio, la Fundación USC M.P. ha adquirido solvencia técnica y profesional suficiente para concurrir, con posibilidades de éxito, a licitaciones públicas en el sector de actividad de la limpieza. Sin embargo, no es ese su fin ni su objeto social lo contempla, porque supondría una alteración de las reglas de mercado, aunque el importe del contrato se ajustase al 20% de actividad que puede desarrollar para otros entes.

## Bibliografía

- AMOEDO SOUTO, C., “¿Hacer en el sector público o comprar al sector privado? La regulación de la autoprovisión administrativa en España”, *Revista IUS ET VERITAS*, n. 62, 2021, pp. 98-110.
- AMOEDO SOUTO, C., “En torno al concepto jurídico de autoprovisión administrativa: dimensión europea y desajustes internos”, *Revista de Administración Pública (RAP)*, n. 205, 2018, pp. 81-129.
- AMOEDO SOUTO, C. 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 (RAP)*, n. 210, 2019, pp. 393-432.
- ARGYRIS, C. y SCHÖN, D., *Strategy, Change and Defensive Routines*, Ballinger, Cambridge, MA, 1985.
- ÁVILA CANO, E., MERINO ESTRADA, V. y ORTEGA JIMÉNEZ, P., *Manual de remunicipalización de los servicios públicos del agua*, Asociación Española de Operadores Públicos de Abastecimiento Sanitario (Aeopas), Valladolid, 2016.
- BEHN, R.D., “Case-Analysis Research and Management Effectiveness: Learning How to Lead Organizations Up Sand Dunes”, Bozeman, B. (coord.), *Public Management*, 40-54, Jossey-Bass Inc. Publishers, San Francisco, 1993.
- CANEDO ARRILLAGA, M.P., “Medios propios y competencia en España”, *Economía industrial*, n. 415, 2020, pp. 67-87.
- CASTILLO-BLANCO, F.A., “La reinternalización de servicios públicos: aspectos administrativos y laborales”, *Estudios de Relaciones Laborales*, noviembre 2017.
- ESTEVE PARDO, J., “El movimiento remunicipalizador. Experiencias y expectativas”, *El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 69, 2017.
- GIMENO FELIÚ, J.M., “Las fronteras del contrato público: depuración conceptual de los negocios jurídicos excluidos desde la perspectiva funcional del Derecho europeo”, *Revista española de Derecho Administrativo*, n. 205, abril-junio 2020.
- KAUFMAN, H., *The Forest Ranger: A Study in Administrative Behavior*, H. Hopkins Press, Baltimore, 1960.

Regap



ESTUDIOS

- McGREGOR, E.B., "Toward a Theory of Public Management Success", Bozeman, B. (coord.), *Public Management*, 40-54, Jossey-Bass Inc. Publishers, San Francisco, 1993.
- NOGUERA DE LA MUELA, B., "Los encargos in house en la Ley de contratos del sector público (LCSP): especial referencia a los mismos en el ámbito local a la luz de la reciente jurisprudencia comunitaria", *Revista de Administración Pública*, n. 182, mayo-agosto 2010, pp. 159-190.
- SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho administrativo. Parte general*, 16ª ed., Editorial Tecnos, Madrid, 2020, p. 64.
- SOSA WAGNER, F. y FUERTES LÓPEZ M., "¿Pueden los contratos quedar en casa? (La polémica europea sobre la contratación in house)", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n. 3, 2007, pp. 1669-1680.
- VILALTA REIXACH, M., "De nuevo sobre los negocios jurídicos excluidos de la Ley de contratos del sector público: encargos a medios propios personificados y transferencias de competencias entre entidades públicas", *Revista Galega de Administración Pública (REGAP)*, n. 56, julio-diciembre 2018.



Revista Galega de Administración Pública, EGAP  
Núm. 65\_enero-junio 2023 | pp. 263-286  
Santiago de Compostela, 2023

<https://doi.org/10.36402/regap.v1i65.5073>

© Ignacio Álvarez Rodríguez

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

Recibido: 10/03/2023 | Aceptado: 01/06/2023

Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

65 Regap

A liberdade académica como tesouro constitucional

## La libertad académica como tesoro constitucional

Academic freedom as a constitutional treasure

Regap



ESTUDIOS

IGNACIO ÁLVAREZ RODRÍGUEZ

Profesor contratado doctor de Derecho Constitucional  
Universidad Complutense de Madrid

<https://orcid.org/0000-0001-6873-7269>

[ialvarez1@ucm.es](mailto:ialvarez1@ucm.es)

**Resumo:** Neste artigo interrogámonos polo contido e límites do dereito fundamental á liberdade académica desde unha perspectiva que pretende ser orixinal, ao dialogar con fontes bibliográficas relacionadas co noso dereito público pero non só. Así, intentaremos bosquejar que se entende por tal liberdade e cales son os seus contidos, así como os desafíos que se lle presentan na actualidade.

**Palabras clave:** Constitución, dereito constitucional, liberdade académica, autonomía universitaria.

**Resumen:** En el presente artículo nos interrogamos por el contenido y límites del derecho fundamental a la libertad académica desde una perspectiva que pretende ser original, al dialogar con fuentes bibliográficas relacionadas con nuestro derecho público pero no solo. Así, intentaremos bocetar qué se entiende por tal libertad y cuáles son los sus contenidos, así como los desafíos que se le plantean en la actualidad.

**Palabras clave:** Constitución, derecho constitucional, libertad académica, autonomía universitaria.

**Abstract:** In this article we question ourselves about the content and limits of the fundamental right to academic freedom from a perspective that pretends to be original, when dialoguing with bibliographic

sources related to our Public Law but not only. Thus, we will try to outline what is meant by such freedom and what its contents are, as well as the challenges that are currently faced.

**Key words:** Constitution, Constitutional Law, academic freedom, university autonomy.

**SUMARIO:** 1 Planteamiento. 2 La libertad académica hoy apoyada en el ayer. 3 La libertad académica como aventura intelectual. 4 La libertad académica y el futuro del profesor. 5 Tres enemigos de la libertad académica: pronombres, charlatanería populista y dominación ideológica. 5.1 Extremando el lenguaje inclusivo: los pronombres y la libertad. 5.2 La charlatanería posmoderna y populista: el caso del feminismo posveritativo. 5.3 La dominación ideológica en la Universidad. 6 Conclusión.

## 1 Planteamiento

El presente trabajo es una reflexión en voz alta sobre la libertad académica desde la perspectiva constitucional, entendiendo por tal un tesoro que nos permite impartir nuestras asignaturas y expresar nuestras ideas en las aulas. Para ello partiremos de la base que comprende la libertad académica en la actualidad, con referencia a los autores que la estudiaron ayer. Posteriormente compartimos una serie de reflexiones sobre la aventura intelectual que implica la libertad académica, rectamente entendida. A continuación, abordamos la cuestión desde la perspectiva del profesor y de los vericuetos, a veces procelosos, que debe atravesar para poder ejercer la libertad académica en todo su esplendor. Acto seguido listamos y discutimos tres de los principales enemigos que pretenden enervarse contra la libertad académica, señaladamente los que provienen de la exigencia del lenguaje inclusivo (empleo de pronombres elegidos por el receptor del discurso), de la charlatanería posmoderna y populista, así como de la dominación ideológica que desean imponer algunos discursos sobre otros.

## 2 La libertad académica hoy apoyada en el ayer

Es sabido que el núcleo de la libertad académica es la transmisión de un programa junto a las ideas pertinentes. Siendo honestos, no cabe deslindar unas y otras aunque desde la tarima se intente. Por ello se debe velar por que, en la medida en que el profesor ejerce la libertad académica de exponer tesis, ideas y valores, desde el otro lado de la trinchera también se debe velar por que el estudiante las ponga en cuestión, si ese es su deseo. No hay, en el aula universitaria, un divorcio entre los sujetos participantes; quizá un matrimonio en ocasiones no especialmente bien avenido. Pero fundamental será siempre garantizar que uno pueda proponer y entre todos disponer. Esa es una libertad académica loable y defendible. Lo demás resultaría dar misa y tal cosa es poco decorosa, por usurpar funciones que competen a los prelados.

Podríamos pensar que la libertad académica transmite la sabiduría aquilatada por el ponente. Ojalá fuera así. Pero aquí no podemos sino recordar las palabras de Petrarca, sabias en sí mismas aunque su autor probablemente hubiera planteado querrela ante tal afirmación. Petrarca era de los que pensaba que la sabiduría se

alcanzaba antes de pensamiento y palabra que de obra. Uno piensa que es sabio y dice que es sabio y esas dos cosas demostrarían, en realidad, lo poco que sabe, a juicio de Petrarca. ¿Quién es sabio? El hombre que conoce sus faltas, sus fallas, sus innumerables lagunas. Hay mucho “maestro de la sabiduría” pero poco sabio, en resumen. Ser sabio es sinónimo de dedicar el esfuerzo de toda una vida a serlo y aun así que te genere muchas dudas el calificativo.

La sabiduría es saberse imperfecto de muchas maneras y no cejar en el empeño de intentar paliar tales imperfecciones de alguna manera. Que te llamen sabio es la mejor manera de hacerte creerte que lo eres sin serlo. Quien acumula títulos que demuestran su presunta sabiduría miente, pero quiere ser respetado. Ser instruido es diferente a ser sabio. No es extraño que haya tantos, si tan fácil es producirlos. En fin, también nos lo recuerda el sabio Petrarca, “nada llega más arriba que la humildad con denuedo”<sup>1</sup>.

En estos tiempos tan rabiosamente posmodernos que nos está tocando vivir y, a veces, sufrir, conviene reforzar la idea de que el entretenimiento no deja poso (por eso es entretenimiento) mientras que el conocimiento sí. Debemos escoger en consecuencia qué queremos hacer, en ese sentido, qué deseamos hacer con la libertad académica. En cuanto a esto, es baladí que los alumnos nos llamen *profe*, hecho que no debe molestarnos. Una cosa es tomar en serio el oficio y otra ser hosco con ellos. Lo que debería molestarnos es que nos lo llame la ministra (in)competente del ramo, no los que están inmersos en pleno proceso de aprendizaje, a quienes cierta manga ancha en pos de la confianza recíproca que pretende fomentarse no les hace mal alguno.

leyendo ciertas contribuciones intelectuales uno asume que en la educación secundaria lo tienen un poco peor. Porque, dígame lo que se diga, pero en el ámbito universitario al trabajar con adultos en cualquier momento uno puede ver en entredicho su libertad de cátedra al observar cómo una mano inquieta le hace una observación aguda. Pero en la educación secundaria los programas están mucho más intervenidos y los docentes bastante más sujetos a regulaciones y reglamentos que, por lo demás, obedecen a la pulsión y modas de los pedagogos y de su lenguaje huero: *aprender a aprender*, *flipped classroom* y otras pamemas. Sensibilidad: cualidad de poder percibir estímulos mediante los sentidos. Eso es lo loable dentro de la tarea del profesor, según Royo, pues está en posición inmejorable para intentar provocar tal efecto<sup>2</sup>.

Si uno reflexiona sobre los orígenes y misión de la universidad debería asumir que, en la actualidad, poco se parecen a los que anidan dentro de los objetivos de la universidad actual. La universidad moderna surge en el siglo XIX de la mano de Humboldt, quien funda la Universidad de Berlín en 1810. El objetivo que tenía era doble. Por un lado, formar estudiantes comprometidos con los valores intelectuales, con el estudio, la reflexión, el debate y la discusión. Por otro lado, crear una cultura nacional compartida, o dicho con otras palabras, contribuir al bienestar de la nación.

<sup>1</sup> Lo que se acaba de explicitar se puede leer, con mucha mayor calidad y profundidad, en PETRARCA, F., *Remedios para la vida*, Acanalado, Barcelona, 2023, pp. 42 y ss.

<sup>2</sup> Vid. ROYO, A., *Breviario antipedagoga*, Plataforma editorial, Barcelona, 2022, *passim*.

Esas serían dos razones vigentes para defender la universidad hoy día y, especialmente, la libertad académica, siguiendo a la profesora Andrews<sup>3</sup>.

No obstante, esta autora señala que la relación entre los dos objetivos no está exenta de tensiones. En primer término, dado que formar estudiantes en el quehacer académico requiere potenciar capacidades críticas, analíticas y habilidades para escribir. La academia es una comunidad disciplinaria que opera bajo reglas, métodos y estándares comunes que juzgan la calidad, pertinencia y aportaciones de un argumento, proyecto o texto con referencia a este marco disciplinario. Su fin último es preguntarse por “la cosa”, indagar sobre “la cosa” y publicar los resultados de tales tareas en aras de que el conocimiento avance. En segundo término, la universidad en cuanto universidad pública se financia por el Estado, el cual espera que la investigación y la docencia universitarias contribuyan al bien común. Los productos académicos, desde esta perspectiva, deben aportar algo tangible a la ciudadanía, a las instituciones del Estado y a la política pública. En consecuencia, el Estado incidirá en la docencia e investigación académicas con el fin de asegurarse de que el dinero invertido produzca los resultados que juzgue necesarios. Las universidades tornan, quizá inevitablemente, espacios políticos donde se pondrá en tela de juicio tanto la naturaleza de las contribuciones que los universitarios ofrecen a su sociedad como la misma definición de lo que se entienda como bien colectivo.

El historial de abusos a este respecto en diversas partes del globo en múltiples momentos históricos provocó que surgiera el concepto de autonomía universitaria, para lograr cierto equilibrio entre el Estado y la universidad, modelo que se popularizó en diversas universidades públicas latinoamericanas y europeas (sin ir más lejos, nuestro artículo 27.10 CE). Esta autonomía se concretaba en tres facetas: un gobierno universitario independiente del poder político, la participación de profesores y alumnos en dicho gobierno y el respeto a la libertad académica en el seno de la institución universitaria<sup>4</sup>.

Lo que se acaba de decir contrasta con la realidad académica norteamericana. Allí la comunidad de profesores se defiende de posibles injerencias externas apelando a la libertad académica, que integra, lógicamente, la libertad de cátedra (dar clases conforme a un programa establecido por el profesor) y la libertad de investigación (producir conocimiento científico nuevo atendiendo a las reglas de producción de conocimiento científico de la disciplina académica de turno). En 1915, la Asociación de Profesores Universitarios publicó una *Declaración de Principios* donde se abogaba por defender al máximo nivel estas libertades si se quería que la universidad cumpliera sus objetivos. Solo así la sociedad confiaría en su Academia. Y solo así los sucesivos Gobiernos respetarían a sus universidades.

<sup>3</sup> Vid. ANDREWS, C., “¿Por qué hay que defender la libertad académica?”, *Letras Libres*, 1 de junio de 2022.

<sup>4</sup> En este punto el grueso de la doctrina constitucionalista y administrativista coinciden de pleno. A título de ejemplo, pueden verse los trabajos de TORRES MUÑOZ, I., *La autonomía universitaria. Aspectos constitucionales*, CEPC, Madrid, 2005; DE CARRERAS, F., “El modelo de universidad española: una crítica”, *Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, Madrid, 18 de mayo de 2021; CARLÓN RUIZ, M., “Público y privado en el régimen universitario: una (re)lectura en clave constitucional”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 209, 2020, pp. 1-39; y ARENILLA SÁEZ, M., “La necesaria reforma de la Universidad española”, *Revista de Derecho Político*, n. 110, 2021, pp. 13-46.

¿Qué motivo puede haber detrás de reclamar por parte de los académicos libertad académica? Si las universidades se convierten en negociados gubernamentales, acaban por comportarse como tal, de forma partidista y sectaria, dando pábulo a la adhesión ideológica, las lealtades políticas y a la más dogmática conformidad. Lo que conduce, sin solución de continuidad, a la mediocridad de la institución universitaria y a la forzada obsolescencia y aminoramiento de su comunidad académica. Ello produce como consecuencia inevitable la ruptura *de facto* para con la legitimidad del profesor a la hora de dar sus clases y de escribir sus investigaciones. Si nos convierten en comisarios políticos, nos comportaremos como comisarios políticos y perderemos el único respeto que de veras debe importarnos: el de nuestros estudiantes. Una universidad política será una institución sesgada ideológicamente que no podrá ayudar al bien común porque será presa del bien que políticamente se decida por la mayoría política coyuntural que suele decidir estas cosas.

Las comunidades académicas son comunidades disciplinarias en el sentido de que operan de acuerdo con normas y metodologías aceptadas por sus integrantes. Es cierto que, a pesar de que todas las disciplinas han desarrollado sus propias prácticas, el denominador común de todas ellas suele ser el mantra del pensamiento crítico como motor de la investigación. Pensar críticamente significa cuestionar todo, sobre todo los argumentos de autoridad: sean religiosos o morales en boca del líder espiritual, sean políticos de un presidente del Gobierno o del portavoz de una mayoría parlamentaria, sea el consenso aceptado de expertos académicos en un tema. Dicho en otros términos, la demostración de evidencia que sugiera que el argumento propuesto ofrece una interpretación convincente goza de un plus de credibilidad que deberán enervar quienes opongan tesis en contrario.

Excluir deliberadamente pruebas que vayan contra nuestras tesis, ignorar las preguntas fundamentadas o apelar al mero argumento de autoridad son malas prácticas que limitan profundamente el conocimiento de cualquier materia y por ende perjudican el trabajo académico en toda su extensión. Se suele decir que no puede haber libertad si no se puede cuestionar todo y quizá sea cierto. Aunque no podemos dejar de anotar que el tópico presenta alguna inconsistencia pues los seres humanos no cuestionamos aquello que en realidad estructura cotidianamente nuestras vidas. No tendría sentido. Por eso el lenguaje de “cuestionarlo todo” encierra en no pocas ocasiones un burdo intento de colocar la idea política correspondiente disfrazada (muy mal disfrazada, de hecho) como argumento sólido o, peor aún, de evidencia científica incuestionable.

El auténtico reto siempre ha sido cómo establecer las condiciones para que la libertad académica y el pensamiento crítico se produzcan y, hecho eso, consigan romper los muros universitarios y llegar a quienes son sus auténticos protagonistas (y financiadores directos): las personas, los individuos. De personas a personas, pasando por personas. De profesores a ciudadanos, pasando por los alumnos.

Dicho en los términos del profesor Rivero Ortega:

*“La Universidad es fuente de disidencia y progreso, así que no debería anteponer la búsqueda del cambio social (la Justicia) a la verdad de los hechos. Debemos ser*

Regap



ESTUDIOS

*partidarios de la verdad, por encima de nuestros propios ideales, porque a menudo las posiciones minoritarias y políticamente incorrectas han propiciado avances relevantes, que no son posibles si se impone un pensamiento único, una verdad oficial o líneas rojas sobre las ideas que no se pueden defender, con el único límite del respeto de la persona y los derechos humanos (...) Todas las aportaciones a la búsqueda de la verdad requieren el mantenimiento de elementos clásicos de nuestro concepto universitario: la autonomía, la libertad de cátedra y una pedagogía crítica, no aquiescente sin más ante el saber establecido”<sup>5</sup>.*

Qué lejos quedan estas palabras de uno de los diagnósticos más célebres de los años ochenta del pasado siglo: el que realizó Pierre Bourdieu de ese sujeto que llamó “*Homo academicus*”. Para el sociólogo francés, el profesor de universidad no podía evitar situarse, o ser situado, dentro del espacio de las posiciones posibles. De ahí que dictamine, truenos mediante, que “se acabaron la ingenuidad y la inocencia políticas”. Se nos pide que elijamos bando constantemente, para declararnos o traicionarnos, dentro del marco político. Lo que se suele denominar “politización” significa que un principio se impone sobre todos los demás, acercando a personas muy alejadas y alejando a personas muy cercanas. Como tenemos cierta tendencia de operar mediante clasificaciones, tal extremo lleva a cada profesor a pensarse como persona colectiva y a hablar con autoridad grupal, mientras que instaura a la par en el grupo opuesto, y en quienes individualmente lo integran, la responsabilidad por cualesquiera hechos negativos.

La situación que se genera es peculiar. En tanto que hombres públicos, nos vemos abocados a la opinión pública y publicada, pregonada. Así se nos conmina a alinear nuestras opiniones y prácticas en el marco de dicha opinión sin reparar lo suficiente en el hecho de que ahogamos en el secreto nuestras opiniones y convicciones más íntimas, por lo demás plenamente capaces de contradecir las tomas de posición oficiales que acabamos de realizar (con un lenguaje fuertemente censurado y repleto de eufemismos)<sup>6</sup>.

La libertad académica debería vehicular el fomento de la lectura entre nuestros alumnos. Si pretendemos convencerlos de sus bondades nos corresponde estimular que conozcan sus ventajas. Para ello podríamos empezar por preguntarnos qué buscábamos nosotros a su edad en los libros. Las edades de los alumnos universitarios pueden comprender rangos variados. Los de grado estarán entre los 18 y los 22. Los de máster suelen matricularse a partir de los 24 y de ahí en adelante. Los de posgrado y doctorado también integran este último intervalo. Buscábamos que las voces resonaran una vez cerrado el libro. Un suplemento de vida. Personajes con carácter. Conocer los mecanismos de funcionamiento del mundo. Saber qué sentíamos. Poner en palabras emociones que hasta ese momento solo conseguíamos detectar de manera indefinida, primaria. Buscábamos que el texto se fundiera con el contexto de

<sup>5</sup> Vid. RIVERO ORTEGA, R., *El futuro de la Universidad*, Ediciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 2021, pp. 111 y ss.

<sup>6</sup> Vid. BOURDIEU, P., *Homo academicus*, Siglo XXI editores, Madrid, 2008 (original de 1984), pp. 240 y ss.

nuestras propias vidas. Parfraseando a Gregorio Luri: todos tenemos algún texto que nos está esperando<sup>7</sup>.

Tenemos claro que la libertad académica consiste en poder dar clases libremente y poder investigar igual de libremente. Para eso tenemos a mano diversas herramientas. Unas que podemos llamar endógenas y que tienen que ver con las destrezas que desarrollamos al ir explicando nuestras asignaturas con el paso del tiempo. La experiencia, dicho en otros términos, que aquilatamos conforme vamos observando el devenir del tiempo y la cosecha que nos produce la siembra imperecedera derivada del *ensayo-error*. Otras que podemos denominar exógenas y son recursos que otros colegas nos ofrecen a la hora de encarar nuestros quehaceres: desde la existencia de un maestro cercano y paciente hasta multitud de libros escritos con vocación de ayuda<sup>8</sup>.

Otra cuestión nada baladí es la burocracia extenuante que preside los quehaceres universitarios de esta época que nos ha tocado en suerte, conducentes al aminoramiento de la libertad académica dados los niveles de paroxismo alcanzado. Tal y como nos recuerda el profesor Ollero, todo son aplicaciones, formularios, pliegos, plazos, más aplicaciones, programas, rellenar solicitudes y un sinfín de exigencias adicionales<sup>9</sup>. Lógicamente, si el profesor cada vez tiene menos tiempo para poder estudiar, reflexionar y escribir, tanto menos podrá dar clases adecuadas o publicar trabajos relevantes. Los grandes pensadores solían reservarse la posibilidad de manejar su tiempo sin trabas burocráticas. El “trabajar en equipo” de buena parte de científicos de bata blanca (y sin bata) obedece a esa filosofía académica: lo importante merece tiempo, esfuerzo y dedicación.

Somos testigos del cumplimiento de la profecía de John Dunn, pero al revés. Los seres humanos que respondemos al nombre de académicos somos islas en nosotros mismos donde ser una navaja suiza en estado de frenesí perpetuo cuenta más que cualquier otra cosa. Esto conecta estrechamente con lo que David Graeber ha llamado trabajos de mierda o “mierdificación” de los trabajos reales<sup>10</sup>. Creo que el oficio de profesor de universidad es de los segundos: un trabajo loable y noble que está siendo invadido por cuerpos extraños que no solo no lo apuntalan ni mejoran, sino que lo degradan sistemáticamente. Siguiendo al propio Graeber y el estudio del que se hace eco sobre las universidades privadas norteamericanas, en el periodo comprendido entre 1985 y 2005 el número de profesores por alumno se mantuvo constante (incluso disminuyó un tanto) pero el número de gestores y de personal administrativo se disparó hasta niveles jamás observados. ¿Se debió al aumento exponencial de las tareas docentes e investigadoras? Por supuesto que no. Los avances que se han producido en el ámbito universitario (utilizar Moodle, hacer un blog, emplear Power-Point)

<sup>7</sup> LURI, G., *Sobre el arte de leer*, Plataforma Editorial, Barcelona, 2019, pp. 57 y ss.

<sup>8</sup> En este sentido, la oferta tiende a infinito. Uno de los últimos ejemplos que merece la pena reseñar es el de BERNARDO, J., *El libro del educador. Cómo enseñar a aprender y a pensar*, Rialp, Madrid, 2017.

<sup>9</sup> Vid. OLLERO TASSARA, A., “¿Qué puede aportar sobre la formación del jurista un viejo profesor?”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n. 23, 2022, pp. 370-373.

<sup>10</sup> Vid. GRAEBER, D., *Trabajos de mierda. Una teoría*, Ariel, Barcelona, 2018, pp. 192 y ss.

son peccata minuta. Los profesores hacen en general lo que han venido haciendo siempre: impartir docencia, atender tutorías y corregir trabajos y exámenes.

La idiosincrasia público-privado se deja sentir con especial intensidad, a juicio de Graeber. Según el antropólogo, las universidades públicas responden ante la ciudadanía y por ello la presión “política” es constante para reducir costes y no realizar gastos superfluos o directamente ineficientes. Por el contrario, la universidad privada no responde ante los ciudadanos sino ante su consejo de administración, es decir, ante personas muy acostumbradas a moverse en entornos donde ese tipo de comportamientos son absolutamente normales e inobjetables.

Esto se interpreta como una usurpación de poder. Las universidades provenientes de la Edad Media permanecieron inmutables en lo esencial hasta bien entrados los años sesenta y setenta del siglo pasado. Se gestionaban bajo el principio de que los implicados en ella eran los únicos que podían organizar sus propios asuntos, por ser los que gozaban, preeminentemente, de la cualificación necesaria. Eran gremios gestionados por y para los académicos, primando la producción de erudición y formando nuevas generaciones de eruditos. El pacto de caballeros continuó durante el siglo XIX, donde se aceptó formar a los futuros burócratas a cambio de que estos burócratas dejaran en paz a las Universidades en todo lo demás. Así sucedió hasta la década de los ochenta del siglo XX, donde a juicio de Graeber se produjo un golpe de Estado por parte de los gestores, quienes arrebataron su gobierno a los profesores y reorientaron la universidad hacia objetivos totalmente distintos. El “gerencialismo” como nueva forma de feudalismo. Quienes padecemos los peores dislates del sistema universitario creado en torno al Plan Bolonia, allá por los años 2007-2008, bien sabemos de lo que nos hablan.

Hoy en día, los equipos decanales crecen sin medida. Los equipos de los equipos decanales, también. Las titulaciones han aumentado y, en consecuencia, los que las dirigen o coordinan se han expandido a un ritmo endiablado<sup>11</sup>. Una titulación de posgrado que gestiona casi doscientos alumnos al año tiene a su cargo a una vicedecana, a un director, a una coordinadora, a un coordinador adjunto, a un administrativo a tiempo completo con dos becarios en nómina y a un coordinador/a por cada una de las asignaturas que la integran (más de diez). Según opinión extendida, esto solo sirve para hacer más difícil que podamos enseñar, investigar y llevar a cabo las funciones más básicas de nuestros trabajos. Los editores de imprentas académicas no leen lo que publican porque se pasan la vida promocionando sus productos ante otros editores y así sucesivamente. Los rituales “marca-casillas” también se enseñorean desde hace en el mundo académico, no solo en lo que se refiere a la completa falta de sentido de los mismos sino a que obligan a dedicar cada vez más tiempo a que el profesor promocióne, evalúe, controle y defienda lo que hace antes que al hecho de

---

<sup>11</sup> Ya Nietzsche dijo allá por 1872 que “hoy en día, casi por doquier, existe un número tan exagerado de escuelas superiores, que continuamente se necesita un número de profesores infinitamente mayor del que la naturaleza de un pueblo, aunque esté notablemente dotado, está en condiciones de producir”. Ante tal descenso del nivel educativo, “la inmensa mayoría de los profesores se siente en su ambiente en esas escuelas, ya que sus dotes están en cierta relación armónica con el bajo nivel y la insuficiencia de esos escolares”. Nótese que lo decía respecto de los profesores, por aquel entonces no existían los “gestores”. Vid. NIETZSCHE, F., *Sobre el porvenir de nuestras escuelas*, Tusquets, Barcelona, 2009, pp. 92 y ss.

hacerlo. Graeber cree, en fin, que lo único que hemos conseguido es traer las peores prácticas y desmanes del mundo empresarial-financiero y hacer que rijan en ámbitos tradicionalmente refractarios a tales prácticas, dentro de los cuales se incluye el académico.

El extraordinario despilfarro de energía y recursos que se produce cuando, por poner algunos ejemplos, se constata que el 90 % de las solicitudes para un proyecto de investigación o para una estancia de investigación ni siquiera se tendrán en cuenta por quienes conceden el 10 % de esas ayudas. Un estudio reciente afirma que las universidades europeas gastan 1.400 millones de euros al año en solicitudes fallidas de subvención. Pareciera que estamos más ante un sistema de extracción de rentas antes que cultivando el auténtico estudio reflexivo. Teniendo en cuenta que la mayor parte de lo que hacemos en el mundillo académico carece de valor apreciable (significado, utilidad, beneficios) para la humanidad, según Graeber...<sup>12</sup>.

Otro fenómeno apreciable en la comunidad académica es el de la envidia moral. Esta vendría a ser el resentimiento hacia otra persona por comportarse de forma que consideramos más elevada (moralmente hablando). Dicho en otros términos, quien demuestra que defiende los valores morales compartidos de manera ejemplar se ve como una amenaza. Los profesores nos convertimos en profesores para tener un impacto positivo en los demás. Pero en no pocas ocasiones existe una visión en torno a ellos que los pinta como hipócritas. Que llaman la atención de forma ostentosa por su sacrificio y abnegación, como si solo esperasen a los veinte años la llamada del alumno de turno dándoles las gracias por *todo* lo que hizo por él. Es verdad que en determinados lugares del globo pertenecer a la élite universitaria se juzga negativo en la medida en que los miembros de tu grupo no pueden acceder a ella.

### 3 La libertad académica como aventura intelectual

Albert Einstein nos legó una definición de libertad académica muy acertada: el derecho a buscar la verdad y a publicar y a enseñar lo que uno considera la verdad. Este derecho implica un deber, no obstante, a juicio del sabio: no ocultar nada de lo que uno ha reconocido como cierto. La principal amenaza que observaba en su tiempo a la libertad de cátedra residía en el hecho de que, justificado en la seguridad del país en el contexto bélico imperante, se obstruía la libertad de enseñanza y de intercambiar opiniones con otros colegas y la libertad de prensa y otros medios. Si consigues hacer que las personas teman de veras el hecho de expresar su opinión, incluso en su vida privada, incluso a efectos económicos, entonces la democracia no sobrevivirá a largo plazo<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> Vid. GRAEBER, D., *Trabajos de mierda. Una teoría*, cit., p. 273, quien pone tales palabras en boca de un traductor académico profesional y autónomo con amplia experiencia y dilatada trayectoria.

<sup>13</sup> Esta reflexión encabeza uno de los capítulos de la obra de ZAERA-POLO, A., *La universidad de la posverdad. El mundo académico en la era de la cancelación, el pensamiento woke y las políticas identitarias*, Deusto, Barcelona, 2022, pp. 37 y ss. El autor pone de relieve, mediante el despido que sufrió de la Universidad de Princeton, que existe una tensión adicional de calado entre la libertad académica del profesor y del alumno y la libertad académica de la universidad como institución frente a los poderes políticos de turno. El delicado equilibrio se rompe si la institución impone al profesor la defensa de sus valores, por encima de cualquier otra consideración, especialmente de su libertad académica.

Esto nos lleva a la pregunta acerca del origen de la libertad académica. Si no queremos remontarnos muy atrás en el tiempo, la misma daba sus primeros pasos cuando la Universidad de Leiden comenzó a proteger a sus académicos de las presiones eclesiásticas y estatales, allá por el siglo XVI. Posteriormente, la concepción *humboldtiana* de este derecho se contempló en la Constitución de Prusia del año 1850, donde se reconoce la libertad de enseñar y de aprender a docentes y discentes, respectivamente<sup>14</sup>.

Siguiendo a Ana Marta González, la universidad debe aspirar a formar personas cultas, que cultiven el deseo de conocer y que, de esa manera, hagan avanzar el conocimiento. Pero el cultivo científico, que sería lo anterior, no es suficiente. Se subordina a algo más alto que llamamos sabiduría. Este término se encuentra en desuso, de hecho se suele preferir hablar de “expertos”. La autora nos recuerda que ya Aristóteles creía que los expertos conformaban los escalones más bajos del conocimiento porque conocían los hechos, pero desconocían por completo las causas que los generaban<sup>15</sup>.

Tampoco cabe eludir que la sabiduría es mucho más que los resultados investigadores a los que vamos llegando fruto del cultivo científico que a cada uno le haya tocado en suerte. Otra cosa sería empequeñecer nuestra vida intelectual, pues corrompe el alma y desencanta a partes iguales. La cultura de la producción científica a la que nos vemos encadenados en la actualidad nos conduce a querer resultados, solo resultados y nada más que resultados. Y los queremos ya. Pero, como la filósofa reitera: “las plantas no crecen más rápido por medirlas todos los días”.

La profesora González reivindica la figura del maestro en toda su extensión. Es esa persona sabia que capta reflexivamente el sentido de su propia actividad, no tanto el especialista minucioso que no sabe ni por dónde le pega el aire (con perdón). Esa persona modesta que desvela, para sí y con tiempo y paciencia para los demás, el componente ético intrínseco al ejercicio del conocimiento. La conmoción intelectual subsiguiente es la savia del diálogo propiamente universitario entre colegas, entre profesores y alumnos. Es la sabiduría así entendida la que podría dejar una huella imborrable en quien pasa por la universidad y ofrecerle elementos de discernimiento adicionales que de otra manera difícilmente habría conocido. Lo que hace fuerte a la universidad es apostar con decisión por cultivar la razón y abrirse sin miedo a la verdad. Nunca podrá repetirse lo suficiente: la presencia de mujeres y hombres sabios transforma desde dentro la sociedad.

No nos equivocamos si decimos que la vida intelectual es para quien la quiera. La universidad no siempre es el mejor ecosistema para nutrirla (aunque debería). La vida intelectual la desarrollan tanto individuos particulares como académicos. Cualquier persona es susceptible de ser picada por el bichito de la curiosidad. De explicarse la vida y su vida conforme a lo que va aprendiendo. Filtrando el saber. Satisfaciendo el innato deseo de saber. Peter Burke nos ha explicado que no sólo hay

---

<sup>14</sup> Vid. ZAERA-POLO, A., *La universidad de la posverdad. El mundo académico en la era de la cancelación, el pensamiento woke y las políticas identitarias*, cit., p. 40.

<sup>15</sup> Vid. GONZÁLEZ, A.M., *El deseo de saber. Formación intelectual y cultura emocional*, Rialp, Madrid, 2022, *pássim*.

erizos intelectuales sino zorros intelectuales, a los que denomina con la bella palabra “polímatas”: quienes se sienten atraídos por diversos conocimientos completamente diferentes entre sí. Una tesis que, salvando las distancias, es también defendida, a su peculiar pero nutritiva manera, por Philip Tetlock cuando estudia hasta qué punto podemos fiarnos de los expertos y de lo que denomina su juicio político<sup>16</sup>.

Quizá sea este modelo el que acabará por imponerse en estos tiempos de aceleración y vértigo. A lo peor es el único que el modelo actual de universidad nos permite. Profundizar en algo se está convirtiendo en algo parecido a buscar (¡y encontrar!) el mirlo blanco.

## 4 La libertad académica y el futuro del profesor

Según los Susskind, el trabajo de profesor es uno de los que se verá más afectado por la tecnología, si es que no se ha visto ya seriamente cuarteado<sup>17</sup>. La tesis de partida es que la profesión de profesor no ha cambiado apenas con el paso de los siglos. Un grupo reducido de alumnos se reúne en un espacio físico en torno a un profesor que, en base a un programa rígido, imparte clases con parecida intensidad todos los días. Lo que se ofrece debe servir a todos y, si no es así, cada uno deberá aprender lo que le falta por su cuenta o, directamente, no hacerlo. Quienes ya saben lo que se va a explicar (¿?) y quieren avanzar deben esperar.

El modelo tradicional da grandes resultados si se dispone de buenos recursos, profesores geniales y alumnos brillantes, según los autores. Huelga decir que si ese es el listón, no queda en pie ni una de las profesiones alumbradas por el ser humano. Ellos dicen que “en general, en muchos países desarrollados no se ofrece una educación de buena calidad y asequible. Desde su postura tecnófila no dudan en asegurar que los sistemas occidentales están quedando rezagados en relación con otros países, como por ejemplo China<sup>18</sup>. Alguien decía por ahí que mientras nosotros discutimos si un niño de doce años puede hacerse mujer, los chinos enseñan a su gente matemáticas, física, ciencias sociales e informática. Quizá en esto tengan razón los Susskind, pero el relato suena demasiado a brochazo gordo, apenas soportado con datos y sí con mucho voluntarismo apodíctico. Todo pasa, para ellos, por aplicar la tecnología a la educación, en modelos “híbridos” o “combinados”.

Las nuevas tecnologías educativas cuestionan el principio “lo mismo sirve para todos”, diseñando lo que se va a enseñar a cada alumno gracias a programas informáticos que manejan algoritmos a tal fin. Los autores dan cuenta de iniciativas privadas y públicas que se suelen reducir a multitud de bases de datos con toneladas de información y entornos de aprendizaje virtual (campus virtual y similares). Este tipo de herramientas también se aplican no solo a la docencia sino a la calificación de

<sup>16</sup> Vid. BURKE, P., *El polímata. Una historia cultural desde Leonardo da Vinci hasta Susan Sontag*, Alianza editorial, Madrid, 2021; y TETLOCK, P., *El juicio político de los expertos*, Capitán Swing, Madrid, 2016.

<sup>17</sup> Explican sus tesis *in extenso* en SUSSKIND, R. y SUSSKIND, D., *El futuro de las profesiones. Cómo la tecnología transformará el trabajo de los expertos humanos*, TEELL Editorial, Zaragoza, 2016, pp. 54 y ss.

<sup>18</sup> Una buena piedra de toque para conocer lo que acontece por aquellos pagos podemos leerlo en CEBALLOS, J., *Observar el arroyo crecer. Cómo habitar un mundo liderado por China*, Ariel, Barcelona, 2023.

alumnos, con propuestas como que les califique una especie de inteligencia artificial o, mejor aún, que se califiquen entre ellos.

Reflexionando sobre las principales cuestiones atinentes a la educación superior, el profesor Nubiola entiende el asunto de forma diametralmente opuesta<sup>19</sup>. Parafraseando su filosofía, la calidad nunca es el resultado de la aplicación mecánica de unos procedimientos administrativos (para el ejemplo: informáticos), sino que tiene que ver con la creatividad inteligente desplegada con tenacidad y apertura de miras. La más alta calidad jamás es fruto del azar. El mero control procedimental no engendra calidad, sino burocracia prescindible.

¿Cómo mejorar la calidad educativa?, se pregunta Nubiola. Hacen falta al menos dos atributos: querer mejorarla de veras, participar activamente en tal extremo y aprender de los mejores. Y los mejores profesores suelen querer una única cosa: que sus alumnos aprendan de veras y en ese sentido cambiarán todo lo que haga falta cambiar con tal de que aprendan. Ya se sabe, siguiendo a Yeats: no es llenar el vaso, es encender un fuego. Nubiola también cree que la colaboración estrecha y amistosa entre profesores podría revertir en favor del aprendizaje de sus alumnos. La universidad debe ser abierta y plural. Tal y como dijo Bellah, lo decisivo es construir comunidad en base a los hábitos del corazón, capaces de superar el aislamiento individualista mediante el compromiso de unos con otros.

La actitud de los profesores, en su fe en sus alumnos; en su predisposición a tomarlos en serio; y en su compromiso en que aprendan respetándose a sí mismos y a los demás. La vida universitaria debe estar presidida por los dictados del amor y la razón, pues la ley de uno y de la otra son una y lo mismo, según dijo Peirce. Volcado esto a la enseñanza de las Ciencias Jurídicas, siguiendo a López Guerra, cabría diferenciar dos planos. Se puede formar juristas desde dos perspectivas: por una parte, dónde debe llevarse a cabo esta formación (perspectiva macro) y por otro, y más brevemente, las metodologías a emplear en cada contexto (perspectiva micro). En cuanto a lo primero, se señala el papel tanto de la universidad como de otras instituciones, así como la necesidad de una formación básica común de tipo contencioso-procesal. En cuanto a lo segundo, se apunta la necesidad de adaptar la metodología docente a la creciente diversidad de las especializaciones jurídicas y a la evolución de los medios de obtención de información en materias jurídicas<sup>20</sup>.

## 5 Tres enemigos de la libertad académica: pronombres, charlatanería populista y dominación ideológica

En este apartado vamos a hacer referencia, siquiera somera, a tres grandes peligros que afectan de una u otra manera a la libertad académica. En primer término, la obligatoriedad impuesta a algunos profesores (sobre todo anglosajones, pero no

---

<sup>19</sup> Vid. NUBIOLA, J., *Invitación a pensar*, 3ª ed., Rialp, Madrid, 2019, pp. 145 y ss.

<sup>20</sup> Vid. LÓPEZ GUERRA, L., "Enseñanza del Derecho. Breves enfoques macro y micro", *Eunomía. Revista en cultura de la legalidad*, n. 23, 2023, pp. 362-369.

solo) de referirse al alumno con el pronombre elegido por este. En segundo lugar, el daño que está haciendo la charlatanería populista. Y, en tercer lugar, los riesgos de permitir que desde algunos campus públicos se esté dando rienda suelta a acciones varias que constituyen dominación ideológica y que a su través sirve para destruir el presupuesto liberal de toda enseñanza que se precie<sup>21</sup>.

## 5.1 Extremando el lenguaje inclusivo: los pronombres y la libertad

Es conocido que desde hace algún tiempo en ciertos campus estadounidenses, canadienses y británicos se estila que ciertos alumnos elijan el pronombre con el que “se debe” referirse a ellos por parte de profesores e instituciones académicas. En nuestro caso uno de nuestros principales expertos en el tema es el filósofo del derecho Pablo de Lora. En un trabajo reciente ha dedicado esfuerzos a estudiar los casos de Bertrand Russell y Paul Sweezy para ilustrar las cazas de brujas que sufrieron algunos profesores de universidad. Al hilo del primero pudo decir el juez McGeehan que la personalidad del profesor es más influyente para la opinión de los alumnos que muchos silogismos. Según este juez, la libertad académica es hacer el bien y no enseñar el mal. Respecto al segundo, el Tribunal Supremo federal dijo en 1957 que el carácter esencial de la libertad académica respecto de las Universidades estadounidenses es evidente. Quienes forman y guían a nuestra juventud desempeñan un papel esencial en democracia. Imponer camisas de fuerza a líderes intelectuales en la universidad pondría en peligro el futuro de nuestra nación. Esto es básico para permitir descubrir cosas nuevas, sobre todo en ciencias sociales, donde casi ningún principio es aceptado como absoluto. La investigación no puede florecer en una atmósfera de sospecha y desconfianza.

Pablo de Lora incide en que es hoy en día la izquierda la que goza de hegemonía en la mayoría de los campus y la que impone la caza de brujas bajo la bandera de la diversidad y la protección de las minorías. La cosa está llegando a extremos tan preocupantes como que una revista científica haya rechazado un artículo porque cuestiona la validez de la tesis del “racismo sistémico” o que otra revista hiciera lo propio porque se citase a Carl Schmitt, un jurista “nazi”<sup>22</sup>. La propagación de una cultura y educación paternalista también es otro factor a tener en cuenta, porque se basa en el tótem de prohibir mencionar términos que en el pasado fueron lacerantes y denigratorios y que ahora traen a la actualidad en un ejercicio paradójico (no dejan de empeñar términos que dicen que hay que eliminar del lenguaje). Esto les convierte en una forma de imposición, en ejercicio de poder frente al disidente. Desean hacer bueno un “*compelled speech*”, obligando a hablar a las personas como tales tesis dictan.

<sup>21</sup> Por todos, véase ARENILLA SÁEZ, M., “La necesaria reforma de la Universidad española”, cit., p. 23.

<sup>22</sup> Schmitt apoyó el nacionalsocialismo en ciertos momentos de su vida, cierto es. Como también sabemos que su importancia intelectual superó con creces tal apoyo. Es más, en los últimos tiempos ha sido reivindicado por ciertos sectores de la izquierda populista. Es imprescindible a efectos de conocer el texto y contexto de Schmitt el libro escrito al alimón por DE MIGUEL, J. y TAJADURA TEJADA, J., *Kelsen versus Schmitt. Política y Derecho en la crisis del constitucionalismo*, Guillermo Escolar, Madrid, 2018.

En algunos casos recientes, como el del profesor Meriwether, estas tensiones son palpables. Un tribunal de apelación llegó a decir que la libertad de expresión protege tanto el decir como el no decir, por lo que la sanción impuesta al profesor por no utilizar el pronombre que deseaba la alumna era inconstitucional. La idea de fondo se basa en la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo, quien dijo que nadie puede ser un instrumento para promover la adhesión pública a una creencia ideológica que considera inaceptable. Así lo dijo en el *caso Wooley c. Maryland*, 430 US 705, 715, de 1977.

Pablo de Lora recuerda que al nombrar a otros seres humanos estamos reconociendo que tienen una biografía, no solo mera biología. Por eso un “eh, tú” siempre nos resultará ofensivo. Disipa nuestra identidad humana en la masa informe. En el ámbito académico defiende que el docente tiene un deber de nombrar a los estudiantes de acuerdo a su nombre oficial. Que nos llamen por nuestro nombre las administraciones resulta de obligado cumplimiento para estas. Así sucede en España, por ejemplo, en el ámbito civil, en el penal o en el penitenciario. Exigencias de la seguridad jurídica. En el trato cotidiano podemos emplear los nombres que los demás elijan para sí pero su omisión no parece que pueda dar lugar a una obligación jurídica que lo imponga o, en su caso, a una sanción. Elegir un pronombre no convencional como “His majesty” (hecho verídico que sucedió en la Universidad de Michigan Grant Strobl) frustra la función pronominal misma: tenemos pronombres vinculados al género precisamente para no tener que recordar el nombre propio.

De Lora se pregunta, como otros autores, qué ha pasado para llegar a esta situación. Randall Kennedy, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard (negro, para más señas), entiende que detrás de este tipo de reivindicaciones no hay sino una demostración de poder académico. No tiene tanto que ver con ofender los sentimientos de nadie sino de entablar enconada querrela donde lo que se discute de verdad son aspectos de estatus y de poder. Lo que de verdad les pone a rabiar es que el profesor no les hace caso en sus exigencias, no atiende a sus demandas: esto es, no *obedece*. Los profesores rebeldes como los aludidos por Kennedy o como el propio Meriwether “son absolutamente vitales para la salud de una universidad que pretenda llevar a término su misión: el fomento de una actitud crítica, de cuestionamiento, de búsqueda de la verdad... refractaria al dogmatismo de cualquier signo”<sup>23</sup>.

## 5.2 La charlatanería posmoderna y populista: el caso del feminismo posveritativo

El profesor García Figueroa dedica reflexiones profundas al caso del fenómeno charlatán, muy querido por la teoría posmoderna, aplicado al feminismo de la posverdad. Empieza por defender que el feminismo de Estado, ese que se sirve de los poderes públicos para serlo, ha hecho de la posverdad parte central de su acción política, de ahí que pueda hablarse de “feminismo posveritativo”, uno que acepta la charlatanería

<sup>23</sup> Vid. DE LORA, P., “Tótem y tabú en la academia. La libertad de expresión y sus enemigos”, Núñez Vaquero, Á. y Morales Luna, F.F. (eds. lits.), *Libertad de expresión. Debates pendientes*, Palestra Editores, Perú, 2022, pp. 67 y ss.

posmoderna, primero, y una posverdad populista, después. Lo explica el filósofo del derecho con el ejemplo del caso Juana Rivas, que vendría a demostrar la absoluta insensibilidad del poder político feminista frente a los hechos, ejemplificados en la ministra de Igualdad y en su secretaria de Estado, quienes hablan de una *juridictadura* que debe ser derrocada a toda costa evitando la judicialización de la política, ardid con el que se busca orillar a conciencia el principio de legalidad y el Estado de Derecho.

Para ello, se apoyan en valores harto discutibles. Una pseudoantropología según la cual los males del mundo se deben a los hombres. Una pseudosociología, que identifica en un enigmático “heteropatriarcado” la causa estructural de tales males. Una *victimología*, que resitúa a las víctimas (siempre mujeres) en el centro de la política criminal frente a los victimarios (siempre hombres) donde las primeras sufren todo tipo de crímenes cometidos por los segundos sin solución de continuidad. En el caso *Juana Rivas* se les han visto los costurones: la aplicación del derecho se convierte, para el populismo en el poder, en algo demasiado severo con quien es una “víctima del sistema”, más allá de que esa presunta víctima podría haber actuado tan mal con sus hijos que uno de ellos sufrió abusos sexuales. Un feminismo punitivo dirigido contra los hombres (populismo punitivo en general) donde se castiga indistintamente delitos y una nueva forma de *pecados*. Alfonso García Figueroa lo tiene claro: el expansionismo penal acabará por perjudicar a la causa feminista a medio plazo porque la deslegitima.

Recordando una máxima sumeria (la cerveza está bien, lo que está mal es el camino), nuestro autor se centra en las disonancias cognitivas, esto es, cuando un individuo experimenta una tensión entre sus propias creencias. La posverdad sería el remedio torpe con el que busca paliarlas. El primer ingrediente es cierta irracionalidad, rasgo distintivo de la posverdad. El segundo es un estado mental que justifique esa postergación de la verdad para la *transformación social*. Que el mundo se ajuste a sus mentes y la cosa se oculte, eclipsando la verdad.

Como se dice a veces, algo es sentido y solo ciertas personas pueden acceder a tales verdades, por lo demás inasequibles al resto de los mortales. Es ilustrativo que donde antes se exigían buenas razones ahora se hable mucho de empatía. Con la posverdad se pretende ocultar la verdad con fines ideológicos. La charlatanería es una ausencia de interés por la verdad. Así las cosas, la posverdad es una estrategia que no carece de racionalidad para ellas: sustituye la racionalidad científica por la racionalidad política puramente instrumental que tiene por objetivo abrir “una fase dentro de un proyecto transformador de la sociedad con fines tendencialmente totalitarios en la medida en que recurre a instrumentos intrínsecamente perversos como el propio desprecio por la verdad”. No se puede explicar mejor en menos espacio.

Sucede que en la universidad española –aunque no solo– los profesores somos seres “empalabrados”, esto es, somos especialmente conscientes del poder del lenguaje y estamos dotados de cierta soltura a la hora de emplearlo con fines persuasivos. Dentro de su esfera de poder, sea pequeña, grande o enorme, muchos profesores explotan tales dotes, desarrollando un lenguaje vacío con el fin de medrar en el sistema. La charlatanería florece en el ámbito universitario pero no ciegamente sino

regap



ESTUDIOS

en función de la ambición personal. Aplicando la *ley de la camándula verborrágica de Andreski*, nuestro iusfilósofo llega a la convicción de que en España agencias como la ANECA promueven la cháchara de manera exponencial, lo que hace que los profesores más jóvenes deban batirse en estrategias de publicación que se han convertido “en un juego autorreferencial sin relación con el conocimiento”.

A esa ambición se le une a menudo que los expertos de verdad toleran en alguna medida o adolecen de falta de belicosidad respecto de estos planteamientos. Se les deja hacer, dicho en corto. También se da el ingrediente del narcisismo corporativo, que ha llevado a muchos profesores de universidad a pensar que por encima de todo ellos pueden y deben ser el motor de las transformaciones que reclama la sociedad. Es el discurso redentor de la universidad. Tras décadas de confusión y caos generado por el derrumbe del Muro de Berlín, cierta izquierda ha reparado de nuevo en que la universidad podría ser un reservorio de seres empalabrados capaces de impulsar nuevas hegemonías, gracias al dominio de redes sociales y medios de comunicación. Heine dijo que había que tener cuidado con lo que propone la Academia porque puede hacerse realidad.

Para García Figueroa coadyuvan dos fenómenos: el auge de la posverdad y el paradigma del reconocimiento. Primero cultivan la primera para luego volcar sus réditos en el segundo. Primero, charlatanería. Después, invasión charlatana del reconocimiento.

Respecto al primero, estudia la charlatanería de la posmodernidad. El filósofo y jurista entiende que el paradigma posmoderno es disolvente de la idea de verdad y ninguna teoría, por contrastada o sólida que sea, está a salvo de su pulsión destructiva. Como, según estas tesis, con el lenguaje se pueden hacer cosas, no solo nombrarlas, mediante el lenguaje se crean obligaciones, se ingresa en la comunidad de fieles o nos comprometemos con una institución. Los problemas se resuelven pero los pseudoproblemas se disuelven. Con el lenguaje, decía Austin, podemos transformar el mundo, lo cual es de primero de marxismo. La concepción mágica del lenguaje se lleva a todos los estamentos y estadios. De ahí que cierto feminismo no pueda dejar de exigir que los mensajes que estime oportunos sean prohibidos por ser *discurso del odio* a la vez que exigen el empleo del *lenguaje inclusivo*. También apuestan por el lenguaje políticamente correcto, “como si la mera mención de una palabra concitara mágicamente ciertos espíritus malignos que requirieran del oportuno exorcismo por parte de nuevos sacerdotes y sacerdotisas que asumen el cuidado de nuestra salud espiritual a cambio de cobrarse nuestra autonomía”. De ahí el entusiasmo punitivo, cuyas consecuencias de todo orden pueden ser gravísimas.

Estas posturas juegan con una “apabullante ventaja” en el mercado de las ideas, pues hacen que quienes crean en lo racional y lo veraz sean quienes prueben tales extremos, no al revés. Quien defienda la posverdad nunca practica la autocrítica, pero siempre está presto a apoyarse en la que haga el rival de sí mismo. Se da el conocido “efecto brujo”: vulnerar todas las leyes de la lógica posibles para elevar a dogma lo que es absurdo, basándose en la fascinación que ejerce sobre los humanos lo que nos resulta inconcebible. El ejemplo del lenguaje inclusivo vuelve a resultar

evidente y lacerante a partes iguales: es una espiral en bucle de irracionalidades e incoherencias, nos explica con tino García Figueroa. Es hartamente complicado saber qué piden estas demandas, porque resultan huecas. Solo admiten el asentimiento, el “ajá”, el “claro” con el que decimos a quien nos habla que le estamos prestando atención (o simulando que lo hacemos).

Tal cuestión entronca con la doctrina populista de Laclau. Este autor dijo que una doctrina se debilita a sí misma desde el momento en que se hace demasiado explícita, pues pierde la necesaria flexibilidad para aunar los diferentes intereses en conflicto, expresados en diversas demandas democráticas que pretenden aunar el populismo postsocialista. Para nuestro pensador, este tipo de ardid se hacen a sí mismos muy solemnes en base a la *astucia de la razón* de Hegel para que se manifieste la Razón de la Historia. Esto es: defender una serie de reivindicaciones a menudo carentes del más mínimo sentido, o racionalidad, o banales, absurdas, cínicas o superficiales socapa de que bajo su aparente irracionalidad late una racionalidad oculta profunda. Huelga decir que solo “ellos” sabrían traducir cuáles son esas razones profundas. Siempre les conviene apostar por estrategias taimadas y algo absurdas, para preservar “el misterio inaccesible al pueblo por el bien del pueblo”.

Posteriormente tendríamos el paradigma del reconocimiento, basado en postulados de Gramsci y de Honneth. El marxismo clásico, con su materialismo, no era muy condescendiente con las veleidades posmodernas. Así que hubo que reformularlo para los tiempos postsocialistas que nos gobiernan. Por un lado, se produce una clara deflación en el elemento económico y materialista. La lucha social debe ser sobre todo cultural, no económica, esto es, asegurar el reconocimiento de los grupos sociales e históricamente preteridos. Estas demandas pretenden calar en sociedades que se caracterizan por que no presentan grandes diferencias económicas. Por otro lado, la anhelada igualdad solo puede lograrse mediante el reconocimiento de grupos y no solo con políticas de redistribución. El reconocimiento no quiere acabar con ningún grupo, sino reforzarlos en torno a su identidad. Hay que acabar con los pobres, claro, pero nunca jamás acabar con las mujeres, los negros o los inmigrantes, cuyo reconocimiento debe reforzarse.

Al reconocerse la diferencia, se dificulta la cohesión social entre los grupos reconocidos y sus demandas democráticas se vuelven sumamente controvertidas. Ahora se aporta la cadena de equivalencias como la forma de superar esas diferencias y crear un solo pueblo, para canalizar sus demandas dentro del sistema y conseguir la hegemonía. Ahora debemos armonizar las identidades que *interseccionan* en tensión: solo conceptos vacíos y acciones vacías pueden reunirlos para que, por ejemplo, caminen juntos en una manifestación. La posmodernidad es el instrumento para mantener vivo el antaño economicista antagonismo. Se desea abarcar y aglutinar la mayor cantidad de demandas democráticas bajo una sola demanda popular. Eso es populismo en estado puro.

Se da ahora un fenómeno de hiperclasismo, según Alfonso García Figueroa: entre todas esas nuevas clases una es la que lidera actualmente la estructura de la cadena de equivalencias: la clase de las mujeres. Ahora estas y la ideología de género se ponen

Regap



ESTUDIOS

en el centro de las diversas demandas democráticas como pivote sobre el que giran el resto de demandas del resto de clases. Como bien dice el iusfilósofo “la experiencia populista gestada por la charlatanería universitaria, luego devenida posverdad en el poder, no anuncia nada bueno para nadie: ni para los hombres ni para las mujeres”<sup>24</sup>.

### 5.3 La dominación ideológica en la universidad

Ricardo García Manrique sufrió en su día la furibundia de la turbamulta en su universidad, que lo tildaba de fascista en el claustro al que pertenecía porque se oponía, con razones más que plausibles, a que la universidad pública catalana donde profesaba tomase postura pública a favor de las tesis independentistas. A juicio de García Manrique ese tipo de declaraciones vulneran el principio de neutralidad ideológica que debe presidir la institución académica en su conjunto. Romper eso es romper la libertad intelectual en el ámbito académico. El periplo que transitaron algunas de estas iniciativas acabaron con la toma de postura en contra del Defensor del Pueblo y la anulación judicial posterior.

Quienes defienden que las universidades puedan adoptar las declaraciones político-ideológicas alegan tres argumentos: autonomía universitaria, libertad de expresión y compromiso social. Sus detractores arguyen, por el contrario, el deber de neutralidad ideológica, el respeto a la libertad ideológica y de expresión (vulneración de la dimensión negativa de la primera: nadie puede estar obligado a declarar sobre las propias creencias y la universidad, al posicionarse institucionalmente, habla en nombre de todos sus integrantes); y el derecho a la educación, en concreto la salvaguarda del ideario educativo de la Constitución, fijado en el art. 27.2 CE. Finalmente, exponen que las funciones sociales y la autonomía universitaria tienen que ver con la naturaleza científica, educativa y cultural que se debería cultivar intramuros de la Academia. En otras palabras: la autonomía es instrumental, se concede para cumplir con las funciones, según establece el art. 2 LOU.

García Manrique entiende que por declaración política podríamos entender una toma de postura partidista, esto es, y en palabras del Tribunal Supremo, “toda posición parcial alineada con las pretensiones de un grupo de ciudadanos con inevitable exclusión del resto” (STS 933/2016, FJ 2). Aclarado esto, pasamos a desgranar la fortaleza y/o debilidad de los argumentos a favor de la legalidad de estas declaraciones.

Respecto a la autonomía universitaria, esta se reconoce en el art. 27.10 CE y en la jurisprudencia constitucional, que afirmó que estábamos ante un derecho fundamental (STC 26/1987). Pero esta autonomía se vincula a las funciones de la Universidad, y estas se determinan por las leyes y no tanto por la universidad. Así, podemos leer en el art. 1 LOU que las funciones atribuidas a estas instituciones no pasan por articular voluntad política alguna, como tampoco los fines enumerados en el art. 2.1 LOU. Como dice el autor: “la autonomía universitaria es la garantía de la libertad académica,

<sup>24</sup> Vid. GARCÍA FIGUEROA, A., “Charlatanería universitaria y feminismo posveritativo”, Núñez Vaquero, Á. y Morales Luna, F.F. (eds. lits.), *Libertad de expresión. Debates pendientes*, Palestra Editores, Perú, 2022, pp. 311 y ss.

integrada por (o que se manifiesta en) las libertades de cátedra, de investigación y de estudio. Así se dijo en las SSTC 47/2005, FJ6 y 106/1990, FJ 7).

En cuanto al compromiso social (vocación de servir a la sociedad de la que forma parte), la Universidad solo puede perseguir el cumplimiento adecuado de sus funciones. Eso no significa que los temas de interés general no puedan debatirse por profesores y alumnos pero sí implica que se abstenga de evacuar, en cuanto universidad, declaraciones partidistas o escoradas ideológicamente.

En cuanto a los derechos fundamentales, el filósofo cree que la libre expresión es un derecho de titularidad individual, no de las instituciones ni de sus órganos. Por ello la universidad como tal no ejerce derechos fundamentales sino potestades administrativas normativamente establecidas.

El autor repasa con especial énfasis la neutralidad ideológica de las instituciones públicas. El principal debate es el de si las instituciones públicas deben basarse en una concepción concreta de lo que es bueno o deben ser neutrales respecto a tal extremo. Es el debate comunitaristas vs. liberales. El autor, no obstante, discurre por la neutralidad más como funcionamiento que como fundamento. En ese sentido, la jurisprudencia deduce tres deberes diferentes de neutralidad en el marco de las instituciones públicas.

Por un lado, la ideológica. En la STC 5/1981, FJ9, se dijo que muy especialmente los centros docentes deben ser ideológicamente neutrales. Añade el TC que tal cosa impone a los docentes que en ellos desempeñan sus quehaceres “una obligación de renuncia” a cualquier forma de adoctrinamiento ideológico. Para García Manrique, el Estado no tiene religión pero sí ideología: la que inspira y refleja el texto constitucional: la democracia, el carácter social del Estado, el imperio de la Ley y los derechos fundamentales.

Por otro lado, la objetividad. La Administración pública debe serlo, *ex art.* 103 CE, tal y como interpretó la STC 77/1985 FJ 29. La Universidad es una administración pública y en ese sentido tiene el deber de “no hacer”, no inclinarse a favor o en contra de una de las partes implicadas.

Finalmente, atiende a la lealtad. Esto es, el deber de la administración universitaria de mantenerse neutral supone que también lo debe ser respecto del Gobierno, es decir, no oponerse a la orientación política de este.

De su parecer nos resulta estimulante la interpretación que realiza el autor del art. 9.2 CE. Dirá que la Constitución no es neutral respecto al *statu quo*, pues lo considera potencialmente negativo en la medida en que intenta responder a él garantizando la libertad y la igualdad reales y efectivas. Por eso dice que en dicha tesitura el Estado no es neutral ni puede serlo. Esa ideología del Estado debería ser asumida y promovida por las instituciones públicas. En concreto, las instituciones educativas deben promover lo que Tomás y Valiente llamó “ideario educativo constitucional”, reconocido en el art. 27.2 CE (y que el malogrado jurista introdujo en su voto particular a la STC 5/1981). Recordemos que tal precepto constitucional dice que la educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana, el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales.

Regap



ESTUDIOS

Ricardo García Manrique entiende que la neutralidad ideológica resulta beneficiosa para el ejercicio de tres derechos fundamentales. Por un lado, la libertad ideológica, porque la Universidad militante deja desnudos y yermos a sus integrantes, pues revela creencias que o son tuyas (y no puede: nadie será obligado a declarar sus creencias) o no lo son (y entonces falsea el debate). El Claustro representa a todos y en esa medida habla por una única voz. Cuando ese Claustro abandona una posición neutral, se produce una situación ilegítima de dominación ideológica.

El sujeto que realiza tales declaraciones está dotado de autoridad, entendida como poder y prestigio. Las declaraciones son producto de la voluntad y no tanto de la razón, porque culminan siempre en la expresión de aquella. La intención de la Universidad militante es participar en el debate político. Al oficializar el relato se pretende convertir en único, cercenando todo pluralismo que se precie. No contribuye a enriquecer y facilitar el libre intercambio de ideas sino a empobrecerlo y a dificultarlo.

El procedimiento por el cual se adoptan las declaraciones institucionales culmina siempre en una decisión, lo que significa que expresa la voluntad de ciertos sujetos: declara ideología cuando no se puede *ex art. 16 CE* y atribuye una ideología a toda la comunidad universitaria cuando tampoco procede según el *dictum* constitucional. Destruye el pluralismo, pues no reconoce ideas diferentes a las tuyas. No contribuye a enriquecer y a facilitar el debate, sino a empobrecerlo y dificultarlo. Lo que se pretende es “decidir” por la universidad, no “debatir” en su seno. Refuerza el discurso dominante, lo reviste de autoridad intelectual y hace mucho más difícil la discrepancia para aquellos que disientan. Por eso el autor cree que no es exagerado afirmar que las declaraciones institucionales de las universidades con contenido político partidista son una forma de dominación ideológica, especialmente en el seno de la comunidad académica.

Respecto a la libertad de expresión ocurre otro tanto. Se ve afectada cuando otro habla en nuestro nombre, pues la libertad de expresión comprende el derecho a guardar silencio o a hablar cuando se considere oportuno. Las declaraciones universitarias partidistas vulneran el *art. 20 CE*. El sentido de la libre expresión es descubrir o construir de forma común la verdad, especialmente eso que podemos llamar “verdad política”. Las declaraciones ajenas a la reflexión académica desnudas de razones y preñadas de exabruptos sectarios solo degradan nuestra institución, tiñéndola de irracionalismo, gregarismo y falsa autoridad. Los que no concuerden con ese discurso solo encontrarán dificultades añadidas a la hora de hacer oír su discrepante criterio. Es la gente la que debe elegir entre puntos de vista que compiten entre sí y su elección no debe ser manipulada por ningún poder, tampoco por la universidad, sesgando el debate. Ese es el criterio de Owen Fiss, del que García Manrique se hace eco. Esto es: al comportarse como lo hicieron, las universidades públicas catalanas que emitieron declaraciones políticas partidistas se convierten antes en opresoras que en garantes de la libre expresión.

Finalmente, el derecho a la educación también resultaría dañado. El autor parte del ideario educativo constitucional, reflejado en el artículo 27.2 *CE*. Ahí se establece negro sobre blanco que la educación tendrá por objeto, primero, el pleno desarrollo

de la personalidad humana; segundo, el respeto a los principios democráticos de convivencia; y, en tercer lugar, el respeto a los derechos y libertades fundamentales. Cuando la educación, sea del estamento que sea, inculca desprecio, se lesiona el derecho a la educación. Dentro del ideario educativo constitucional se eleva la neutralidad ideológica como principio democrático de convivencia elemental. El universitario es un ámbito apropiado para discutir la validez de principios y normas. La libertad de cátedra y la autonomía universitaria garantizan que la discusión tenga lugar, no lo contrario. Emplear ambas para hacer política partidista, nos dice el filósofo del derecho, no es permitir el debate libre sino inhibirlo.

Para mayor escarnio, a día de hoy existen cinco universidades catalanas condenadas por violar la neutralidad institucional o los derechos fundamentales de sus alumnos. Todos los casos siguen el mismo patrón: la neutralidad brilla por su ausencia en la defensa de una ideología muy marcada que destruye los presupuestos básicos de la Constitución. La Universidad debería quedar como garante del ambiente que favorece la libre discusión de ideas, pero esta última tarea deben hacerla los individuos (alumnos, profesores, etc.), no la institución como tal. Haciéndose eco del famoso Informe Kalven, publicado por la Universidad de Chicago en 1967 y rubricado por el Rector Zimmer en 2020, nuestro autor finaliza abogando por que la universidad sea la casa de la crítica, pero no ella misma quien la haga. Que debe mantener independencia frente al poder político pero también frente a modas, pasiones y presiones políticas. Que tenga muy en cuenta que si entra a opinar como institución en el debate político cotidiano pone en peligro los presupuestos de su propia existencia. Estamos ante una institución que no puede residir en la mera voluntad de la mayoría, donde su neutralidad como institución no viene de una presunta falta de coraje, o de una indiferencia insensible y distante. Surge del respeto por la libertad de indagar y la obligación de respetar la diversidad de puntos de vista auténticamente diferentes.

Tal y como dijo Ortega, pensador que Ricardo García Manrique también reivindica, la universidad debe intervenir como tal universidad en los debates del momento representando la serenidad antes que el frenesí, la seria agudeza antes que la frivolidad y la estupidez. No se puede estar en desacuerdo con un criterio tan límpido<sup>25</sup>.

## 6 Conclusión

En páginas anteriores se ha abordado la cuestión de la libertad académica en la actualidad, coonestándola con una serie de prácticas e instituciones que podrían ponerla en riesgo. La libertad académica es consustancial al buen trabajo académico y a la mejor tradición universitaria. Sin la capacidad de estudiar y transmitir el resultado de lo estudiado la universidad se convierte en una institución huera e inicua.

Desde este postulado se ha prestado especial atención a la libertad académica como actividad intelectual que exige ser estimulada, protegida y canalizada hacia los estudiantes y hacia la comunidad científica de referencia del profesor de turno. La

<sup>25</sup> Vid. GARCÍA MANRIQUE, R., "Dominación ideológica y libertades públicas", Núñez Vaquero, Á. y Morales Luna, F.F. (eds. lits), *Libertad de expresión. Debates pendientes*, Palestra Editores, Perú, 2022, p. 343 y ss.

posibilidad de leer y escribir, de pensar sobre lo que se va descubriendo, es el núcleo de estar en condiciones de enseñar posteriormente aspectos de la realidad que, más allá de dogmas políticos o ideológicos, constituyen la base de lo que debiera suceder en nuestras aulas a diario.

En ese sentido, se detectan algunas prácticas contemporáneas que ponen en entredicho la propia libertad académica. Hemos señalado fundamentalmente tres. En primer término, los avances tecnológicos y ciertas políticas públicas “gerencialistas” han creado una elefantiasis burocrática que dificulta en extremo la tarea del profesor. En segundo término, consustancial al debate más general sobre el impacto de las novedades tecnológicas, hemos lidiado con tesis que defienden sin disimulo la obsolescencia del profesor. Creemos que, rectamente entendida, la universidad no puede ser un lugar donde solo se cumplimenten formularios y pliegos, como tampoco tiene mucho sentido pretender que “Internet” o “las máquinas” nos transmitan un saber filtrado, reposado y meditado, desde la pasión por conocer. Una máquina puede ser estupenda cumpliendo sus funciones, pero nunca (o, por mejor decir, hasta el momento) puede sentir y transmitir ese sentimiento cuando se explica la Constitución del 78, la Revolución Francesa, la cadena del ADN o la estructura molecular.

En ese sentido, hemos acudido a la filosofía del derecho para detectar y tratar algunos problemas específicos de la universidad española del siglo XXI. O de problemas que podrían llegar a nuestras Academias, al menos a título de hipótesis y ante la casi segura traslación de lo que sucede en los campus norteamericanos a pagos más acá del Pacífico. Detectamos tres tendencias preocupantes.

La primera tiene que ver con emplear pronombres elegidos *ad hoc* por los alumnos, lo cual podría afectar no solo a la libertad académica en su vertiente de libertad de expresión, sino introducir ciertos privilegios en el aula que redundarían en favor de una minoría, lo que, a su vez, ni mejoraría la calidad de la docencia, ni acrecería a esa minoría (ni a la mayoría).

La segunda trata de la charlatanería posmoderna que se emplea con fines populistas para hacer llegar la ideología de sus defensores a las comunidades académicas (de las que suelen formar parte). La universidad se convierte en mero receptáculo de pulsiones y pasiones políticas que suelen olvidar lo importante del debate sosegado, fruto de la lectura reflexiva y de la cavidad de diferentes ideas, traducción del pluralismo.

La tercera obedece a una tendencia muy concreta que anida en ciertas universidades públicas catalanas, pues algunos claustros han utilizado su poder para aprobar declaraciones políticas que dejan fuera los asuntos académicos y condicionan no poco la libertad de quienes se muestran contrarios a las mismas, a los que suelen castigar con el látigo del hostigamiento y el insulto directos.

Hacemos votos con una reflexión final ponderada y razonable: nada de bueno tiene convertir a la universidad en una formación partidaria con ideología propia y ejército académico que la defienda a capa y espada. El pluralismo que reconoce el art. 1.1 CE como valor superior debe prevalecer a la hora de llevar a cabo las tareas nucleares de

la labor profesoral: leer, escribir y dar clase en un clima de sano escepticismo desde el debate permanente.

## Bibliografía

- ANDREWS, C., “¿Por qué hay que defender la libertad académica?”, *Letras Libres*, 1 de junio de 2022.
- ARENILLA SÁEZ, M., “La necesaria reforma de la Universidad española”, *Revista de Derecho Político*, n. 110, 2021.
- BERNARDO, J., *El libro del educador. Cómo enseñar a aprender y a pensar*, Rialp, Madrid, 2017.
- BOURDIEU, P., *Homo academicus*, Siglo XXI editores, Madrid, 2008 (original de 1984).
- BURKE, P., *El polímata. Una historia cultural desde Leonardo da Vinci hasta Susan Sontag*, Alianza editorial, Madrid, 2021.
- CARLÓN RUIZ, M., “Público y privado en el régimen universitario: una (re)lectura en clave constitucional”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 209, 2020.
- CEBALLOS, J., *Observar el arroz crecer. Cómo habitar un mundo liderado por China*, Ariel, Barcelona, 2023.
- DE CARRERAS, F., “El modelo de universidad española: una crítica”, *Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, Madrid, 18 de mayo de 2021.
- DE LORA, P., “Tótem y tabú en la academia. La libertad de expresión y sus enemigos”, Núñez Vaquero, Á. y Morales Luna, F.F. (eds. lits.), *Libertad de expresión. Debates pendientes*, Palestra Editores, Perú, 2022.
- DE MIGUEL, J. y TAJADURA TEJADA, J., *Kelsen versus Schmitt. Política y Derecho en la crisis del constitucionalismo*, Guillermo Escolar, Madrid, 2018.
- GARCÍA FIGUEROA, A., “Charlatanería universitaria y feminismo posveritativo”, Núñez Vaquero, Á. y Morales Luna, F.F. (eds. lits.), *Libertad de expresión. Debates pendientes*, Palestra Editores, Perú, 2022.
- GARCÍA MANRIQUE, R., “Dominación ideológica y libertades públicas”, Núñez Vaquero, Á. y Morales Luna, F.F. (eds. lits.), *Libertad de expresión. Debates pendientes*, Palestra Editores, Perú, 2022.
- GONZÁLEZ, A.M., *El deseo de saber. Formación intelectual y cultura emocional*, Rialp, Madrid, 2022.
- GRAEBER, D., *Trabajos de mierda. Una teoría*, Ariel, Barcelona, 2018.
- LÓPEZ GUERRA, L., “Enseñanza del Derecho. Breves enfoques macro y micro”. *Eunomía, Revista en cultura de la legalidad*, n. 23, 2023.
- LURI, G., *Sobre el arte de leer*, Plataforma Editorial, Barcelona, 2019.
- NIETZSCHE, F., *Sobre el porvenir de nuestras escuelas*, Tusquets, Barcelona, 2009.
- NUBIOLA, J., *Invitación a pensar*, 3ª ed., Rialp, Madrid, 2019.
- OLLERO TASSARA, A., “¿Qué puede aportar sobre la formación del jurista un viejo profesor?”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n. 23, 2022.
- PETRARCA, F., *Remedios para la vida*, Acantilado, Barcelona, 2023.

Regap



ESTUDIOS

RIVERO ORTEGA, R., *El futuro de la Universidad*, Ediciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 2021.

ROYO, A., *Breviario antipedagoga*, Plataforma editorial, Barcelona, 2022.

SUSSKIND, R. y SUSSKIND, D., *El futuro de las profesiones. Cómo la tecnología transformará el trabajo de los expertos humanos*, TEELL Editorial, Zaragoza, 2016.

TETLOCK, P., *El juicio político de los expertos*, Capitán Swing, Madrid, 2016.

TORRES MURO, I., *La autonomía universitaria. Aspectos constitucionales*, CEPC, Madrid, 2005.

ZAERA-POLO, A., *La universidad de la posverdad. El mundo académico en la era de la cancelación, el pensamiento woke y las políticas identitarias*, Deusto, Barcelona, 2022.

RIVERO ORTEGA, R., *El futuro de la Universidad*, Ediciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 2021.

ROYO, A., *Breviario antipedagoga*, Plataforma editorial, Barcelona, 2022.

SUSSKIND, R. e SUSSKIND, D., *El futuro de las profesiones. Cómo la tecnología transformará el trabajo de los expertos humanos*, TEELL Editorial, Zaragoza, 2016.

TETLOCK, P., *El juicio político de los expertos*, Capitán Swing, Madrid, 2016.

TORRES MURO, I., *La autonomía universitaria. Aspectos constitucionales*, CEPC, Madrid, 2005.

ZAERA-POLO, A., *La universidad de la posverdad. El mundo académico en la era de la cancelación, el pensamiento woke y las políticas identitarias*, Deusto, Barcelona, 2022.



Revista Galega de Administración Pública, EGAP  
Núm. 65\_xaneiro-xuño 2023 | pp. 287-317  
Santiago de Compostela, 2023  
<https://doi.org/10.36402/regap.v1i65.5085>  
© Josep Ramon Fuentes i Gasó  
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371  
Recibido: 26/04/2023 | Aceptado: 01/06/2023  
Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

Prevención e seguridade  
públicas na Administración  
local de Cataluña: Unha  
perspectiva integrada

## Prevención y seguridad públicas en la Administración local de Cataluña: Una perspectiva integrada

Prevention and public  
safety at the local  
Administration of Catalonia:  
An integrated perspective

65 Regap

Regap



ESTUDIOS

JOSEP RAMON FUENTES I GASÓ

Profesor titular de Derecho Administrativo

Director de la Càtedra d'Estudis Jurídics Locals Màrius Viadel i Martín  
Universidad Rovira i Virgili

<https://orcid.org/0000-0001-5669-6009>

[josepramon.fuentes@urv.cat](mailto:josepramon.fuentes@urv.cat)

**Resumo:** O traballo analiza a normativa e o réxime xurídico da seguridade cidadá e a prevención no Estado español, desde unha perspectiva integrada, tanto *ex ante* como *ex post*, en relación coa Administración pública local, en particular no marco do Sistema de Seguridade Pública de Cataluña. Neste sentido, examínanse as competencias locais en materia de seguridade cidadá, seguridade viaria, extinción e prevención e protección civil.

**Palabras clave:** Seguridade pública, prevención, Administración local, réxime xurídico.

**Resumen:** El trabajo analiza la normativa y el régimen jurídico de la prevención y la seguridad públicas del Estado español, desde una perspectiva integrada, tanto *ex ante* como *ex post*, en relación con la Administración pública local, en particular en el marco del Sistema de Seguridad Pública de Cataluña. En este sentido, se examinarán las competencias locales en materia de seguridad ciudadana, seguridad viaria, extinción y prevención y protección civil.

**Palabras clave:** Seguridad pública, prevención, Administración local, régimen jurídico.

**Abstract:** This paper analyses the regulations and legal regime of public prevention and safety in Spain, from an integrated perspective, both *ex ante* and *ex post*, in relation to local public Administration, particularly within the framework of the Public Safety System of Catalonia. In this sense, local competences in the areas of public safety, road safety, fire extinction and prevention and civil protection will be examined. **Key words:** Public safety, prevention, local Administration, legal system.

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2 El concepto de seguridad pública. 3 El régimen jurídico de la seguridad pública. 3.1 La Constitución española. 3.2 El Estatuto de Cataluña. 3.3 La legislación local. 3.4 El régimen jurídico en materia de seguridad viaria. 3.5 El desarrollo normativo en materia de seguridad pública de las previsiones legislativas constitucionales. 3.6 El desarrollo normativo en materia de seguridad pública de las previsiones legislativas estatutarias. 4 Las competencias de los entes locales en materia de seguridad pública. 4.1 Las competencias en materia de seguridad ciudadana. 4.2 Las competencias en materia de seguridad viaria. 4.3 Las competencias en materia de extinción de incendios. 4.4 Las competencias en materia de protección civil. 5 El sistema de seguridad pública de Cataluña. 5.1 La Junta Local de Seguretat. 5.2 La Mesa de Coordinació Operativa. 5.3 La Comisión Regional de Seguretat. 5.4 Plan general de seguridad de Cataluña. 5.5 Plan local de seguridad. 6 Epílogo.

*“En cuanto a la seguridad, la Iglesia católica va a ofrecer múltiples soluciones innovadoras, tanto en el plano regulador como de tipo organizativo. El catolicismo va a tener una función protectora de los creyentes (embrión del futuro «Estado protector»), estableciendo un orden social, moral y material bajo sus propias administraciones y múltiples regulaciones, y con procedimientos propios que, posteriormente, constituirán el origen del sistema centralista de administración y de seguridad pública”, Manuel Ballbé Mallo, 2007<sup>1</sup>.*

## 1 Introducción<sup>1</sup>

La prevención y la seguridad públicas, en particular, en el mundo local, constituyen, en palabras del maestro Ballbé Mallo, “una nueva visión no sólo de las funciones policiales, sino del conjunto de las administraciones públicas, articulado en torno a la idea de que el objetivo primordial de un Estado de derecho avanzado es la preservación de la vida y de la integridad de las personas y la observación de que la mayoría de las víctimas no se producen por acciones delictivas tradicionales, sino por negligencias, infracciones administrativas o acciones involuntarias fruto de la falta de un intervencionismo administrativo encaminado directamente a la supervisión de todas las actividades que suponen un peligro o daño a las personas. Esta nueva visión, que se encuadra en lo que se denomina la nueva «sociedad del riesgo», obliga a replantear las concepciones clásicas del derecho administrativo como un derecho de policía o de servicio público hacia un derecho administrativo entendido como un derecho y una actividad de prevención de peligros, ya sea en el campo alimentario,

<sup>1</sup> Este trabajo se ha realizado como miembro del Grup de Recerca Territori, Ciutadania i Sostenibilitat de la Universitat Rovira i Virgili, reconocido como grupo de investigación consolidado y que cuenta con el apoyo del Departament de Recerca i Universitats de la Generalitat de Catalunya (2021 SGR 00162). Así mismo, deriva del proyecto de I+D+i “El nuevo rol de la ciudadanía ante la justicia administrativa: la regulación y la implementación de la mediación como sistema de prevención y resolución de conflictos” (referencia PID2020-112688GB-100), financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033.

del medio ambiente, del tráfico, de la seguridad industrial o de la certificación y normalización de productos”<sup>2</sup>.

Así, desde una perspectiva semántica, la acepción *seguridad* se puede definir como una cualidad del adjetivo seguro, un atributo que resulta finalista en la medida que se incorpora en la Administración pública para que esta ejercite sus competencias como preservador y garante. Así pues, una finalidad que se da de una manera más continuada, cercana y directa en el ámbito local, y que puede ir desde una simple situación de peligro en la vía pública (riesgo de accidente, delitos, edificación en peligro, incendio, alteración de la vida cotidiana, etc.) hasta una actuación delante de una catástrofe, pasando por cualquier delito. Un conjunto de situaciones, en definitiva, en las cuales es necesaria la intervención de dispositivos de seguridad pública, ya sean la policía, emergencias o protección civil, entre otros. En este sentido, debe remarcarse la conceptualización democrática de la seguridad como expresión legítima del uso de la fuerza por parte de las administraciones públicas, establecida con mucho acierto por Ballbé Mallol<sup>3</sup>.

Desde un punto de vista jurídico, el término *seguridad*, y en particular *seguridad pública*, se puede aplicar en diferentes ámbitos o sectores de la Administración pública: seguridad ciudadana, seguridad viaria, extinción de incendios o protección civil, aunque es necesario poner de manifiesto la carga democrática que esta terminología arrastra en contra del tradicional concepto jurídico de *orden público*<sup>4</sup>, característico del ordenamiento jurídico del Estado español. En este sentido, la aportación del maestro Ballbé Mallol fue definitiva para que el legislador constitucional adoptase el concepto *seguridad pública*, si bien durante la elaboración de la Constitución esta era la postura minoritaria y, por tanto, “provoca el cambio de paradigma totalitario por el democrático en el mundo de la seguridad y la policía”<sup>5</sup>. Para el maestro Ballbé Mallol, “el cambio de denominación no es baladí, como se desprende de la discusión parlamentaria. La voluntad del legislador, al operar esta transformación, es la de que la nueva institución policial sea la antítesis de lo que ha significado como fuerzas de orden público en nuestra historia. El cambio de modelo policial es, pues, un imperativo constitucional”<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> BALLBÉ MALLOL, M., “Prólogo”, Fuentes i Gasó, J.R. (autor), *Alemania, un modelo de policía y seguridad para Europa*, CEDECS, Barcelona, 2002 (3.a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 25).

<sup>3</sup> *Vid. in totum* la magistral obra de BALLBÉ MALLOL, M., *Orden público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)*, 2.ª ed., Alianza Editorial, Madrid, 1985.

<sup>4</sup> *Vid.* GODICHEAU, F., “Orígenes del concepto de orden público en España: su nacimiento en un marco jurisdiccional”, *Ariadna Histórica. Lenguajes, Conceptos, Metaforas*, n. 2, 2013, pp. 107-130.

<sup>5</sup> FUENTES I GASÓ, J.R. y ABDELKADER GARCÍA, J.M., “El marc jurídico del model policial en el dret estatal i autonòmic. Especial referència a l’ordenació policial de l’àmbit local català”, Fuentes i Gasó, J.R. y Capell i Manzaneres, J.M. (coords.), *La policia local a Catalunya*, vol. 1, Diputació de Barcelona, Barcelona, 2016, p. 94.

<sup>6</sup> BALLBÉ MALLOL, M., *Orden público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)*, cit., p. 462-463. En esta línea, *vid.* Barcelona Llop, que considera que si bien el término *orden público* es tan válido como cualquier otro para expresar globalmente las finalidades de la policía en seguridad, sí que fue oportuno adecuar la terminología y romper con tradiciones de significación marcadas por adoptar una “formulación formalmente democrática” de las finalidades de la policía (BARCELONA LLOP, J., *El régimen jurídico de la policía de seguridad*, HAAEE/IVAP, Oñati, 1988, p. 138). Asimismo, Recasens i Brunet señala que la noción de orden público no podía seguir manteniéndose en el léxico democrático “a causa del uso excesivo que había hecho el régimen anterior de este concepto aplicado a un estado de tipo represivo” que lo hacía inutilizable (RECASENS I BRUNET,

Así, para Ballbé Mallol, el viejo concepto de *orden público* se basa en la seguridad, tranquilidad, salubridad y ausencia de perturbaciones; se circunscribe a un “mero orden en la calle”<sup>7</sup>, y es sustituido por un nuevo concepto ligado a la protección y a la garantía del libre ejercicio de derechos y libertades individuales y al respeto del orden constitucional<sup>8</sup>. Como ha afirmado el mismo profesor Ballbé Mallol, “la seguridad pública tiene en los sistemas democráticos un contenido diferente al mantenimiento del orden en la calle”<sup>9</sup>.

Con gran claridad, el profesor Parejo Alfonso recoge del ordenamiento alemán la distinción entre el concepto de *seguridad ciudadana* y el clásico de *orden público*, y señala los riesgos y la inseguridad que comportan estos conceptos –que se asientan sobre ideas y concepciones– para las sociedades pluralistas y democráticas<sup>10</sup>, si bien pone de manifiesto que “no obstante, hay que tener en cuenta que tal factor de inseguridad se reduce progresivamente por la tendencia a la juridificación formal de todas las relaciones sociales”<sup>11</sup>. De todas formas, según Friauf, ambos conceptos tienen una lectura constitucional: “la protección de la seguridad y del orden público también tiene una función defensiva esencial de los derechos fundamentales porque sólo en un estado de orden y seguridad el individuo puede hacer uso de su libertad y gozar de la «bendición» del Estado social”<sup>12,13</sup>.

Podemos avanzar que la arquitectura de todo el sistema de seguridad catalán lo fija la Ley 4/2003, de 7 de abril, de ordenación del sistema de seguridad pública de Cataluña (LOSSPC), que determina que su objeto es la ordenación de las competencias

A., “Seguridad: la inseguridad y la subjetividad”, *Actas de las Jornadas del Graduado en Criminología i Política Criminal 2000 y 2001*, Universitat de Barcelona, Barcelona, 2002, p. 7).

<sup>7</sup> BALLBÉ MALLOL, M., “Fuerzas de Orden Público”, Peces Barba, G., et al., *La izquierda y la Constitución*, Taula de Canvi, Barcelona, 1978, p. 150.

<sup>8</sup> GIL MÁRQUEZ, T., *El sistema de seguridad pública en la Constitución española de 1978*, Tesis doctoral, Universitat Abat Oliba-CEU, Barcelona, mayo 2004, p. 25.

<sup>9</sup> BALLBÉ MALLOL, M., “Deu anys de seguretat i policia autonòmiques”, *Revista Catalana de Dret Públic (RCDP)*, n. 12, 1990, p. 117.

<sup>10</sup> En referencia a estos conceptos, el preámbulo de la Ley 4/2003, de 7 de abril, de ordenación del sistema de seguridad pública de Cataluña, afirma que “Cataluña aspira a dotarse plenamente de un modelo que trascienda la concepción tradicional de la seguridad y el orden público en favor de una orientación que se fundamente en la prevención, la participación y la implicación de los diferentes servicios públicos, y también de la sociedad civil”, FUENTES I GASÓ, J.R. y ABDELKADER GARCÍA, J.M., “El marc jurídic del model policial en el dret estatal i autonòmic. Especial referència a l’ordenació policial de l’àmbit local català”, cit., p. 94.

<sup>11</sup> Así, para Parejo Alfonso, “seguridad pública” –Öffentlicher Sicherheit– se define en nuestro ordenamiento jurídico como “relativa a la protección de los bienes individuales y colectivos tutelados por el ordenamiento jurídico (la protegibilidad viene determinada por la norma de que se trate) y equivale a nuestra expresión «seguridad de las personas y de las cosas», empleada por la LOPSC [Ley orgánica de protección de la seguridad ciudadana] (p. ej., art. 18 *in fine*)”. Y el concepto “orden público” –Öffentliche Ordnung– es el “referente al conjunto de las reglas de comportamiento no escritas, que son consideradas en la conciencia colectiva como indispensables para una vida en común ordenada”, PAREJO ALFONSO, L.J., “Seguridad pública”, Parejo Alfonso L.J., Jiménez-Blanco, A. y Ortega Álvarez, L., *Manual de Derecho Administrativo (parte especial)*, 5.ª ed., Ariel, Barcelona, 1998, p. 121.

<sup>12</sup> FRIAUF, K.H., “Polizei- und Ordnungrecht”, Schmidt-Assmann, E. (ed.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 6.ª ed., Berlín, 1986, p. 206.

<sup>13</sup> Por otro lado, otros autores han tratado ampliamente este ámbito: *vid.* el magnífico trabajo de PALAU I MARGINET, A., *Conflictivitat competencial en matèria de seguretat pública*, Institut d’Estudis Autonòmics, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1996; PAREJO ALFONSO, L.J., *Seguridad pública y derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2001; BARCELONA LLOP, J., “La administración de la seguridad ciudadana: selección de problemas a comienzos del siglo XXI”, *Revista Vasca de Administración Pública (RVAP)*, n. 64, 2002.

de la Generalitat en materia de seguridad pública, especialmente las de policía, y su integración con las de protección civil, tráfico, juego y espectáculos y seguridad privada, entre otras, en un sistema de seguridad propio de Cataluña, participado por otras administraciones con competencias en esta materia, como es el caso de los entes locales, en particular de los ayuntamientos.

## 2 El concepto de seguridad pública

El Tribunal Constitucional<sup>14</sup> ha establecido que la seguridad pública es el conjunto de actividades dirigidas a la protección de personas y bienes (seguridad ciudadana *strictu sensu*, por tanto), así como a la preservación y al mantenimiento de la tranquilidad o el orden ciudadano. Con todo, Palau i Marginet<sup>15</sup> afirma que esta es una definición muy general, ya que muchas otras actividades de los poderes públicos implican también protección de personas y bienes: Seguridad Social, administración de justicia y protección del medio ambiente o protección de menores. Y es que hay un factor que da especificidad a la función policial: la protección de las personas y de los bienes que se lleva a cabo ante las agresiones violentas o de peligro que se puedan producir. Esta nota de violencia o peligro justifica que el papel destacado en el mantenimiento de la seguridad pública compete a las fuerzas y cuerpos de seguridad (FCS), en particular de policía, que son los órganos administrativos preparados específica y técnicamente para actuar utilizando la fuerza.

En esta línea, siguiendo a Palau i Marginet, se puede definir la seguridad pública como “la actividad de los poderes públicos, con la colaboración de los particulares, dirigida a la protección de personas y bienes ante posibles agresiones violentas producidas tanto por actos humanos como por fuerzas naturales o hechos accidentales, donde concurren tanto medidas de prevención como de minoración y reparación de daños”<sup>16</sup>. En opinión de Aguado i Cudolà, la seguridad pública constituye un sistema al servicio de la ciudadanía, un servicio de interés general, en que los diversos poderes públicos con responsabilidad en la materia deben conjuntar sus actuaciones para proteger los derechos y libertades públicas de todos los ciudadanos y garantizar esta seguridad ciudadana de forma continuada y regular<sup>17</sup>.

La situación de seguridad pública, por tanto, será aquella en la cual no pueda existir riesgo de peligro para los ciudadanos, pero su consecución no depende únicamente de la actuación de la policía, sino de un conjunto de medidas y actividades legislativas, policiales, judiciales, administrativas y penitenciarias y de una serie de instituciones y organismos públicos, y, a veces, incluso privados. En este sentido, Recasens i Brunet determina que el concepto de seguridad ciudadana no es estable, sino dinámico y, como tal, cambiante. Por este motivo, en la actualidad la idea de seguridad pública

<sup>14</sup> STC 123/1984, de 18 de noviembre.

<sup>15</sup> PALAU I MARGINET, A., *Conflictivitat competencial en matèria de seguretat pública*, cit., p. 12.

<sup>16</sup> PALAU I MARGINET, A., *Conflictivitat competencial en matèria de seguretat pública*, cit., *Ibidem*.

<sup>17</sup> AGUADO I CUDOLÀ, V., “Estudio preliminar: la seguridad como sistema al servicio de la ciudadanía”, *Revista Catalana de Seguretat Pública (RCSP)*, n. 16, 2006, pp. 34 y ss.

obedece a una concepción amplia de la seguridad ciudadana basada en la protección de derechos y libertades de las personas y los bienes<sup>18</sup>.

En este sentido, las funciones en materia de seguridad pública son asumidas primordialmente por la “policía”, que se puede definir como “una función pública específica de la administración pública, cuya principal característica es su capacidad de intervención y ejecución”, según Fuentes i Gasó<sup>19</sup>. Ahora bien, para Ballbé Mallol, “la policía no es un ente abstracto que pueda ser objeto de una definición unívoca”<sup>20</sup>.

La policía constituye un servicio público esencial para el mantenimiento de la “seguridad pública” que busca el equilibrio entre la libertad y la seguridad como base de la convivencia democrática. Así, para Fuentes i Gasó y Abdelkader García, “la defensa del valor colectivo de la seguridad pública ha sido tradicionalmente la justificación básica del monopolio estatal en el ejercicio legítimo de la coacción limitadora de derechos y libertades. Así se desprende del artículo 104.1 CE, cuando determina que todas las FCS tienen el deber constitucional de proteger el libre desarrollo de los derechos y libertades, y de garantizar la seguridad ciudadana”<sup>21</sup>. El servicio policial básico se entiende como aquel conjunto de tareas relativas al ejercicio de las principales funciones encomendadas a la policía, es decir, la prevención de delitos; la intervención en delitos y accidentes; el mantenimiento de la seguridad ciudadana en manifestaciones, actos multitudinarios, conflictos colectivos y circulación, y el auxilio a la población<sup>22</sup>. Si bien se debe añadir, en particular y en relación con las policías locales, otras actividades como el control de la normativa administrativa o la intervención en conflictos y disputas privadas entre los ciudadanos<sup>23</sup>.

En cualquier caso, el concepto de policía es examinado desde diferentes perspectivas: objetiva, subjetiva, jurídica, sociológica... Desde una aproximación jurídica objetiva, para Garrido Falla es “aquella actividad que la Administración despliega en el ejercicio de sus propias potestades que por razones de interés público limita los derechos de los administrados mediante el ejercicio, en su caso, de la coacción de los mismos”<sup>24</sup>. En todo caso, policía y Administración quedan absolutamente vinculadas y, como afirma Villar Palasí, la policía es “un concepto fluctuante según la época histórica y el país, al igual que ocurre con la Administración pública”<sup>25</sup>.

<sup>18</sup> RECASENS I BRUNET, A., “Les noves polítiques de seguretat”, *Revista Catalana de Seguretat Pública (RCSP)*, n. 6-7, diciembre 2000, p. 11.

<sup>19</sup> FUENTES I GASÓ, J.R., *Alemania, un modelo de policía y seguridad para Europa*, CEDECS, Barcelona, 2002 (3.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 270).

<sup>20</sup> BALLBÉ MALLOL, M., “El modelo de pluralidad policial y la Guardia Civil”, *Cuadernos de la Guardia Civil*, n. 5, 1991, p. 36.

<sup>21</sup> FUENTES I GASÓ, J.R. y ABDELKADER GARCÍA, J.M., “El marc jurídic del model policial en el dret estatal i autonòmic. Especial referència a l'ordenació policial de l'àmbit local català”, cit., p. 93-94.

<sup>22</sup> Vid. BOSCH I MESTRES, J. y CURBET I HEREU, J., “Protecció ciutadana”, Borja Sebastià, J. (coord.), *Manual de Gestió Municipal Democràtica*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1987, p. 433-442.

<sup>23</sup> FUENTES I GASÓ, J.R. y ABDELKADER GARCÍA, J.M., “El marc jurídic del model policial en el dret estatal i autonòmic. Especial referència a l'ordenació policial de l'àmbit local català”, cit., p. 93.

<sup>24</sup> GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo II, 7.ª ed., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 171.

<sup>25</sup> VILLAR PALASÍ, J.L., “Poder de policía y precio justo. El problema de la tasa de mercado”, *Revista de Administración Pública (RAP)*, n. 16, 1995, p. 22.

### 3 El régimen jurídico de la seguridad pública

Las competencias en materia de seguridad pública –protección civil, extinción de incendios o seguridad ciudadana, entre otras– deben entenderse configuradas en el marco de la división territorial del Estado, integrada por las diferentes administraciones estatal, autonómica y local, y limitadas por los respectivos territorios, en particular en el caso de la local, cosa que nos permite afirmar, con Fuentes i Gasó y Abdelkader García, que el actual modelo policial se mueve dentro de una cierta ambigüedad, consecuencia de las diversas realidades existentes en cada nivel territorial y administrativo. Particularmente, de la asimetría que supone, de un lado, que sólo cuatro comunidades autónomas (CC. AA.) cuenten con policía propia (Cataluña, País Vasco, Navarra y Canarias)<sup>26</sup> y cinco con unidades adscritas al Cuerpo Nacional de Policía (CNP)<sup>27</sup>; y, por otro lado, el hecho de que en principio únicamente los municipios de más de 10.000 habitantes posean el cuerpo de policía local<sup>28</sup>.

#### 3.1 La Constitución española

En el marco del Estado social y democrático de derecho, la Constitución española (CE) es el fundamento del modelo de seguridad del Estado español y de Cataluña. Así, el artículo 104.1 dispone que las fuerzas y los cuerpos de seguridad “tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana”. Aunque se mencione a las FCS bajo la dependencia del Gobierno, debe entenderse extensible a todas las fuerzas y cuerpos de seguridad recogidos en la Ley orgánica 2/1968, de 13 de marzo, de fuerzas y cuerpos de seguridad (LOCFS), ya que esta norma es la respuesta legislativa del desarrollo del artículo 104 previamente citado y, por tanto, como establece, de aplicación también a las policías de las CC. AA. que las creen y a los entes locales. Esto es lo que ha llevado a Palau i Marginet a afirmar que, “a la hora de definir las competencias en seguridad, estas han estado matizadas por el Tribunal Constitucional, que ha reconocido que la seguridad pública es una materia en la cual se dan competencias concurrentes entre las diversas administraciones públicas”<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> La Policía de la Generalitat-Cuerpo de *Mossos d'Esquadra* fue creada en 1721 y refundada en 1983; la Ertzaintza fue creada en 1982; la Policía Foral de Navarra, o *Foruzaingoa*, en 1928 y refundada en 1985, y el Cuerpo General de Policía Canaria fue creado en 2010.

<sup>27</sup> La policía de la Generalitat Valenciana (1993), la Unidad de Policía de la Comunidad Autónoma de Andalucía (1992), la Unidad de Policía Adscrita del Principado de Asturias (2006), la Unidad de Policía Autónoma de Galicia (1991) y la Unidad de Policía Autónoma de Aragón (2005).

<sup>28</sup> Actualmente, todos los municipios que superan esta población tienen policía local y algún otro más pequeño, por autorización excepcional del Departamento de Interior, también. Así, de los 948 municipios catalanes, 213 tienen cuerpo de policía local –más de 11.000 agentes que proporcionan servicio directo a una población de más de 5 millones de habitantes, el 73 % del total catalán, aunque sólo está presente en el 20 % del territorio catalán–. El año 1983 existían 162 cuerpos de policía local y en 2011 ya eran 213.

<sup>29</sup> PALAU I MARGINET, A., *Conflictivitat competencial en matèria de seguretat pública*, cit., p. 26.

Desde esta perspectiva, la seguridad pública en el ámbito local, principalmente mediante sus policías, tendrá como misión constitucional la mencionada protección del libre ejercicio de las libertades de los ciudadanos para garantizar su seguridad.

Además, en esta breve aproximación constitucional debe tenerse presente el reparto competencial entre las distintas administraciones públicas. Así pues, el artículo 148.1.22 CE atribuye a las CC. AA. la ordenación y otras facultades en relación con las policías locales en los términos que establece la ley. Precisamente, bajo este título, Cataluña y otras autonomías desplegarán legislativamente sus respectivas competencias en materia de policía local mediante normas que, posteriormente, serán sancionadas por el Tribunal Constitucional<sup>30</sup>.

### 3.2 El Estatuto de Cataluña

El Estatuto de autonomía de Cataluña de 1979 (EAC79), como norma institucional básica del autogobierno de Cataluña, ya contempló la creación de un cuerpo de policía autonómica y la competencia en coordinación de la actuación de las policías locales<sup>31</sup>. Esto mismo, pero aún más ampliado y reforzado, es lo que la tradición estatutaria de Cataluña ha recogido en el Estatuto de Cataluña de 2006 (EAC), en el artículo 164.1, que atribuye a la Generalitat un amplio abanico de competencias en seguridad pública, entre las cuales, y con carácter no exhaustivo, están la de planificación y regulación del sistema de seguridad pública de Cataluña, la ordenación de las policías locales, la creación y la organización de la Policía de la Generalitat-Mossos d'Esquadra y el control y la vigilancia del tráfico<sup>32</sup>.

Asimismo, desde el punto de vista estatutario, la Generalitat de Cataluña tiene, como mínimo, competencias para coordinar las actuaciones de las policías locales, así como su ordenación, "la cual implica la determinación de los medios y los sistemas de relación que hacen posible la acción conjunta de estos cuerpos, mediante las autoridades competentes, de manera que se consiga la integración de las respectivas actuaciones particulares dentro del conjunto del sistema de seguridad que les es confiado", en virtud del artículo 25.1 LOSSPC, que desarrolla estos títulos competenciales, si bien es necesario interpretarlos en el marco del principio de autonomía local, como se explica en esta obra<sup>33</sup>.

<sup>30</sup> *Vid. post.*

<sup>31</sup> El artículo 13.1 EAC79 establecía que "la Generalitat podrà crear una policia autònoma..."; y así fue como, mediante la Ley 19/1983, de 14 de julio, se creó el cuerpo de los Mossos d'Esquadra como policía de la Generalitat de Cataluña.

<sup>32</sup> *Vid. FUENTES I GASÓ, J.R., "El régimen local de Cataluña y la viabilidad de articulación de una planta política y administrativa propia después de la sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de junio de 2010"; Revista Catalana de Dret Públic. Especial Sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006, 2010, pp. 218-224.*

<sup>33</sup> El artículo 25.2 LOSSPC dispone que la coordinación de la actividad de las policías locales abarca las siguientes funciones:  
 "a) Promover la homogeneización de los medios técnicos y la uniformidad de otros elementos comunes.  
 b) Establecer las normas básicas de estructura y organización interna a las que deben ajustarse las policías locales, y la normativa de acceso, formación y promoción de sus respectivos miembros.  
 c) Determinar, por reglamento, con informe previo de la *Comissió de Policia de Catalunya*, los tipos de armas que deben utilizar las policías locales, las características de los depósitos de armas, las normas para administrarlas y las medidas de seguridad necesarias para evitar la pérdida, sustracción o uso indebido, de acuerdo con la normativa vigente en materia de armamento.  
 d) Establecer, con el informe previo de la *Comissió de Policia de Catalunya*, las características comunes de los uniformes, las insignias, los distintivos, el equipamiento, los vehículos y el resto de los complementos de las policías locales que puedan ser

### 3.3 La legislación local

El artículo 25.2 de la Ley 7/1985, de 3 de abril, reguladora de las bases del régimen local (LRBRL), como legislación básica del Estado, establece que los municipios ostentan competencias propias, en todo caso, en materia de:

- Policía local, protección civil y extinción de incendios.
- Tráfico, estacionamiento de vehículos y movilidad, así como en transporte colectivo urbano.

En el año 2013, la LRBRL fue modificada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local (LRSAL), y con anterioridad a dicha reforma el artículo 25.2 de la LRBRL contemplaba que los ayuntamientos eran competentes en el ámbito de la “seguridad en los lugares públicos”<sup>34</sup>. Con la reforma de la LRSAL, en lugar de hablar de “seguridad en los lugares públicos” se hace referencia al concepto “policía local”, es decir, que los ayuntamientos son competentes en el ámbito de la “policía local”. Esta modificación en la terminología ha introducido diferentes interrogantes en el ámbito teórico, debido a que la nueva redacción de la LRBRL no aclara si cuando se habla de policía local se hace referencia a la policía local como unidad administrativa o bien como a actividad administrativa<sup>35</sup>.

Por el contrario, en el artículo 66.3 del Decreto legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el cual se aprueba el Texto refundido de la Ley municipal y del régimen local de Cataluña (TRLMC), como norma local fundamental de Cataluña que desarrolla el régimen local propio de Cataluña, continúa haciendo referencia a la seguridad en los espacios públicos y al resto de competencias en este campo de la misma forma en que lo hacía el original artículo 25.2 de la LRBRL, y establece, en consecuencia, una regulación más amplia que la legislación básica estatal.

Desde un punto de vista práctico, esta modificación de la LRBRL no ha alterado el sistema competencial local en el ámbito de la seguridad, ya que los ayuntamientos han continuado gestionando los conflictos que se plantean localmente<sup>36</sup>. Es más, las administraciones locales, por el hecho de ser más próximas a la ciudadanía, se han

---

uniformados para garantizar la efectividad operativa y la identificación pública de los policías locales, sin perjuicio de que cada municipio pueda añadir elementos característicos propios”.

<sup>34</sup> Vid. *in totum* FUENTES I GASÓ, J.R., “Consecuencias de la Ley 27/2013, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, en el régimen local de Cataluña”, *Revista Vasca de Administración Pública (RVAP)*, n. 101, 2015, pp. 55-88.

<sup>35</sup> Acosta Gallo califica como desafortunada la sustitución de “seguridad en espacios públicos” por “policía local”, porque “seguridad en espacios públicos” era una materia y, en cambio, “policía local” hace referencia a la actividad (ACOSTA GALLO, P. “La seguridad pública en el ámbito local”, García Rubio, F. (coord.), *Análisis de las repercusiones de la reforma local sobre la organización, competencias y servicios de las entidades locales*, INAP, Madrid, 2015, p. 307). Por otro lado, para Aguado i Cudolà, la limitación del concepto está justificada porque “seguridad en los espacios públicos” era un título competencial muy amplio que amparaba distintos pronunciamientos judiciales de responsabilidad patrimonial, razón por la cual se promovió la sustitución por “policía local” para limitarlo a un tema orgánico (AGUADO I CUDOLÀ, V., “El ressorgir dels serenos a l'àmbit local: entre la seguretat privada i la convivència ciutadana”, *Revista Catalana de Dret Públic (RCDP)*, n. 61, 2020, p. 116).

<sup>36</sup> En este sentido, Acosta Gallo destaca que esta sustitución terminológica no ha implicado una disminución de competencias a nivel local, ya que la policía local continúa, como ya hacía con anterioridad a la reforma, ejerciendo funciones de policía de seguridad, de policía administrativa y de policía judicial. Es más, destaca que esta modificación ha permitido que los cuerpos policiales locales ya posean su propio espacio competencial (ACOSTA GALLO, P., “La seguridad pública en el ámbito local”, cit., p. 309).

adaptado a las necesidades que los vecinos les plantean día a día y, por tanto, deben ajustar sus recursos a estas nuevas necesidades.

En todo caso, debe destacarse que estas competencias recogidas en el artículo 25.2 LRBRL como competencias propias del municipio deben de llevarse a cabo bajo su responsabilidad y sobre la base de la autonomía local que rige, y respetar la coordinación con el resto de las administraciones locales<sup>37</sup>.

### 3.4 El régimen jurídico en materia de seguridad viaria

El régimen competencial del tráfico y la seguridad viaria está recogido fundamentalmente en el Real decreto legislativo 6/2015, de 30 de octubre, que aprobó el Texto refundido de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad viaria (TRLTSV).

Este texto mantiene el espíritu de su predecesor, el Real decreto legislativo 339/1990, de 2 de marzo, que aprobó el Texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad viaria, debido a que se configura como una típica *ley de policía*, en el sentido tradicionalmente establecido, por el hecho de que está integrado el citado texto normativo, en su mayoría, por disposiciones restrictivas de derechos individuales con la finalidad de lograr la mejor protección y salvaguarda de los bienes jurídicos objeto de una tutela pública eficaz.

Este texto legal desarrolla en sus artículos –4 y 7, principalmente– las competencias de las administraciones del Estado y de los entes locales, sin perjuicio de las que tengan asumidas las CC. AA. a través de sus propios estatutos (artículos 1 y 4 TRLTSV), como es nuestro caso, mediante el artículo 164.1.c) EAC.

Las competencias en materia de seguridad viaria a nivel local las establecen los artículos 25.2.b) LRBRL y 66.3.c) TRLMC, unas competencias que son ejercidas por los entes locales, primordialmente a través de las policías locales, y que son desarrolladas en gran parte mediante las ordenanzas municipales de circulación (artículo 7 TRLTSV), y que desde la reforma realizada por la Ley orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley orgánica del poder judicial, en la LOFCS, se abrió la posibilidad de que los municipios más grandes, a través de sus plenos, pudiesen crear cuerpos funcionariales que tuviesen la condición de agente de la autoridad, sin que formasen parte de las FCS, pero subordinados a los miembros de los cuerpos de policía local con el fin de controlar el tráfico rodado. Esta posibilidad se ha materializado en algunos ayuntamientos con la creación del cuerpo de vigilantes de tráfico<sup>38</sup>.

Finalmente, es necesario destacar, volviendo a la reforma introducida por la LRSAL en el artículo 25.2 de la LRBRL, que esta modificación en el ámbito de la seguridad viaria incorporó una mirada más global de las competencias en seguridad viaria a nivel local, ya que el artículo 25.2 originario preveía que los municipios tenían la

<sup>37</sup> En este sentido, *vid.* GARCÍA ARANDA, S., *La autonomía local en la Constitución de 1978*, Ed. Dykinson, Madrid, 2015, p. 68.

<sup>38</sup> ACOSTA GALLO, P., “La seguridad pública en el ámbito local”, *cit.*, p. 308, destaca como en los últimos años, y como consecuencia del aumento de políticas de seguridad local, se han dado supuestos en que la policía local ha obtenido competencias, en el sentido en que ha conseguido nuevas funciones ampliando las que ya tenía, pero ha perdido otras, es decir, ha dejado de ejercer algunas que tradicionalmente había ejecutado, como el control del tráfico.

competencia de ordenar el tráfico de vehículos y personas en las vías urbanas; no obstante, tras la modificación de la LRSAL, este precepto prevé que los ayuntamientos tienen competencia en tráfico, estacionamiento de vehículos y movilidad, así como en transporte colectivo urbano. El concepto movilidad supera el concepto tradicional de ordenar el tráfico de vehículos y personas y apuesta por una gestión de la movilidad desde un punto de vista seguro, eficiente y sostenible.

### 3.5 El desarrollo normativo en materia de seguridad pública desde las previsiones legislativas constitucionales

Las disposiciones constitucionales en materia de seguridad pública se han desarrollado a través de dos normas legales de carácter orgánico:

*a) Ley orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de fuerzas y cuerpos de seguridad (LOFCS)*

La LOFCS desarrolla básicamente la previsión del artículo 104 CE, así como los aspectos competenciales en materia de seguridad pública (artículo 149.1.29 CE). Esta norma establece que la seguridad pública es competencia exclusiva del Estado; no obstante, se prevé que las distintas CC. AA. participarán en el mantenimiento de la seguridad pública en los términos que establezcan los respectivos estatutos, y los entes locales lo harán en lo que establezca la LBRL. Asimismo, cuando se hace referencia al mantenimiento de la seguridad pública, se ejercerá por parte de las distintas administraciones públicas a través de las FCS, de las cuales forman parte también, como ya hemos visto, las policías autonómicas y locales.

Como se puede comprobar con este marco competencial constitucional, estatutario y legislativo mencionado, se puede calificar la competencia de la seguridad pública como multinivel, donde intervienen diferentes administraciones territoriales (estatal, autonómica y local); por ello, y de conformidad con la exposición de motivos de la LOFCS, que cataloga la seguridad pública como indivisible y el carácter concurrente del ejercicio de esta competencia, se establece el principio de cooperación recíproca entre los distintos cuerpos policiales (artículos 12, 38 y 53 LOFCS)<sup>39</sup>.

*b) Ley orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana (LOSC)*

La LOSC desarrolla diversos aspectos de los artículos 149.1.29 y 104 CE, si bien a la hora de hacer referencia a las autoridades competentes en materia de seguridad relaciona órganos de la Administración del Estado, y esta norma también establece que las autoridades locales continuarán ejerciendo las facultades correspondientes, de acuerdo con la LOFCS y la LBRL.

Además, la LOSC prevé de manera específica que los alcaldes y las alcaldesas podrán imponer las sanciones y adoptar las medidas previstas en la LOSC cuando las infracciones se lleven a cabo en espacios públicos municipales o afecten a bienes de titularidad local, siempre que tengan competencia sobre la materia de acuerdo

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 306.

con la legislación específica, una situación que abre la posibilidad de que mediante ordenanza municipal se puedan introducir especificaciones o graduaciones en el cuadro de las infracciones y de las sanciones tipificadas en la LOSC, siempre que no constituyan nuevas infracciones o sanciones ni alteren su naturaleza y límites con el objetivo de contribuir a una más correcta identificación de las conductas o una más precisa determinación de las sanciones correspondientes (artículos 32 y 41 LOSC).

### 3.6 El desarrollo normativo en materia de seguridad pública de las previsiones legislativas estatutarias

Tal y como se ha puesto de manifiesto, en el desarrollo de las previsiones constitucionales y estatutarias, la Generalitat de Cataluña ostenta competencias para coordinar las actuaciones de las policías locales, así como su ordenación y el resto de las facultades que le puedan ser atribuidas por las leyes. En este sentido, detallamos el desarrollo legislativo que en este contexto ha realizado el Parlamento de Cataluña:

- a) *Ley 4/2003, de 7 de abril, de ordenación del sistema de seguridad pública de Cataluña (LOSPC)*<sup>40</sup>

Es la ley básica sobre esta materia en Cataluña, y tiene por objeto la ordenación de las competencias de la Generalitat en materia de seguridad pública, especialmente las de policía, y su integración con las de protección civil, tráfico, juego y espectáculos y seguridad privada, en un sistema general de seguridad propio de Cataluña participado por otras administraciones con competencias en esta materia en los términos que hemos indicado. Y es que el sistema de seguridad pública de Cataluña tiene como finalidad su contribución al desarrollo de políticas públicas de prevención y protección eficaces en la protección de derechos y libertades de los ciudadanos, en la preservación de la convivencia y en el fomento de la cohesión social.

En este sentido, resaltamos los tres grandes objetivos de la LOSPC: ordenar el sistema de seguridad pública de Cataluña, coordinar las instituciones implicadas en la seguridad pública y mejorar la participación de los ciudadanos para ofrecer un servicio rápido y eficaz<sup>41</sup>. Por otro lado, se prevé el despliegue, sobre todo en el territorio catalán, del mapa policial y tiene a la vez una gran incidencia en los términos municipales, principalmente en la creación de las juntas locales de seguridad y de los planes locales de seguridad.

La LOSPC conceptualiza la Policía de la Generalitat-Mossos d'Esquadra o Cos dels Mossos d'Esquadra (CME) en conjunto con las distintas policías locales como la policía propia de Cataluña<sup>42</sup>.

<sup>40</sup> *Vid. post* el apartado 5 de este capítulo.

<sup>41</sup> GÓMEZ HERRERO, A., "La Llei catalana del sistema de seguretat pública y el procés de desenvolupament de la policia autonòmica", *Revista Catalana de Seguretat Pública (RCSP)*, n. 16, 2016, p. 131.

<sup>42</sup> Para Gómez Herrero, que el legislador catalán haya incluido en la catalogación de la policía de Cataluña tanto al CME como a los distintos cuerpos policiales locales puede constituirse como un precedente para una futura ley de policía de Cataluña en la que se incluya la regulación conjunta de estos cuerpos policiales similar a la Ley de policía del País Vasco (GÓMEZ HERRERO, A., "La Llei catalana del sistema de seguretat pública y el procés de desenvolupament de la policia autonòmica", cit., p. 142).

b) *Ley 16/1991, de 10 de julio, de las policías locales (LPL)*<sup>43</sup>

La LPL explicita claramente, en su exposición de motivos, el papel de la policía local en el sistema de seguridad pública cuando establece que “la Ley orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de fuerzas y cuerpos de seguridad, regula a grandes rasgos las policías locales y las considera como un cuerpo de seguridad más, al lado de las policías autonómica y del Estado”.

Así pues, en el marco de esta norma básica se aprueba la LPL de Cataluña, con el objeto de establecer un régimen jurídico homogéneo que a la vez integre los diferentes cuerpos policiales en un mismo sistema de seguridad pública y permita la coordinación, con un riguroso respeto al principio de autonomía municipal. En cuanto al régimen estatutario, además de las previsiones legales, será necesario atender también a los reglamentos específicos de cada cuerpo y otras normas dictadas por los ayuntamientos correspondientes<sup>44</sup>.

Esta ley confiere a las policías locales de Cataluña un amplio abanico competencial, bajo el mando del alcalde o alcaldesa (artículo 4.2, en concordancia también con el artículo 53.1 letra j. del TRLMC), en el ámbito territorial del término municipal (artículo 3.4 LOSPC). Cabe decir que el ámbito competencial de las policías locales se encuentra restringido, sin poderse desarrollar competencias fuera, únicamente limitado a los supuestos mínimamente establecidos, como la persecución “en caliente”, y en este sentido, sin la posibilidad de mancomunarse con otros municipios, hasta la modificación establecida mediante la Ley orgánica 16/2007, de 13 de diciembre, complementaria de la Ley 45/2007, para el desarrollo sostenible del medio rural. Antes de esta modificación, el Tribunal Constitucional<sup>45</sup> había sido rotundo en el sentido de prever únicamente la posibilidad de establecer acuerdos de colaboración entre municipios limítrofes, previa autorización del *conseller* o *consellera* competente en materia de interior, para casos de necesidad, sin posibilidad de creación de policías supramunicipales ni de creación extraterritorial de cuerpos de policía local. Sólo se admitía, asimismo, el establecimiento de mecanismos de colaboración basados en la adscripción o transferencia de agentes temporalmente<sup>46</sup>. Mediante la mencionada reforma legal, se ha posibilitado la creación de policías locales mancomunadas, con buena lógica tras los repetidos episodios de inseguridad ciudadana en muchos municipios, principalmente los rurales, y que no pueden contar con un cuerpo de policía

En la actualidad, el CME se encuentra regulado en la Ley 10/1994, de 11 de julio, de la policía de la Generalitat de Cataluña-Mossos d'Esquadra, y las diferentes policías locales se regulan en la Ley 16/1991, de 10 de julio, de las policías locales, aunque el 21 de marzo de 2020 finalizó el plazo de consulta previa de la elaboración del anteproyecto de ley del sistema de policía de Cataluña, que tendría como finalidad regular de manera conjunta un sistema único de policía de Cataluña con dos cuerpos policiales: el CME y la policía local de Cataluña, en lugar de las 217 actuales. Asimismo, *vid.* MARTÍNEZ HERNÁNDEZ, A.J., “El sistema de policía de Catalunya: un nou model organitzatiu policial”, *Working Papers*, n. 367, Institut de Ciències Polítiques i Socials (ICPS), Barcelona, 2012, que realiza una propuesta de un nuevo modelo organizativo policial de Cataluña.

<sup>43</sup> Que derogó la Ley 10/1983, de 5 de marzo, de coordinación de policías locales.

<sup>44</sup> Tal y como ya se ha apuntado, Cataluña es un país muy fragmentado por lo que respecta a la organización municipal, con 947 municipios, de los cuales 213 poseen policía local, con más de 11.000 agentes, que proporcionan servicio directo a una población de más de 5 millones de habitantes, el 73% del total catalán, aunque únicamente se presente en los núcleos de población principal, es decir, el 20% del territorio catalán. (*Departament d'Interior de la Generalitat de Catalunya*, 2021).

<sup>45</sup> STC 85/1993, de 8 de marzo.

<sup>46</sup> STC 81/1993 y 86/1993, de 8 de marzo.

propio por falta de recursos económicos. La nueva previsión legal prevé que, cuando se trate de municipios limítrofes y pertenecientes a una misma comunidad autónoma que cuenten con plantillas de policía insuficientes para poder prestar sus servicios con garantías, se podrán crear cuerpos policiales mancomunados, con el preceptivo informe favorable de las administraciones autonómica o estatal, según los casos<sup>47</sup>.

Atendiendo a la diversidad municipal de Cataluña, con muchos pequeños municipios y muy pocos, porcentualmente hablando, con una población de más de 10.000 habitantes –que es el tramo a partir del cual se contempla la facultad de constituir un cuerpo de policía local (artículo 3 LPL)–, la ley prevé otras posibilidades. La LPL establece que los municipios que no dispongan de policía local podrán dotarse de guardias, vigilantes municipales –que es el nombre generalizado de estos cuerpos singulares–, alguaciles o similares que ejerzan la custodia de los bienes, servicios e instalaciones y dependencias municipales, la ordenación y regulación del tráfico en el núcleo urbano, las tareas de auxilio al ciudadano, velar por el cumplimiento de los reglamentos, ordenanzas, bandos y resoluciones municipales, etc. Esta posibilidad ha tenido una buena acogida en muchos municipios, y debería potenciarse aún más, aunque será necesario velar en todo momento por la coordinación con el cuerpo de los Mossos d'Esquadra.

*c) Ley 4/1997, de 20 de mayo, de protección civil de Cataluña (LPCC)*

El artículo 30.4 CE se refiere indirectamente a la protección civil cuando establece que mediante una ley podrán ser regulados los deberes de los ciudadanos en los casos de riesgo grave, de catástrofe o de calamidad pública. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha definido la “protección civil” como un conjunto de acciones dirigidas a evitar, reducir o corregir los daños causados a personas y bienes por toda clase de medios de agresión y por los elementos naturales o extraordinarios en tiempos de paz cuando la amplitud y la gravedad de sus efectos son dotados con carácter de calamidad pública.

En el régimen local, dentro del núcleo de competencias propias que han de ser ejercidas por los municipios, el artículo 25.2.c) LRRL prevé la “protección civil, prevención y extinción de incendios” en los términos de la legislación del Estado y de las CC. AA. en los mismos términos que el artículo 63.2.c) TRLRMC.

El desarrollo legislativo hecho en Cataluña en materia de protección civil se realizó a través de la LPCC, que culmina la creación de una estructura de protección civil integrada en las diversas administraciones catalanas, Generalitat y entes locales en cuanto al Estado. En relación con la Administración local, la sección tercera de esta ley establece una regulación precisa de sus funciones y competencias. En este sentido, se ha conjugado la coordinación de actuaciones y la integración de planes, medios y servicios con el respeto a la autonomía de los entes locales, especialmente de los municipios. Por otro lado, los municipios se definen como los entes locales básicos de protección civil en Cataluña los cuales disponen de capacidad general de

<sup>47</sup> En este sentido, las primeras reacciones doctrinales ya dejan entrever algunas posibles insuficiencias (MAINAR ENE, J.M., “Una nueva policía mancomunada”, *El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados*, n. 18, 2008, pp. 3024-3035).

actuación y de planificación en esta materia, y estos ejercen las funciones que les atribuye la ley y cualquier otra que, sin contradecirla, resulte necesaria en el ámbito de su colectividad para la protección de las personas, los bienes y el medio ambiente ante situaciones de riesgo colectivo grave, catástrofes o calamidades públicas. De acuerdo con estas previsiones, corresponde al pleno de los ayuntamientos:

- Aprobar el plan básico de emergencia municipal, los planes específicos municipales, los planes de actuación municipal y, en general, cualquier otro instrumento de planificación de protección civil en el ámbito municipal.
- Crear la comisión municipal de protección civil.
- Otras funciones que le otorgue la legislación vigente.

Por lo que se refiere a las competencias del alcalde o alcaldesa, es necesario decir que se trata de la autoridad local superior de protección civil, sin perjuicio de las funciones de la persona titular del departamento competente en la materia en el Govern de la Generalitat de Catalunya. En este sentido, los ayuntamientos que por ley están obligados a adoptar planes de protección civil deben crear y mantener centros de coordinación operativa en las condiciones que fije por reglamento el Govern y, en todo caso, deben actuar en coordinación con el Centre de Coordinació Operativa de Catalunya (CECAT). Los municipios con más de 50.000 habitantes, así como los municipios que, sin llegar a esta población, tienen en su término empresas, entes, centros o instalaciones obligados a adoptar planes de autoprotección, y los municipios de carácter especial tipificados en el artículo 17.2 LPCC, deben crear una *comisión municipal de protección civil*. En el resto de los municipios, la creación de esta comisión es facultativa y corresponde decidirlo, en su caso, al pleno del ayuntamiento. La comisión está integrada por el alcalde o alcaldesa, quien la preside, y por los representantes del ayuntamiento y de las otras administraciones que disponen de servicios adscritos a los planes municipales; por representantes de las entidades colaboradoras en funciones de protección civil y de las asociaciones de voluntarios y voluntarias, si existen; por los directores o directoras de los planes de autoprotección de las empresa y de los centros del municipio que sean convocados, y por el personal técnico que se considere necesario. Esta comisión tiene carácter consultivo, deliberante y coordinador, y ejerce las funciones que le sean asignadas por las leyes, reglamentos y ordenanzas municipales.

Expresamente, debe tenerse en cuenta también que los consejos comarcales son entidades que participan en las tareas de protección civil en Catalunya y ejercen las funciones establecidas por la LPCC y cualquier otra normativa que, sin contradecirla, resulte necesaria en el ámbito de su colectividad para la protección de las personas, los bienes y el medio ambiente. La misión de los consejos comarcales consiste básicamente en proporcionar apoyo, asistencia y cooperación a las funciones municipales de protección civil. Los consejos comarcales pueden crear y mantener un centro de coordinación de emergencias comarcales, por delegación expresa de los municipios interesados, que ha de estar comunicado y debe coordinarse con

regap



ESTUDIOS

los centros municipales de coordinación operativa y con el CECAT. Asimismo, los consejos comarcales pueden crear comisiones comarcales de protección civil, con carácter consultivo, deliberante y coordinador, y de asistencia y cooperación para los municipios. El Govern debe determinar por reglamento las funciones.

Por otro lado, es necesario indicar que en el EAC se recogen y delimitan de forma expresa, y por primera vez en el ámbito estatutario, las competencias de la Generalitat en materia de emergencias y protección civil en el artículo 132, de acuerdo con el cual corresponde a la Generalitat la competencia exclusiva en materia de protección civil, la cual incluye, en todo caso, las funciones siguientes:

- La regulación, planificación y ejecución de medidas relativas a las emergencias y la seguridad civil.
- La dirección y la coordinación de los servicios de protección civil, que incluyen los servicios de prevención y extinción de incendios.

Estas funciones se realizarán sin perjuicio de las facultades de los entes locales en la materia y respetando lo que establezca el Estado en el ejercicio de sus competencias en materia de seguridad pública. La Generalitat deberá promover mecanismos de colaboración con otras CC. AA. y con el Estado en los casos relativos a emergencias y protección civil que abarquen un territorio superior al catalán.

Finalmente, se atribuye al Govern de la Generalitat de Cataluña la competencia ejecutiva en materia de salvamento marítimo, en los términos que determine la legislación del Estado, así como la participación en la ejecución en materia de seguridad nuclear, en los términos acordados en los convenios suscritos a tal efecto y, en su caso, en las leyes.

## 4 Las competencias de los entes locales en materia de seguridad pública

El artículo 149.1.29 CE establece –y la LOFCS reitera– que el Estado tiene competencia exclusiva en seguridad pública, si bien el marco jurídico y el ámbito competencial en materia de seguridad pública no se puede restringir únicamente a una interpretación literal del artículo 149.1.29 CE, ya que el desarrollo legislativo del Parlamento de Cataluña y la doctrina del mismo Tribunal Constitucional han configurado un ámbito competencial mucho más amplio, que ha mutado notablemente en Cataluña, sobre todo con el Estatuto de 2006.

Desde el punto de vista de la división territorial del Estado, los entes locales, como Administración territorial, disponen de competencias en materia de seguridad pública, si bien no derivan del texto constitucional, como en el caso de las otras administraciones territoriales, sino de la misma LOFCS. No obstante, se debe tener en cuenta que el artículo 148.1.22 CE establece que son competencias de las CC. AA. la coordinación y otras facultades en relación con las policías locales; por tanto, desde

el punto de vista constitucional, se está haciendo una referencia clara al hecho de que la Administración local tiene competencias en materia de seguridad pública.

#### 4.1 Competencias en materia de seguridad ciudadana

Los entes locales ejercitan básicamente las competencias en materia de seguridad ciudadana a través de sus policías locales, que, como hemos visto, forman parte de las FCS, obedeciendo a un sistema pluralista y que, como defiende el profesor Ballbé Mallol, presenta más ventajas sobre el modelo unitario, entre otros, por el control entre los cuerpos policiales y por su competitividad y mejor respuesta ante los problemas de la ciudadanía<sup>48</sup>. Este último aspecto se observa de una manera muy patente en el ámbito local, donde las políticas públicas que adoptan los entes locales pueden diferir entre ellas. Además, debe hacerse notar una cierta tendencia del Gobierno central a implicar más a los entes locales en el mantenimiento diario de la seguridad pública, como en el caso de las instrucciones dictadas por la fiscalía en el sentido de que las policías locales se impliquen en el tema de la seguridad laboral.

En definitiva, el papel primordial de un servicio público de policía organizado, eficiente y eficaz ha de ser dar una respuesta clara y decidida a las necesidades de los ciudadanos y ciudadanas, que son, al final, los destinatarios del servicio. Esta actividad debe desarrollarse siempre con vocación de servicio público.

Los municipios de más de 10.000 habitantes –y los de menos cuando lo autorice el departamento con competencias en materia de interior– pueden crear un cuerpo de policía local (artículo 3 LPL), de acuerdo con las siguientes notas:

- a) La organización de la policía local se basa en una estructura funcional jerarquizada, dotada de la condición de autoridad y con la posibilidad de ejercer legítimamente el uso de la fuerza. Así, los artículos 52 LOFCS y 2 LPL definen a la policía local como “un instituto armado de naturaleza civil con estructura y organización jerarquizada”.
- b) Las funciones de la policía local se encuentran básicamente recogidas en el artículo 11 LPL, con la misión de preservar la convivencia y la protección de las personas y los bienes, en el marco de los principios de legalidad y proporcionalidad y con el respeto pleno a los derechos fundamentales de las personas. Desde esta perspectiva, el cuerpo de la policía local se define como un servicio del ayuntamiento con la finalidad de coadyuvar al cumplimiento de sus fines y, a la vez, como un servicio para la comunidad, con un mandato explícito de coadyuvar al bienestar social y de cooperar con otros agentes sociales en los ámbitos preventivo, asistencial y de rehabilitación.
- c) La coordinación entre los diferentes cuerpos policiales competentes en materia de seguridad pública (seguridad ciudadana, seguridad viaria y protección civil,

<sup>48</sup> BALLBÉ MALLOL, M., “Principios pluralistas”, Ballbé Mallol, M. y Franch i Sagner, M., *Manual de Derecho Administrativo*, Universitat Autònoma de Barcelona - Agencia Española de Cooperación Internacional, Girona, 2020, pp. 33-72.

entre otras) es una necesidad patente a la hora de llevar a cabo sus actuaciones. Con esta finalidad, se prevé la creación de una junta local de seguridad y de una mesa de coordinación operativa. El despliegue completo de los *Mossos d'Esquadra* plantea la necesidad de potenciar y, en su caso, ampliar los órganos de coordinación, en el marco de la LOSPC.

## 4.2 Competencias en materia de seguridad viaria

En lo que respecta a la competencia municipal en esta materia, debe partirse del artículo 25.2, letras a y b, LBRL, que establece que el municipio ejerce competencias relativas a la policía local y al tráfico, estacionamiento de vehículos y movilidad, lo cual necesariamente conduce a la legislación sectorial. La TRLTSV, como ya hacía la TALTSV, atribuye a los entes locales, o más concretamente a los municipios, una competencia propia –y no delegada de la Administración del Estado, como resultaba del Código de Circulación– en materia de tráfico en las vías urbanas, que contiene una relación detallada de estas competencias, las cuales pueden ser agrupadas de la siguiente manera:

- a) *Competencias reglamentarias*, que suponen la regulación, mediante disposiciones de carácter general, de los usos de las vías públicas, haciendo compatible la distribución equitativa de los aparcamientos entre todos los usuarios, con la fluidez necesaria del tráfico rodado y con el uso para los viandantes de las calles.
- b) *Competencias ejecutivas*, mediante la ordenación y el control del tráfico en las vías urbanas, que incluyen la vigilancia y la denuncia por parte de los propios agentes de las infracciones y la imposición de sanciones, la autorización de pruebas deportivas en el núcleo antiguo y el cierre de las vías.
- c) *Competencias preventivas*, que abarcan tanto la inmovilización como la retirada y el depósito de los vehículos que obstaculicen o dificulten la circulación o que supongan un peligro, y también la realización de las pruebas para determinar el grado de intoxicación alcohólica o por estupefacientes, psicotrópicos o estimulantes de los conductores que circulen por las vías urbanas.

Finalmente, debe destacarse que en Cataluña la Ley 14/2997, de 24 de diciembre, de creación del *Servei Català de Trànsit*, regula la *Comissió Catalana de Trànsit i Seguretat Viària* como un órgano consultivo y de participación adscrito al *Servei Català de Trànsit*, donde pueden participar representantes de los diferentes departamentos de la Generalitat que tienen incidencia en el tráfico y la seguridad viaria, de las organizaciones municipales más representativas de Cataluña y de las entidades públicas y privadas vinculadas a esta materia, así como las personas de reconocido prestigio en el ámbito de la seguridad viaria. Esta comisión tiene como finalidad actuar como un foro de análisis, reflexión, debate y participación para mejorar la seguridad y la

gestión del tráfico. La participación de las administraciones locales en este tipo de órganos permite tener una visión en conjunto de la seguridad viaria y de la movilidad.

### 4.3 Las competencias en materia de extinción de incendios

Las competencias en prevención y seguridad en materia de extinción de incendios corresponden tanto al gobierno de la Generalitat de Cataluña (art. 132.1 EAC)<sup>49</sup> como a los municipios (art. 84 EAC)<sup>50</sup>. Y en este marco, la Ley 5/1994, de 4 de mayo, de regulación de los servicios de prevención y extinción de incendios y de salvamento de Cataluña (LRSPEIS), establece que, de conformidad con la legislación de régimen local, los municipios con más de veinte mil habitantes tendrán que prestar el servicio de prevención y extinción de incendios, ya que esta materia se constituye como un servicio mínimo (artículo 64 TRMLC). No obstante, la misma LRSPEIS prevé que estos ayuntamientos, cuando cumplan los requisitos legales, podrán solicitar la dispensa de la prestación del servicio al Govern de la Generalitat. En caso de dispensa, como en el caso de los ayuntamientos de menos de veinte mil habitantes, quien prestará el servicio de prevención y extinción de incendios será la Generalitat. Esta previsión legal comporta que, en el caso de Cataluña, la prevención y la extinción de incendios es prestada mayoritariamente por el cuerpo de bomberos de la Generalitat, excepto algún consistorio, que lo hace de manera propia, como el caso del Ayuntamiento de Barcelona, que mantiene su propio cuerpo de bomberos.

Por otro lado, la Ley 3/2010, de 18 de febrero, de prevención y seguridad en materia de incendios en establecimientos, actividades, infraestructuras y edificios (LPSIEAIE), establece como competencia municipal las funciones necesarias para regir la seguridad en caso de incendio dentro del municipio en los términos que establece la normativa de aplicación, en especial las funciones normativas de control, de inspección, de informe y sancionadoras, todo ello sin perjuicio de la supervisión y el control superiores reservados a la Administración de la Generalitat. Además, prevé que corresponde a los ayuntamientos la verificación de las condiciones de seguridad en caso de incendio en los casos en que tengan la competencia para conceder la licencia de obras o de actividades, directamente o bien por medio de las entidades colaboradoras de la Administración previamente autorizadas.

### 4.4 Las competencias en materia de protección civil

Tanto en las normas del régimen local estatal como en las específicas de protección civil (artículos 47 a 51 LPCC), y en particular en el artículo 66.3.c) TRLMC, se otorgan

<sup>49</sup> El artículo 132.1. EAC establece que “corresponde a la Generalitat la competencia exclusiva en materia de protección civil, que incluye, en todo caso, la regulación, la planificación y la ejecución de medidas relativas a las emergencias y la seguridad civil, y también la dirección y la coordinación de los servicios de protección civil que incluyen los servicios de prevención y extinción de incendios, sin perjuicio de las facultades en esta materia de los gobiernos locales y respetando lo que establezca el Estado en el ejercicio de sus competencias en materia de seguridad pública”.

<sup>50</sup> El artículo 84 EAC prevé la protección civil y la prevención de incendios como una competencia propia de los gobiernos locales de Cataluña en los términos que determinen las leyes.

competencias a los entes locales en materia de protección civil. Así, la legislación conceptúa los municipios como aquellas entidades básicas de la protección civil en Cataluña que disponen de capacidad general de actuación y de planificación en esta materia y ejercen funciones necesarias en el ámbito de su colectividad para la protección de las personas, los bienes y el medio ambiente ante situaciones de riesgo colectivo, catástrofes o calamidades públicas.

Los municipios con una población superior a los veinte mil habitantes y los que tengan la consideración de turísticos o de riesgo especial por su situación geográfica o actividad industrial, independientemente de su número de habitantes, tienen la obligación de elaborar y aprobar un plan básico de emergencia municipal, y para el resto de los municipios será potestativa la elaboración.

Los municipios afectados por riesgos objeto de planes especiales aprobados por el Govern de la Generalitat deberán incorporar las previsiones derivadas del plan especial en sus planes de actuación municipal, en todo aquello que les afecte. Asimismo, los municipios afectados por riesgos concretos diferentes a los contemplados en los planes especiales aprobados por el Govern de la Generalitat podrán elaborar y aprobar planes específicos municipales para gestionar estos riesgos concretos.

Ante la diversidad de planes prevista en la Ley 4/1997, de 20 de mayo, de protección civil de Cataluña (LPCC), se aprobó el Decreto 155/2014, de 25 de noviembre, por el cual se aprueba el contenido mínimo para la elaboración y homologación de sus planes de protección civil municipales y se establece el procedimiento para la tramitación conjunta, con el objetivo de facilitar la elaboración y la tramitación de los planes de emergencia a escala municipal, motivo por el cual se determinó que todos los planes de emergencia municipal quedasen recogidos en un único documento llamado *Document únic de protecció civil municipal* (DUPROCIM), donde se contemplan todos los riesgos que afectan a un municipio de conformidad con los diferentes planes de emergencia municipales.

Desde un punto de vista técnico-jurídico, los municipios tienen la obligación de adaptar y dimensionar el contenido mínimo de los planes de protección civil en función de los riesgos que puedan producirse en su interior y de su capacidad técnica y funcional, y respetar las indicaciones recogidas en las diferentes guías técnicas aprobadas por la dirección general competente en materia de protección civil. Una vez elaborados estos planes municipales de protección civil, tienen que someterse a información pública y la *Comissió Municipal de Protecció Civil*, si existe<sup>51</sup>, elaborará un informe, para finalmente, y en tramitación conjunta, ser aprobados por el pleno del ayuntamiento<sup>52</sup>. La aprobación se materializa mediante el DUPROCIM que, una vez hecho, se somete a la *Comissió de Protecció Civil de Catalunya* para que pueda homologar los diferentes planes previstos en este documento.

<sup>51</sup> Vid. apartado 3.6.c) de este capítulo para conocer las funciones y la composición de la *Comissió Municipal de Protecció Civil*.

<sup>52</sup> Debe destacarse que los ayuntamientos pueden solicitar apoyo y asistencia técnica en la elaboración de los planes municipales de protección civil a la Dirección General competente en materia de protección civil, a los consejos comarcales o al resto de administraciones supramunicipales. Esta asistencia la pueden recibir todos los municipios catalanes, independientemente de si tienen la obligación o no de elaborar planes municipales de protección civil.

Los planes de protección civil municipales deben revisarse cada cuatro años. La finalidad de la revisión responde al modelo catalán de protección civil basado en la planificación preventiva. La revisión periódica de los planes de protección civil de ámbito municipal permite reexaminar los riesgos existentes en el municipio, así como su planificación y los recursos operativos para intervenir del ayuntamiento y adoptar las medidas correctoras necesarias.

## 5 El sistema de seguridad pública de Cataluña

El sistema de seguridad pública de Cataluña se encuentra regulado, como hemos visto, por la LOSPC, que hace una especial referencia a la coordinación entre las diferentes administraciones competentes en materia de seguridad pública, en particular la Generalitat de Cataluña y los ayuntamientos, un sistema que se fundamenta en la policía de Cataluña, integrada por el cuerpo de policía de la Generalitat-Mossos d'Esquadra y los más de 200 cuerpos de policía local.

El objeto de la LOSPC es la ordenación de las competencias de la Generalitat en materia de seguridad pública, especialmente la de la policía (policía de la Generalitat y policías locales) y su integración con las de protección civil, tráfico, juego y espectáculos y seguridad privada, en un sistema de seguridad propio de Cataluña, participado por las otras administraciones con competencia en esta materia, como los entes locales (artículo 1)<sup>53</sup>.

El sistema se abastece, de acuerdo con el artículo 2 LOSPC, sobre un conjunto de principios generales que la inspiran:

- Prevención de riesgos y amenazas.
- Adecuación del servicio público a la demanda social.
- Proximidad a los ciudadanos y descentralización de los servicios públicos.
- Eficacia de la acción pública y eficiencia en la asignación de recursos y medios.
- Planificación y evaluación de las actuaciones.
- Proporcionalidad de la intervención pública.
- Corresponsabilidad y complementariedad de autoridades y administraciones
- Coordinación y cooperación entre autoridades, administraciones y servicios.

<sup>53</sup> Debe destacarse que, aunque regule este marco competencial tan amplio, la finalidad de la ley no es redactar un texto refundido de normas legales relacionadas con la seguridad pública en Cataluña, es decir, agrupar en un único texto legal el conjunto de normas catalanas relacionadas con la materia, sino constituir una nueva estructura del sistema de seguridad pública de Cataluña con una visión de conjunto (GÓMEZ HERRERO, A., "La Llei catalana del sistema de seguretat pública y el procés de desenvolupament de la policia autonòmica", cit., p. 131).

- **Transparencia e información a los ciudadanos.**

Los distintos órganos que integran el sistema de seguridad son las autoridades de seguridad, los cuerpos policiales y otros servicios, públicos o privados, de seguridad, y los órganos de coordinación y participación en materia de seguridad (artículos 3 y 4 LOSPC).

Las autoridades de seguridad, en virtud del artículo 4 LOSPC, son las siguientes: *Govern* de la Generalitat, *conseller* o *consellera* competente en materia de interior, delegados o delegadas territoriales del *Govern*, alcaldes y alcaldesas y órganos de la Generalitat o de los ayuntamientos con competencia en materia de seguridad pública, expresa o por delegación.

Los artículos 9 a 13 LOSPC establecen un amplio abanico de órganos de coordinación y participación, con una base de distribución territorial. Los más próximos al ámbito municipal son la *Junta Local de Seguretat*, la *Mesa de Coordinació Operativa* y la *Comissió Regional de Seguretat*. Asimismo, la LOSPC contempla diferentes herramientas de planificación que fomentan la coordinación de la seguridad y una actuación integrada, como el Plan general de seguridad de Cataluña y los planes de seguridad local.

## 5.1 La Junta Local de Seguretat

El órgano principal de coordinación en materia de seguridad ciudadana en el municipio es la *Junta Local de Seguretat*<sup>54</sup>, a la cual la LOSPC dota de un significado especial, sobre todo por el papel significativo que el alcalde o alcaldesa tiene al presidirla. Así, de acuerdo con el artículo 9 LOSPC, en aquellos municipios que tengan policía local debe crearse una *Junta Local de Seguretat* como un órgano colegiado de colaboración y coordinación general de los distintos cuerpos de policía y otros servicios de seguridad que operan en sus territorios y de participación ciudadana en el sistema de seguridad. Una de las funciones más destacadas de la *Junta Local de Seguretat* es la aprobación del Plan de seguridad local.

La Junta está integrada por la alcaldesa o el alcalde, que la preside, y los vocales permanentes siguientes, con voz y voto:

- a) La delegada o delegado territorial del *Govern* de la Generalitat, quien puede delegar su representación en el subdirector o subdirectora general.
- b) La regidora o regidor delegado en materia de seguridad ciudadana.
- c) La jefa o el jefe de la comisaría de la Policía de la Generalitat -*Mossos d'Esquadra* del municipio o, si no, la jefa o el jefe del área básica policial o el mando que designe en los términos fijados por reglamento.

---

<sup>54</sup> Debe destacarse que el artículo 54 LOFCS ya preveía la posibilidad de constituir una Junta Local de Seguridad en aquellos municipios que tuviesen policía local propia. La finalidad de constituir este órgano era materializar el principio de cooperación recíproca y de coordinación de las FCS en el ámbito territorial municipal. En este sentido, *vid.* GÓMEZ HERRERO, A., "La Llei catalana del sistema de seguretat pública y el procés de desenvolupament de la policia autonòmica", cit., p. 140.

- d) La jefa o el jefe de la policía local o el mando que se designe en los términos fijados reglamentariamente.

Las *Juntas Locals de Seguretat* tienen que crear una *Mesa de Coordinació Operativa* en cada municipio como órgano permanente y estable de coordinación y de cooperación de los diversos cuerpos y servicios de seguridad en el municipio, constituida por los jefes de la policía de la Generalitat-Mossos d'Esquadra y de la policía local<sup>55</sup>.

Finalmente, hay que poner de relieve la vía convencional en materia de seguridad ciudadana, ya que la LOSPC hace mención específica al artículo 27 y porque constituye un instrumento básico de coordinación y colaboración del sistema en cada municipio dotado de policía local<sup>56</sup>.

## 5.2 La Mesa de Coordinació Operativa

La *Mesa de Coordinació Operativa* se define como “el órgano permanente y estable de coordinación y cooperación de los distintos cuerpos y servicios de seguridad en el municipio” (artículo 11 LOSPC), creada por la *Junta Local de Seguretat* y formada por los jefes/as de la policía de la Generalitat-Mossos d'Esquadra y de la policía local, que podrán ser asistidos por funcionarios y técnicos en función de las actuaciones que se desarrollen, así como para aquellos otros mandos de policía o de seguridad que la Junta designe.

Las funciones de la Mesa, con el fin de mejorar la eficiencia y la coordinación de las actuaciones en materia de seguridad pública, son:

- a) Ejecutar acuerdos de la *Junta Local de Seguretat*, de conformidad con las previsiones establecidas en la misma Junta.
- b) Asegurar el intercambio de información entre los cuerpos y los servicios de seguridad que actúan en el municipio por medio de los instrumentos y los procedimientos establecidos por la normativa vigente y el convenio suscrito.
- c) Asegurar la coordinación operativa de las actuaciones de los diversos cuerpos y servicios de seguridad en el municipio y la de los recursos en materia de seguridad presentes en el municipio.
- d) Elaborar propuestas de planes de seguridad y de coordinación de servicios y presentarlos a la Junta Local para que, si es necesario, los apruebe.

<sup>55</sup> Vid. apartado 5.2 de este capítulo.

<sup>56</sup> Esta práctica convencional es habitual en países como, por ejemplo, Alemania (sobre todo a la hora de suscribir convenios en materia de policía y seguridad entre los *Länder* y la Federación o *Bund*), donde ha sido muy utilizada, a pesar de no estar prevista en la Ley fundamental. En este sentido, *vid. in totum*, FUENTES I GASÓ, J.R., *Alemania, un modelo de policía y seguridad para Europa*, cit.

- e) Elevar a la *Junta Local de Seguretat* las propuestas que crean convenientes al efecto de mejorar la colaboración entre los distintos cuerpos y servicios de seguridad y su eficacia y eficiencia en el municipio.
- f) El resto de las funciones que le sean encomendadas por la *Junta Local de Seguretat* y la normativa vigente.

### 5.3 La Comissió Regional de Seguretat

La *Comissió Regional de Seguretat* integra los municipios de una misma región policial<sup>57</sup> con el fin de analizar y valorar la situación de la seguridad pública en el conjunto de municipios de la región y así definir las políticas públicas de seguridad y analizar los recursos disponibles para ejecutarlas.

Por otro lado, una de las funciones primordiales de la Comisión es la elaboración de los planes de seguridad, elevarlos a los órganos decisorios competentes para su aprobación y hacer el seguimiento una vez aprobados. Además, debe elaborar el Plan de seguridad regional, que deberá ser aprobado por el *conseller* o la *consellera* del departamento con competencias en materia de seguridad pública, teniendo en cuenta los planes de seguridad locales de los municipios comprendidos en la región policial y las directrices del Plan general de seguridad de Cataluña<sup>58</sup>.

La comisión tiene que conocer los planes de emergencias, los de seguridad viaria, los de seguridad en eventos deportivos, de juego y espectáculos, y todos aquellos que puedan afectar la seguridad de los municipios que la integran y elaborar los informes que crean convenientes para presentarlos a los órganos que sean procedentes.

Para cumplir con estas funciones, en virtud del artículo 12.2 LOSPC, las comisiones regionales de seguridad están formadas por:<sup>59</sup>

- a) La *consellera* o *conseller* del departamento con competencias en materia de seguridad pública, que la preside, o la persona en quien delegue.
- b) Las alcaldesas o alcaldes de los municipios que la integran, que pueden delegar su representación en la regidora o regidor competente en materia de seguridad.
- c) La delegada o delegado territorial del *Govern* de la Generalitat, que puede delegar su representación en el subdirector o subdirectora general.
- d) La jefa o el jefe de la comisaría de la región policial, o el mando en quien delegue.
- e) La jefa o el jefe de la comisaría del área básica policial, o el mando en quien delegue.

---

<sup>57</sup> Se entiende por región policial la agrupación de diversas áreas básicas policiales (artículo 20 LOSPC).

<sup>58</sup> *Vid.* el apartado 5.4. de este capítulo.

<sup>59</sup> Tanto la presidencia como las o los vocales podrán requerir el personal técnico necesario, según los temas que se tengan que tratar, con voz pero sin voto.

f) Las jefas o los jefes de la policía municipal, en su caso.

Si la Administración del Estado lo encuentra procedente, podrán asistir como vocales y, por tanto, con voz y voto, en el ámbito de sus competencias, los jefes/as de la Guardia Civil y del Cuerpo Nacional de Policía que tengan responsabilidades funcionales en el municipio. Asimismo, la Administración del Estado podrá invitar representantes de la judicatura y la fiscalía si lo requieren los asuntos que deban tratarse, aunque con voz pero sin voto.

La presidenta o el presidente de la *Comissió Regional de Seguretat* puede invitar representantes de las entidades ciudadanas que actúen en su ámbito territorial y se vean afectadas por los asuntos que deban tratarse en estas sesiones, los cuales podrán asistir con voz pero sin voto. Asimismo, la presidencia puede requerir la asistencia de los responsables de los servicios de seguridad privada que actúen en su ámbito territorial, como muestra de la tendencia ascendente de reforzar las relaciones entre la seguridad pública y privada.

#### 5.4 El Plan general de seguridad de Cataluña

El Plan general de seguridad de Cataluña es el instrumento donde se recoge el conjunto de previsiones relacionadas con riesgos, actuaciones y medios, incluidos los de seguridad privada, en materia de seguridad ciudadana, emergencias, seguridad vial y otros que afecten a la convivencia ciudadana y la seguridad de las personas y los bienes en Cataluña. Por otro lado, tiene un papel capital para lograr la coordinación y la integración adecuadas porque recoge las directrices y los criterios técnicos que deben respetarse para la elaboración de los planes regionales y locales de seguridad.

El Plan se aprueba por parte del Govern de la Generalitat, a propuesta de la *consellera o conseller* del departamento competente en materia de seguridad pública y con el conocimiento previo de la *Comissió de Govern per a la Seguretat* i del *Consell de Seguretat de Catalunya*, quien habrá realizado diferentes recomendaciones para tener en cuenta en su elaboración. Finalmente, debe presentarse en el Parlamento de Cataluña.

#### 5.5 El Plan local de seguridad

En los últimos años ha evolucionado la respuesta ante los conflictos relacionados con la seguridad, que ha pasado de ser un modelo reactivo, en que se activaban los agentes en función de la necesidad del momento, a un modelo preventivo, donde la planificación es clave para anticiparse al riesgo. En este modelo local de seguridad, los planes locales de seguridad han sido una herramienta planificadora que ha funcionado como una guía de trabajo para el municipio<sup>60</sup>.

<sup>60</sup> En este sentido, González Martín afirma que los planes locales de seguridad son la manera de materializar los objetivos estratégicos municipales en el ámbito de la seguridad (GONZÁLEZ MARTÍN, C.D., "Plan local de seguridad. Análisis de los factores, planificación, objetivos y evaluación. La participación de la policía autonómica", VV.AA., *Seguridad urbana, urbanismo y entornos urbanos*, Dykinson, Madrid, 2011, p. 72).

El Plan local de seguridad permite realizar un diagnóstico de la seguridad a nivel local analizando los datos recopilados para su elaboración (encuestas de victimización, mapas de riesgos, estadísticas municipales de los diferentes órganos y agentes relacionados con la seguridad –policía, bomberos, protección civil, agentes sociales, etc.– y todas aquellas que se consideren necesarias). Recopiladas estas informaciones, se procederá a elaborar una DAFO (debilidades, amenazas, fortalezas y oportunidades) que nos permitirá obtener un análisis cualitativo del estado de la seguridad en el ámbito municipal, tanto desde un punto de vista de seguridad objetiva como subjetiva<sup>61</sup>.

La planificación de las actuaciones que se llevarán a cabo en el Plan local de seguridad han de estar priorizadas por orden de intervención en función de su importancia, y será necesario identificar a los agentes intervinientes y el cronograma que se tiene que ejecutar. Estas actuaciones se pueden agrupar en subplanos competenciales, en función de las actuaciones a ejecutar, subplanos en el ámbito policial, de protección civil, de seguridad viaria, etc.<sup>62</sup>.

## 6 Epílogo

Tradicionalmente, se dice que el sistema policial del Estado español –y, por tanto, el catalán– responde a un “modelo policial descentralizado”, si bien esta característica es más formal que material, “en la medida en que la policía se caracteriza por la coexistencia en su seno de cuerpos estatales, autonómicos y locales, a los que podrían añadirse fuerzas policiales de base territorial distinta, así, por ejemplo, las coincidentes con los territorios forales”<sup>63</sup>.

En este sentido, el eje central de la seguridad ciudadana en Cataluña es el municipio, donde la alcaldesa o el alcalde es la máxima autoridad en esta materia, en un sistema de policía formado por la Policía Local y la Policía de la Generalitat–*Mossos d’Esquadra*. Un sistema que “ha supuesto un gran avance evolutivo mucho más elevado en esta materia que en otros territorios del Estado. La LOSPC ha supuesto la creación de un «sistema» en el que todos los actores de la seguridad deben ocupar su lugar y hacerlo funcionar de forma coordinada”<sup>64</sup>.

El sistema de seguridad pública de Cataluña abarca la seguridad en un sentido “integral”, es decir, “desde la perspectiva de la prevención y la reacción contra las distintas amenazas, peligros y daños que los ciudadanos puedan sufrir en su integridad personal y en sus derechos, en conjunto. En este sentido, para muchos, el

<sup>61</sup> Con este conocimiento se marcarán los objetivos, tanto en el ámbito general como específico. Los objetivos generales deben ser objeto del plan de seguridad, mientras que los específicos son los que nos permitirán conseguir los objetivos generales. Tanto unos como los otros han de tener indicadores que nos permitan evaluar de manera continuada su consecución.

<sup>62</sup> Habitualmente, se establece una dirección del Plan de seguridad local que se coordina con las o los responsables de ejecución de los subplanes o áreas temáticas para velar por su cumplimiento (*Vid.* GONZÁLEZ MARTÍN, C.D., “Plan local de seguridad. Análisis de los factores, planificación, objetivos y evaluación. La participación de la policía autonómica”, cit., p. 77-80).

<sup>63</sup> ABDELKADER GARCÍA, J.M., *Modelos de seguridad y policía en campus universitarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 230.

<sup>64</sup> FUENTES I GASÓ, J.R. y ABDELKADER GARCÍA, J.M., “El marc jurídic del model policial en el dret estatal i autonòmic. Especial referència a l’ordenació policial de l’àmbit local català”, cit., p. 154.

«sistema de seguridad» catalán está conformado por dos grandes ámbitos: la gestión de la seguridad ciudadana –que se provee fundamentalmente mediante policía local y policía autonómica– y la gestión de las emergencias –que combina efectivos profesionales y voluntarios–<sup>65</sup>.

Hay que señalar que la seguridad, en su acepción integral, incorpora un componente básico importante: la prevención. En este sentido, las administraciones públicas, y en particular los entes locales, han construido un conjunto de órganos y servicios y han diseñado instrumentos y medidas para prevenir los riesgos y los peligros que afectan a los derechos de los ciudadanos y de las ciudadanas; los primeros, la vida, la salud y la integridad.

Ante este panorama, podemos afirmar que los ayuntamientos tienen atribuidas amplias competencias en materia de seguridad pública que abarcan la seguridad ciudadana, la seguridad viaria, la protección civil y la extinción de incendios, principalmente, unos campos en los cuales queda mucho por explorar y donde, sin duda, los gobiernos locales tienen todo un mundo para aplicar e innovar para poder ofrecer el mejor servicio a los ciudadanos y ciudadanas de Cataluña.

En este sentido, podemos establecer que el “modelo de seguridad” del Estado ha dado lugar en Cataluña a un verdadero y articulado “sistema de seguridad” propio –si nos acogemos a la nomenclatura de la legislación catalana–, que debe mejorar y profundizar sobre la base de la construcción de una nueva “cultura administrativa policial” que poco a poco está impregnando las diferentes organizaciones que participan, “de manera que tanto la población en general como el personal al servicio de los entes públicos concurren en su formación”<sup>66</sup>.

En definitiva, la realidad ha demostrado la importancia de los entes locales en la gestión de la seguridad pública por el hecho de que es la Administración más próxima a la ciudadanía y la primera que responde a sus necesidades con vocación de servicio, en el marco del sistema de seguridad de Cataluña.

## Bibliografía

- ABDELKADER GARCÍA, J.M., *Modelos de seguridad y policía en campus universitarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- ACOSTA GALLO, P., “La seguridad pública en el ámbito local”, García Rubio, F. (coord.), *Análisis de las repercusiones de la reforma local sobre la organización, competencias y servicios de las entidades locales*, INAP, Madrid, 2015.
- AGUADO I CUDOLÀ, V., “Estudio preliminar: la seguridad como sistema al servicio de la ciudadanía”, *Revista Catalana de Seguretat Pública (RCSP)*, n. 16, 2006.
- AGUADO I CUDOLÀ, V., “El ressorgir dels serenos a l'àmbit local: entre la seguretat privada i la convivència ciutadana”, *Revista Catalana de Dret Públic (RCDP)*, n. 61, 2020.

<sup>65</sup> *Ibidem*, p. 155.

<sup>66</sup> FUENTES I GASÓ, J.R., “El desenvolupament d’una cultura administrativa europea”, VV.AA., *Les administracions en perspectiva europea*, Escola d’Administració Pública de Catalunya, Barcelona, 2012, p. 80.

- AGUIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, I., “Las competencias estatales y autonómicas en materia de seguridad pública y privada. ¿Se opera algún cambio con el nuevo Estatuto para Catalunya?”, *Revista Catalana de Seguretat Pública (RCSP)*, n. 16, 2006.
- AMOEDO SOUTO, C.A., “La cooperación policial en la Unión Europea: su repercusión en el modelo español de seguridad pública”, *Revista Catalana de Seguretat Pública (RCSP)*, n. 16, 2006.
- BALLBÉ MALLOL, M., “Fuerzas de Orden Público”, Peces Barba, G., et al., *La izquierda y la Constitución*, Taula de Canvi, Barcelona, 1978.
- BALLBÉ MALLOL, M., *Orden público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)*, 2.ª ed., Alianza Editorial, Madrid, 1985.
- BALLBÉ MALLOL, M., “Deu anys de seguretat i policia autonòmiques”, *Revista Catalana de Dret Públic (RCDP)*, n. 12, 1990.
- BALLBÉ MALLOL, M., “El modelo de pluralidad policial y la Guardia Civil”, *Cuadernos de la Guardia Civil*, n. 5, 1991.
- BALLBÉ MALLOL, M., “Le défis du système policier pluraliste en Espagne”, *Les Cahiers de la Sécurité Intérieure*, n. 7, Ministère de l’Intérieur, París, 1991.
- BALLBÉ MALLOL, M., “Modelos policiales comparados: el horizonte europeo”, *Harlax, Revista Técnica de la Ertzaina*, n. 3 y 4, 1991.
- BALLBÉ MALLOL, M., “Modelos policiales comparados”, *Seguridad y estado autonómico, VII Seminario Duque de Ahumada (8, 9 y 10 de mayo de 1995)*, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1996.
- BALLBÉ MALLOL, M., “Prólogo”, Fuentes i Gasó, J.R. (autor), *Alemania, un modelo de policía y seguridad para Europa*, CEDECS, Barcelona, 2002 (3a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2020).
- BALLBÉ MALLOL, M., “Principios pluralistas”, Ballbé Mallol, M. y Franch i Saguer, M., *Manual de Derecho Administrativo*, Universitat Autònoma de Barcelona - Agencia Española de Cooperación Internacional, Girona, 2002.
- BALLBÉ MALLOL, M., “Estudis sobre l’autogovern de Catalunya”, *Estudis sobre l’autogovern de Catalunya - Testimonis parlamentaris*, Publicacions del Parlament de Catalunya, Barcelona, 2003.
- BALLBÉ MALLOL, M., “La actividad del Tribunal Europeo en materia de seguridad ciudadana”, *Seguridad ciudadana y globalización, XIV Seminario Duque de Ahumada (8 y 9 de mayo de 2002)*, Ministerio del Interior, Madrid, 2003.
- BALLBÉ MALLOL, M., “Prólogo: el nuevo concepto de seguridad”, Fernández Pereira, J.P., *La Seguridad Humana*, Ariel, Barcelona, 2006.
- BALLBÉ MALLOL, M., “Seguretat global per a una Catalunya global”, *Diàlegs Interiors*, vol. 1, Departament d’Interior, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2006.
- BALLBÉ MALLOL, M., “El futuro del derecho administrativo en la globalización: entre la americanización y la europeización”, *Revista de Administración Pública*, n. 174, 2007.

- BALLBÉ MALLOL, M., “Principios pluralistas”, Ballbé Mallol, M. y Franch i Saguer, M., *Manual de Derecho Administrativo*, Universitat Autònoma de Barcelona - Agencia Española de Cooperación Internacional, Girona, 2020.
- BARCELONA LLOP, J., *El régimen jurídico de la policía de seguridad*, HAAE/IVAP, Oñati, 1988.
- BARCELONA LLOP, J., “Responsabilidad por daños derivados de actuaciones policia-les”, *Documentación Administrativa (DA)*, n. 237-238, enero-junio 1994.
- BARCELONA LLOP, J., “Reflexiones constitucionales sobre el modelo policial español”, *Revista Española de Derecho Constitucional (REDC)*, n. 48, 1996.
- BARCELONA LLOP, J., *El sistema policial español desde el prisma competencial y funcional. Actualidad y perspectivas de futuro*, Institut d’Estudis Autònoms, Barcelona, 1997.
- BARCELONA LLOP, J., “Policías locales y competencias municipales en materia de seguridad y policía”, *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, n. 95, 1997.
- BARCELONA LLOP, J., “La administración de la seguridad ciudadana: selección de problemas a comienzos del siglo XXI”, *Revista Vasca de Administración Pública (RVAP)*, n. 64, 2002.
- BARCELONA LLOP, J., *Sobre el modelo policial español y sus posibles reformas*, Fundación Alternativas, Madrid, 2006.
- BARCELONA LLOP, J., *La protección civil municipal*, Ed. Iustel, Madrid, 2007.
- BOSCH I MESTRES, J. y CURBET I HEREU, J., “Protecció ciutadana”, Borja Sebastià, J. (coord.), *Manual de Gestión Municipal Democrática*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1987.
- CAPELL MANZANARES, J.M., “La actuación policial: causada de nulidad”, *Revista Catalana de Seguretat Pública (RCSP)*, n. 22, 2010.
- CAPELL MANZANARES, J.M., *Ser policía*, Plataforma, Barcelona, 2011.
- CARRASQUILLA NIETO, M. y VIRGILI ABELLÓ, X., *La Guàrdia Urbana de Tarragona. 150 anys de servei*, Arola, Tarragona, 2007.
- CASINO RUBIO, M., “El orden y la seguridad pública y privada”, Cano Campos, T. (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*, tomo VII, Iustel, Madrid, 2009.
- CURBET I HEREU, J., *Democràcia i Policia*, Direcció General de Seguretat Ciutadana, Barcelona, 1983.
- CURBET I HEREU, J., *La Policia del Quebec, un model per a Catalunya?*, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1987.
- CURBET I HEREU, J., *Una seguridad ilusoria*, Barcelona, Institut de Ciències Polítiques i Socials, Barcelona, 2003.
- CURBET I HEREU, J., *El rey desnudo. La gobernabilidad de la seguridad ciudadana*, UOC, Barcelona, 2009.
- CURBET I HEREU, J., “Inseguretat global, seguretat mundicèntrica”, *Revista Catalana de Seguretat Pública (RCSP)*, n. 24, 2011.

Regap



ESTUDIOS

- DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, L.M., “Policía Local”, Muñoz Machado, S. (dir.), *Tratado de Derecho Municipal*, vol. II, Civitas, Madrid, 1988.
- FRIAUF, K.H., “Polizei- und Ordnungsrecht”, Schmidt-Assmann, E. (ed.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 6.ª ed., Berlín, 1986.
- FUENTES I GASÓ, J.R., *Alemania, un modelo de policía y seguridad para Europa*, CEDECS, Barcelona, 2002 (3a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2020).
- FUENTES I GASÓ, J.R., “El régimen local de Cataluña y la viabilidad de articulación de una planta política y administrativa propia después de la sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de junio de 2010”, *Revista Catalana de Dret Públic. Especial Sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006*, 2010.
- FUENTES I GASÓ, J.R., “El desenvolupament d’una cultura administrativa europea”, VV.AA., *Les administracions en perspectiva europea*, Escola d’Administració Pública de Catalunya, Barcelona, 2012.
- FUENTES I GASÓ, J.R., “Consecuencias de la Ley 27/2013, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, en el régimen local de Cataluña”, *Revista Vasca de Administración Pública (RVAP)*, n. 101, 2015.
- FUENTES I GASÓ, J.R., “El Régimen Jurídico de la prevención de peligros en Alemania: la vigencia de un modelo histórico”, *Revista Aragonesa de Administración Pública (RAAP)*, n. 49-50, 2017.
- FUENTES I GASÓ, J.R. y ABDELKADER GARCÍA, J.M., “El marc jurídic del model policial en el dret estatal i autonòmic. Especial referència a l’ordenació policial de l’àmbit local català”, Fuentes i Gasó, J.R. y Capell i Manzanares, J.M. (coords.), *La policía local a Catalunya*, vol. 1, Diputació de Barcelona, Barcelona, 2016.
- FUENTES I GASÓ, J.R. y CAPELL I MANZANARES, J.M., *La policía local a Catalunya*, vol. 1 y vol. 2, Diputació de Barcelona, Barcelona, 2016.
- GARCÍA ARANDA, S., *La autonomía local en la Constitución de 1978*, Ed. Dykinson, Madrid, 2015.
- GARCÍA RUBIO, F., *Análisis de las repercusiones de la reforma local sobre la organización, competencias y servicios de las entidades locales*, Ed. INAP, Madrid, 2015.
- GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo II, 7.ª ed., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.
- GENERALITAT DE CATALUNYA, *Llibre Blanc per la Transició Nacional de Catalunya*, Departament de la Presidència, Barcelona, 2014.
- GIL MÁRQUEZ, T., *El sistema de seguridad pública en la Constitución española de 1978*, Tesis doctoral, Universitat Abat Oliva-CEU, Barcelona, mayo 2004.
- GODICHEAU, F., “Orígenes del concepto de orden público en España: su nacimiento en un marco jurisdiccional”, *Ariadna Histórica. Lenguajes, Conceptos, Metáforas*, n. 2, 2013.
- GÓMEZ HERRERO, A., “La Llei catalana del sistema de seguretat pública y el procés de desenvolupament de la policia autonòmica”, *Revista Catalana de Seguretat Pública (RCSP)*, n. 16, 2016.

- GONZÁLEZ MARTÍN, C.D., “Plan local de seguridad. Análisis de los factores, planificación, objetivos y evaluación. La participación de la policía autonómica”, VV.AA., *Seguridad urbana, urbanismo y entornos urbanos*, Dykinson, Madrid, 2011.
- GUILLÉN LASIERRA, F., “La competència autonòmica sobre coordinació de les policies locals a la llum de la recent jurisprudència constitucional”, *Revista Catalana de Dret Públic (RCDP)*, n. 16, 1993.
- JAR CONSUELO, G., *Modelos comparados de policía*, Dikinson, Madrid, 2000.
- LÓPEZ-NIETO MALLO, F., *Seguridad ciudadana y orden público*, El Consultor, Madrid, 1992.
- LLISET BORRELL, F., “Los cuerpos de policía provincial”, *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, n. 65, 1990.
- MAINAR ENE, J.M., “Una nueva policía mancomunada”, *El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados*, n. 18, 2008.
- MARTÍNEZ HERNÁNDEZ, A.J., “El sistema de policia de Catalunya: un nou model organitzatiu policial”, *Working Papers*, n. 367, Institut de Ciències Polítiques i Socials (ICPS), Barcelona, 2012.
- MAURI MAJOS, J., “La policía local en Cataluña”, Barcelona Llop, F.J. (coord.), *Régimen de la policía local en el derecho estatal y autonómico*, Bosch, Barcelona, 2003.
- PALAU I MARGINET, A., *Conflictivitat competencial en matèria de seguretat pública*, Institut d'Estudis Autonòmics, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1996.
- PAREJO ALFONSO, L.J., “Seguridad pública”, Parejo Alfonso L.J., Jiménez-Blanco, A. y Ortega Álvarez, L., *Manual de Derecho Administrativo (parte especial)*, 5.ª ed., Ariel, Barcelona, 1998.
- PAREJO ALFONSO, L.J., *Seguridad pública y derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2001.
- POVEDA CRIADO, M.A. y TORRENTE BARREDO, B., *Protección civil, gestión de crisis i emergencias*, Fragua, Madrid, 2016.
- RECASENS I BRUNET, A. “Les noves polítiques de seguretat”, *Revista Catalana de Seguretat Pública (RCSP)*, n. 6-7, diciembre 2000.
- RECASENS I BRUNET, A., “Seguridad: la inseguridad y la subjetividad”, *Actas de las Jornadas del Graduado en Criminología i Política Criminal 2000 y 2001*, Universitat de Barcelona, Barcelona, 2002.
- RENYER I ALIMBAU, J., FUENTES I GASÓ, J.R., SOTO VALLE, J.I. y FORCADELL I ESTELLER, F.X., *Estudis per a una Llei de Governos Locals de Catalunya (2007-2011)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- REQUENA HIDALGO, J., “La proximitat policial a la policia de la Generalitat-Mossos d'Esquadra, entre el discurs i la realitat”, *Revista Catalana de Seguretat Pública (RCSP)*, n. 26, 2013.
- VILLAR PALASÍ, J.L., “Poder de policía y precio justo. El problema de la tasa de mercado”, *Revista de Administración Pública (RAP)*, n. 16, 1995.

Regap



ESTUDIOS





Revista Galega de Administración Pública, EGAP  
Núm. 65\_xaneiro-xuño 2023 | pp. 319-337  
Santiago de Compostela, 2023  
<https://doi.org/10.36402/regap.v1i65.5094>

© Luigi Previti

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

Recibido: 04/05/2023 | Aceptado: 01/06/2023

Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

A colaboración entre sector público e privado no sistema de seguridade cibernética: reflexións a partir da estratexia europea e italiana

## La colaboración entre sector público y privado en el sistema de seguridad cibernética: reflexiones a partir de la estrategia europea e italiana

Public-private collaboration in the cybersecurity system: reflections from the European and Italian strategy

LUIGI PREVITI

Assistant Professor in Administrative Law  
University of Palermo

<https://orcid.org/0000-0001-7701-1718>

[luigi.previti@unipa.it](mailto:luigi.previti@unipa.it)

65 Regap

Regap



ESTUDIOS

**Resumo:** Este estudo aspira a analizar o papel que representa a colaboración entre sector público e privado para alcanzar os obxectivos, nacionais e supranacionais, de tutela da seguridade cibernética, co fin de demostrar como o mellor seguro posible contra os perigos do ciberespazo está representado pola valorización da contribución cognoscitiva e experiencial dos operadores económicos do sector, por un lado, e da contribución dos usuarios da rede, por outro. Mencionadas as recomendacións normativas formuladas ao respecto a nivel europeo, a investigación céntrase na recente estratexia italiana, que parece atribuír, en adhesión ao novo achegamento "*whole of society*"; un papel aínda máis activo aos diferentes compoñentes do tecido económico e social do país. Ao final da dita valoración, fórmulanse algunhas consideracións conclusivas con respecto ás formas de colaboración entre o sector público e o privado que sería oportuno promover, no noso ordenamento, para aproveitar ao máximo os beneficios que proceden da implementación dunha *governance* compartida en materia de seguridade informática.

**Palabras clave:** Seguridad cibernética, riesgo cibernético, gestión compartida, colaboración pública e privada.

**Resumen:** Este estudio aspira a analizar el papel que juega la colaboración entre sector público y privado para alcanzar los objetivos, nacionales y supranacionales, de tutela de la seguridad cibernética, con el fin de demostrar cómo el mejor seguro posible contra los peligros del ciberespacio está representado por la valorización de la contribución cognoscitiva y experiencial de los operadores económicos del sector, por un lado, y de la contribución de los usuarios de la red, por otro. Mencionadas las recomendaciones normativas formuladas al respecto a nivel europeo, la investigación se centra en la reciente estrategia italiana, que parece atribuir, en adhesión al nuevo acercamiento “*whole of society*”, un papel aún más activo a los diferentes componentes del tejido económico y social del país. Al final de dicha valoración, se plantean algunas consideraciones conclusivas con respecto a las formas de colaboración entre el sector público y el privado que sería oportuno promover, en nuestro ordenamiento, para poder aprovechar al máximo los beneficios que proceden de la implementación de una *governance* compartida en materia de seguridad informática.

**Palabras clave:** Seguridad cibernética, riesgo cibernético, gestión compartida, colaboración pública y privada.

**Abstract:** The work aims at analysing the role of public-private collaboration in achieving national and supranational cybersecurity objectives, in order to explain that the best possible insurance against the cyberspace threats is represented by the enhancement of knowledge and experience of the economic operators in the ICT sector, on the one hand, and of the contribution of network users, on the other. After having mentioned the normative indications formulated in this regard at European level, the survey focuses on the recent Italian strategy, which seems to assign, in compliance with the new approach “*whole of society*”, a more active role for the various components of society. At the end of the analysis, some concluding remarks are made about the forms of public-private partnership that should be promoted, within our legal system, to fully exploit the benefits of implementing a shared ICT security governance.

**Key words:** Cyber security, cyber risk, shared management, public and private partnership.

**SUMARIO:** 1 El sistema multinivel de protección de la seguridad pública en el ciberespacio. Delimitación del área de investigación. 2 Asimetrías informativas, compartición del riesgo y *governance* compartida. 3 Factor humano, cultura de la seguridad cibernética e “inmunidad de grupo”. 4 Patrones de colaboración entre sector público y privado y perspectivas de *iure condendo*.

## 1 El sistema multinivel de protección de la seguridad pública en el ciberespacio. Delimitación del área de investigación

Entre las cuestiones problemáticas conectadas con el avance del proceso de transición digital en marcha en los estados miembros en la Unión, la tutela de la seguridad cibernética, o mejor dicho, de la seguridad pública en el espacio cibernético, ocupa por supuesto un lugar de máxima importancia.

Como es bien sabido, a pesar de que el tema en cuestión se conozca y discuta desde hace mucho tiempo<sup>1</sup>, los primeros intentos de responder de modo uniforme y eficaz

---

<sup>1</sup> Véanse, entre otras, la comunicación de la Comisión Europea de 6 de junio de 2001, *Seguridad de las redes y seguridad de la información: propuesta de un enfoque estratégico europeo*, COM (2001) 298; la comunicación de la Comisión Europea de 26 de septiembre de 2003, *El papel de la administración electrónica para el futuro de Europa*, COM (2003) 567.

a nivel internacional son recientes, concretamente en el ámbito de las iniciativas dedicadas a la realización del *Digital Single Market*<sup>2</sup>.

Con estas actuaciones la Unión ha querido consolidar, en particular, una visión propia estratégica del ciberespacio, como lugar virtual abierto y seguro para el desarrollo de las actividades económicas y sociales de los ciudadanos europeos, basada en la protección y en la fiabilidad de los datos, de las redes y de los productos informáticos presentes en su interior. Un ámbito de fronteras indefinidas –«el espacio público más grande que la humanidad haya conocido»<sup>3</sup>– y de potencialidades aún inexploradas<sup>4</sup>, al que se quiere dotar de un nivel elevado de resiliencia a través de la aplicación de políticas y medidas homogéneas, así como a través de un eficiente mecanismo de información de accidentes y de ataques más relevantes<sup>5</sup>.

Las directivas generales dirigidas a desarrollar metodologías compartidas de prevención y de gestión del ciber-riesgo han determinado, en el ordenamiento italiano, la introducción de un nuevo sistema organizativo de defensa de los intereses de la nación, que tiene en el Perímetro de Seguridad Cibernética (en adelante, PSNC)<sup>6</sup> y en la Agencia para la Ciberseguridad Nacional (en adelante, ACN)<sup>7</sup> los puntos de referencia esenciales<sup>8</sup>.

La arquitectura institucional así definida se caracteriza, en la actualidad, por la coordinación de las acciones estratégicas y por la centralización de las competencias administrativas; un sistema que, debido a las peculiaridades que lo connotan, resulta

Regap



ESTUDIOS

<sup>2</sup> En esta materia, cfr. la Directiva UE 2016/1148 del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de julio de 2016, Directiva NIS 1, modificada, por último, de la Directiva UE 2022/2555 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022, Directiva NIS 2; las comunicaciones conjuntas de la Comisión Europea y del alto representante de la Unión, respectivamente, de 7 de febrero de 2013, *Estrategia de ciberseguridad de la UE: un ciberespacio abierto y seguro*, JOIN (2013) 1 final, de 13 de septiembre de 2017, *Resiliencia, disuasión y defensa: hacia una ciberseguridad fuerte en la UE*, JOIN (2017) 450 final, y de 16 de diciembre de 2020, *La estrategia de ciberseguridad de la UE para la década digital*, JOIN (2020) 18 final; el Reglamento UE 2019/881 de 17 de abril de 2019, *Cybersecurity Act*.

<sup>3</sup> En estos términos, RODOTÀ, S., *Il mondo nella rete. Quali i diritti, quali i vincoli*, Laterza, Roma-Bari, 2014, p. 3.

<sup>4</sup> Sobre la influencia ejercitada por la difusión del ciberespacio y de las nuevas tecnologías sobre la relectura del concepto de soberanía estatal y sobre la transformación de las funciones tradicionales de los Estados, véanse, por último, CASINI, L., *Lo Stato nell'era di Google. Frontiere e sfide globali*, Mondadori, Milano, 2020; TORCHIA, L., *Lo Stato digitale. Una introduzione*, Il Mulino, Bologna, 2023.

<sup>5</sup> Sobre la visión estratégica de la Unión relativa al espacio cibernético, véanse CENCETTI, C., *Cybersecurity: Unione europea e Italia. Prospettive a confronto*, Nuova Cultura, Roma, 2014, pp. 21 y ss.; CONTALDO, A. y MULA, D. (dirs.), *Cybersecurity Law*, Pacini, Pisa, 2020, pp. 57 y ss.; KOHLER, C., "The EU Cybersecurity Act and European standard: an introduction to the role of European standardization", *International Cybersecurity Law Review*, n. 1, 2020, pp. 7 y ss.; BASSINI M., "Cybersecurity", Paracampo, M.T. (dir.), *Fintech. Introduzione ai profili giuridici di un mercato unico tecnologico dei servizi finanziari*, Giappichelli, Torino, 2021, pp. 319 y ss.; BARONI, M., "Intelligenza artificiale e cybersicurezza in una prospettiva costituzionale", Cerrina Feroni, G., Fontana, C. y Raffiotta, E.C. (dirs.), *AI Anthology*, Il Mulino, Bologna, 2022, pp. 373 y ss.

<sup>6</sup> Instituido por el DL de 21 de septiembre de 2019, n. 105, conversión con modificación de la Ley de 18 de noviembre de 2019, n. 133.

<sup>7</sup> Instituida por el DL de 14 de junio de 2021, n. 82, conversión con modificación de la Ley de 4 de agosto de 2021, n. 109.

<sup>8</sup> Con respecto a la fisonomía y a las características de la arquitectura italiana en materia de seguridad cibernética, véanse, *ex multis*, CAROTTI, B., "Sicurezza cibernetica e Stato nazione", *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 5, 2020, pp. 629 y ss.; MELE, S., "Il Perimetro di sicurezza nazionale cibernetica e il nuovo «golden power»", Cassano, G. y Previti, S. (dirs.), *Il diritto di internet nell'era digitale*, Giuffrè, Milano, 2020, pp. 186 y ss.; ATERNO, S., *Sicurezza informatica. Aspetti giuridici e tecnici*, Pacini, Pisa, 2022, pp. 234 y ss.; RENZI, A., "La sicurezza cibernetica: lo stato dell'arte", *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 4, 2021, pp. 538 y ss.; SERINI, F., "La nuova architettura di cybersicurezza nazionale: note a prima lettura del decreto-legge n. 82 del 2021", *Federalismi.it*, n. 12, 2022, pp. 241 y ss.; FORGIONE, I., "Il ruolo strategico dell'Agenzia nazionale per la cybersicurezza nel contesto del sistema di sicurezza nazionale: organizzazione e funzioni, tra regolazione europea e interna", *Diritto amministrativo*, n. 4, 2022, pp. 1113 y ss.

en esencia orientado a mitigar el impacto de las amenazas informáticas en las infraestructuras y en los servicios considerados de mayor importancia para la vida del país<sup>9</sup>. Infraestructuras y servicios que constituyen un verdadero “fortín” dotado de bastiones por su naturaleza móviles, concretamente en razón de la evolución tecnológica, a cuya defensa no están encargados “incansables soldados con escopetas y cañones”, sino ingenieros, expertos en *compliance* y máquinas inteligentes<sup>10</sup>.

Esta reflexión aspira a poner de manifiesto la importante contribución realizada por el sector empresarial privado para el conseguimiento de los objetivos, nacionales e internacionales<sup>11</sup>, de tutela de la seguridad cibernética. Y eso a fin de demostrar como la mejor garantía posible contra los peligros del ciberespacio está representada por el reconocimiento y por la valorización de la contribución cognoscitiva y experiencial de los operadores económicos del sector, por un lado, y del papel colaborativo de los ciudadanos usuarios, por otro.

En los siguientes párrafos se examinarán, por tanto, las principales modalidades con que la valiosa cooperación entre autoridades institucionales y sujetos privados puede cumplirse concretamente, teniendo en consideración, en un primer momento, la categoría de las empresas que operan en el sector de las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC) y de la ciberseguridad, para centrarse después en el papel de cada uno de los usuarios. El análisis propuesto permitirá entender la importancia de la reciente estrategia italiana adoptada en mayo de 2022<sup>12</sup>, orientada a atribuir un papel auténticamente activo a los distintos componentes del complejo económico y social del país, de acuerdo con el acercamiento “*whole of society*” que inspira los numerosos actos de orientación de la Unión.

Al final de la investigación, se plantearán unas consideraciones conclusivas con respecto a las formas de partenariado público-privado, que se cree oportuno promover, en nuestro ordenamiento, para poder aprovechar completamente las significativas ventajas que se derivan de la implementación de una *governance* plenamente participante en materia de seguridad informática.

## 2 Asimetrías informativas, compartición del riesgo y *governance* compartida

La instauración de un sincero y constructivo diálogo entre público y privado en el sector de la ciberseguridad no constituye en absoluto un objetivo de fácil realización.

<sup>9</sup> Como señala PARONA, L., “L’istituzione dell’Agenzia per la cybersicurezza nazionale”, *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 6, 2021, pp. 709 y ss., spec. 718.

<sup>10</sup> Según la sugestiva y eficaz imagen de URSI, R., “La difesa: tradizione e innovazione”, *Diritto Costituzionale*, n. 1, 2022, p. 18.

<sup>11</sup> Sobre la imposibilidad de afrontar y gobernar problemas de orden económico y social que traspasan los límites del Estado, véase, para todos, CASSESE, S., *La crisi dello Stato*, Laterza, Roma-Bari, 2002; CASSESE, S., *Lo spazio giuridico globale*, Laterza, Roma-Bari, 2003.

<sup>12</sup> Cfr. la estrategia de ciberseguridad 2022-2026 y el respectivo plan de implementación de mayo de 2022, localizables en [www.acn.gov.it](http://www.acn.gov.it), a través de los cuales se adopta un consistente programa de medidas y de inversiones dirigidas a realizar los tres fundamentales objetivos de “desarrollo”, “protección” y “respuesta” (se volverá mejor a los puntos 2 y 3).

Las principales razones a partir de una general situación de mutua desconfianza entre los diferentes portadores de interés son ya bien conocidas: por una parte, las autoridades administrativas manifiestan una cierta resistencia a compartir hacia el exterior los datos y las informaciones que atañen a su propia seguridad, temiendo comprometer, de tal forma, su propia imagen institucional; por otra, los operadores económicos, recibiendo solo de vez en cuando adecuados incentivos para la colaboración prestada, prefieren no confiar informaciones reservadas o personales, que los expondrían al riesgo de sufrir acciones legales o de perjudicar su propia reputación en el mercado<sup>13</sup>.

Se trata de actitudes que en el pasado han justificado y, en parte aún justifican, el recurso a modelos organizativos y reguladores del tipo *top-down*, que cuentan con la previsión de específicas obligaciones de notificación y de conducta, oportunamente sancionadas a cuenta de las empresas interesadas, en el intento de inducir a estos sujetos a desarrollar comportamientos virtuosos y a prestar las debidas precauciones frente a las numerosas amenazas del ciberespacio<sup>14</sup>.

Con el objetivo de superar dichos puntos críticos, las instituciones de la Unión han fomentado, en los últimos años, a través de institutos y modalidades diferentes, una implicación más efectiva de las empresas que ofrecen productos y servicios tecnológicos en el ámbito de los sistemas de seguridad cibernética elaborados por los estados miembros.

La estrategia supranacional, en primer lugar, pasa por fijar principios fundamentales, que se dirigen a los operadores del sector en cuanto coprotagonistas de la calidad del nivel de protección asegurado a las infraestructuras y a los *softwares* presentes en el mercado único.

En este sentido, los productores y los proveedores de las TIC se ven obligados, por un lado, a comercializar exclusivamente bienes y servicios que poseen, desde el momento del proyecto, determinados requisitos de seguridad contra el riesgo de accidentes y de ataques cibernéticos (principio de seguridad *by design*); por otro, los mismos sujetos tienen que asumir, para con los usuarios, un papel de interlocutores privilegiados durante el ciclo completo de vida de los productos, colaborando con el sector público en la gestión de la actividad de vigilancia (principio de responsabilidad tecnológica)<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> Entre otros, SALES, N.A., "Regulating Cyber-Security", *Northwestern University Law Review*, vol. 107, n. 4, 2013, pp. 1549-1550. El dato está confirmado también por el informe del Grupo de coordinación sobre la seguridad cibernética del Banco de Italia, *Sicurezza cibernetica: il contributo della Banca d'Italia e dell'Ivass*, agosto de 2018, localizable en [www.bancaditalia.it](http://www.bancaditalia.it), donde se subraya que, no obstante el valor estratégico de la participación de las informaciones sobre las amenazas informáticas, las empresas que han sufrido ataques muchas veces son reacias en revelarlas temiendo secuelas reputacionales y están dispuestas a compartir sus propios datos solo en contextos que garantizan confidencialidad y reciprocidad.

<sup>14</sup> Como señalan KESAN, J.P. y HAYES, C.M., "Creating a "Circle of Trust" to Further Digital Privacy and Cybersecurity Goals", *Michigan State Law Review*, 2014, pp. 1475 y ss.; BOSSONG, R. y WAGNER, B., "A Typology of Cybersecurity and Public-Private Partnerships in the Context of the European Union", *Crime, Law and Social Change*, n. 67, 2017, pp. 272-273, ellos afirman que «[...] it is mistaken to assume a general positive impact for all participants of information-sharing exercises. Many actors apparently fear the reputational costs of, or possible liabilities deriving from, breaches of their cybersecurity more than desiring the rather diffuse benefits of strategic threat awareness».

<sup>15</sup> Sobre el tema, véase TADDEO, M., "Is Cybersecurity a Public Good?", *Minds & Machines*, n. 29, 2019, pp. 351-352.

De ahí la previsión de una serie de desempeños peculiares, que son, entre otros: efectuar revisiones periódicas de funcionamiento, realizar las actualizaciones y revisiones necesarias de los *softwares*, eliminar con celeridad las vulnerabilidades informáticas reportadas y garantizar un correcto empleo de los datos personales de los usuarios. Se consigue, en definitiva, la introducción de específicas obligaciones de diligencia reforzada, más estrictas cuanto más elevados son los riesgos de manipulación de las aplicaciones y de los dispositivos tecnológicos proporcionados en el mercado<sup>16</sup>.

El objetivo de construir una arquitectura multinivel eficiente en materia de seguridad cibernética se traduce, en segundo lugar, en la definición de modalidades más estructuradas y duraderas de cooperación entre sector público y sector privado, en condiciones de aprovechar de forma adecuada los conocimientos y las capacidades de análisis de este último, «*that rival those of the world's most sophisticated intelligence agencies, including in the notoriously difficult task of attack attribution*»<sup>17</sup>.

Desde esta perspectiva es como se puede entender la institución de algunas sedes privilegiadas de conexión, de matriz europea, como por ejemplo: el Centro Europeo de Competencia Industrial, Tecnológica y de Investigación sobre la Ciberseguridad, que quiere desarrollar los recursos y las competencias de la Unión y reducir su dependencia de terceros países, comprometiendo las energías de los centros nacionales de coordinación (en Italia, el ACN), del mundo de la industria y de la universidad<sup>18</sup>; la Unidad Conjunta para el Ciberespacio (*Joint Cyber Unit*), como plataforma destinada a promover el intercambio de informaciones, buenas prácticas y conocimientos, así como la cooperación entre fuerzas del orden público y de defensa, autoridades civiles y diplomáticas, y sector privado en caso de ataques severos o accidentes transfronterizos<sup>19</sup>; la red de los centros operativos de seguridad (SOC, *Security Operations Center*), como *network* destinado a garantizar una supervisión constante, extendida y en tiempo real de las intrusiones y de las anomalías informáticas en las redes y en los sistemas de diferentes portadores de interés, también a través de la implicación de las PMI de la Unión<sup>20</sup>. Gracias a esta red, en particular, se refuerzan las capacidades de detección, de análisis y de uso compartido de los datos relativos a los ataques *cyber* más peligrosos, permitiendo a las autoridades públicas y a sujetos privados señalar rápidamente amenazas potenciales y en marcha, antes de que estas causen daños irreparables a gran escala.

<sup>16</sup> De refuerzo de las obligaciones de diligencia exigibles por parte de los productores y de los proveedores de las nuevas tecnologías hablan, especialmente, la Comunicación conjunta de 13 de septiembre de 2017, *Resiliencia, disuasión y defensa: hacia una ciberseguridad fuerte para la UE*, cit., p. 2.2; la Comunicación conjunta de 16 de diciembre de 2020, *La estrategia de ciberseguridad de la UE para la década digital*, cit., p. 1.5.

<sup>17</sup> Así, SALES, N.A., "Privatizing Cybersecurity", *UCLA Law Review*, vol. 65, n. 3, 2018, p. 632.

<sup>18</sup> Cfr. la normativa UE 2021/887, de 20 de mayo de 2021, que encarga a las redes de los «Centros nacionales de coordinación» la tarea de apoyar al Centro Europeo de Competencia para la Ciberseguridad en la actividad de refuerzo de las capacidades, de los conocimientos y de la competitividad de la Unión en el sector (art. 6 del reglamento).

<sup>19</sup> Cfr. la Comunicación conjunta de 16 de diciembre de 2020, *La estrategia de ciberseguridad de la UE para la década digital*, cit., p. 2.1.

<sup>20</sup> Cfr. la Comunicación conjunta de 16 de diciembre de 2020, *La estrategia de ciberseguridad de la UE para la década digital*, cit., p. 1.2.

Se trata de organismos e instrumentos que demuestran la madura consciencia, por parte de las instituciones, de la necesidad de establecer una *governance* más participativa para abordar de la mejor manera posible los difíciles desafíos para la seguridad puestos en marcha por la difusión del ciberespacio. Y esto, teniendo en cuenta los importantes beneficios que se pueden obtener de la contribución del mundo empresarial, al menos, bajo una doble perspectiva.

En primer lugar, una interlocución constante entre actores públicos y operadores privados en materia de ciberseguridad fomentaría un intercambio rentable de conocimientos especializados y de soluciones operativas.

En el contexto examinado, de hecho, la creación de un sistema altamente centralizado y unilateral, en presencia de evidentes asimetrías informativas, está destinada a resultar ineficaz: por un lado, la acción capilar de las ciberamenazas y la complejidad de la tecnología en el mercado hacen que las empresas del sector sean los sujetos más cualificados para entender las estrategias de ataque de los *hackers*, para detectar las principales vulnerabilidades escondidas en los *softwares* y para recomendar a las autoridades competentes las contramedidas más apropiadas; por otro, la realización de un circuito de supervisión y de un sistema de alerta distribuido (a.d., *distributed surveillance*), que se basa (también) en la constante actividad de vigilancia realizada por los operadores económicos, puede reducir significativamente las ineficiencias y los costes administrativos soportados por los Estados miembros debido a la protección de la seguridad cibernética nacional<sup>21</sup>.

En segundo lugar, la implicación del sector empresarial sería extremadamente importante en la elaboración y en la actualización de los protocolos, de las directrices y de los estándares de seguridad comunes, concretamente en el ámbito de la protección de las infraestructuras y de los servicios considerados “críticos”, gestionados, en la mayoría de los casos, por sujetos privados.

Especialmente, la intervención de estos últimos en el proceso de determinación de las políticas y de las medidas vinculantes para todas las partes interesadas (*stakeholders*), proporcionaría, por supuesto, a las autoridades competentes un soporte técnico valioso<sup>22</sup>; esta forma de colaboración permitiría, además, evitar el riesgo de perseguir ambiciosos objetivos de resiliencia a través de la introducción de cargas y requisitos inadecuados o excesivos, incompatibles con el principio de proporcionalidad y con la perspectiva liberal a preservar en este ámbito<sup>23</sup>. Como parece evidente, empresas y varias entidades hacen frente a amenazas, a vulnerabilidades y a diferentes consecuencias; por consiguiente, una verdadera inclusión de estos sujetos en las sedes

<sup>21</sup> CLARKE, A. y KNAKE, R.K., *Cyber War: The Next Threat to National Security and What To Do About It*, HarperCollins Publishers, New York, 2010, p. 162.

<sup>22</sup> CAPPELLETTI, F. y MARTINO, L., “Achieving robust European cybersecurity through public-private partnerships: approaches and developments”, *Elf discussion paper*, n. 4, 2021, spec. pp. 7 y ss.

<sup>23</sup> RAFFIOTTA, E.C., “Cybersecurity regulation in the European Union and the issues of Constitutional Law”, *Rivista AIC*, n. 4, 2022, pp. 13-14, que contrapone, al enfoque, en cierta medida, dirigido por el legislador europeo, el modelo liberal adoptado por los Estados Unidos de América. Según el autor, en particular, el paradigma americano, que funciona a nivel federal a través de la *Cybersecurity and Infrastructure Security Agency* (CISA), se caracteriza por «*a voluntary approach, within which there is a synergy between a “light government touch” and a strong empowerment of private entities, including –above all– Big Techs corporations*».

decisorias y consultivas no podría más que fomentar la definición de herramientas parametrizadas con el determinado nivel de riesgo informático, apropiadas para contextos concretos en que operan las empresas y actualizadas con respecto a las innovaciones tecnológicas planteadas.

En otras palabras, la promoción de formas más estables y estructuradas de cooperación entre actores públicos y privados permitiría no solo un mayor uso compartido de informaciones, habilidades y buenas prácticas, sino también una deseable participación “desde abajo” al proceso regulatorio, limitando el tradicional enfoque “*command and control*” para fomentar formas de “*enforced self-regulation*”<sup>24</sup>. Como es sabido, también a nivel europeo, “para poder formular eficazmente una política, es preciso entender con claridad la naturaleza y el alcance de los retos. Esto requiere no solo datos estadísticos y económicos fiables y actualizados sobre los incidentes en detrimento de la seguridad informática y sobre los niveles de confianza de los consumidores y de los usuarios, sino también datos actualizados sobre las dimensiones y las tendencias en marcha en el sector de la seguridad de las TIC en Europa”<sup>25</sup>.

Estas consideraciones nos llevan inevitablemente a reflexionar sobre el marco institucional de protección de la seguridad cibernética establecido en nuestro ordenamiento, en el cual el intento de reproducir módulos organizativos y operativos, propios del sector *intelligence*, ha determinado un evidente déficit de participación de los operadores económicos del sector<sup>26</sup>. Una elección legislativa que, si se analiza a fondo, resulta llamativa, también si se tiene en cuenta la bien conocida adicción de las administraciones públicas italianas a las capacidades y a las experiencias en el ámbito tecnológico-informático que tiene el sector privado, que ha representado, y aún representa, una de las principales causas de los retrasos registrados por nuestro país en el proceso global de transición digital<sup>27</sup>.

Todavía parecen limitadas y genéricas, de hecho, las referencias normativas que tienen en cuenta el valor estratégico de la dinámica cooperativa entre sector público y sector industrial. Se hace referencia, por ejemplo, al art. 7 del DL del 14 de junio de 2021, n. 82, que encarga al ACN la tarea de: “hacer efectivas” las capacidades nacionales de prevención, supervisión, detección, análisis y reacción a los ataques

<sup>24</sup> Respecto a esto, véanse SALES, N.A., “Regulating Cyber-Security”, cit., pp. 1554 y ss.; TROPINA, T., “Public-private collaboration: Cybercrime, cybersecurity and nationals’ security”, Tropina, T. y Callanan, C. (dirs.), *Self- and Co-regulation in Cybercrime, Cybersecurity and National Security*, Springer, Cham, 2015, pp. 9 y ss.; CAPPELLETTI, F. y MARTINO, L., “Achieving robust European cybersecurity through public-private partnerships”, cit., p. 9.

<sup>25</sup> Cfr. la comunicación de la Comisión europea de 31 de mayo de 2006, *Una estrategia para una sociedad de la información segura. Diálogo, asociación y responsabilización*, COM (2006) 251, párr. 3.2.1., con la que la Comisión ha pedido a ENISA desarrollar una cooperación de confianza con los Estados miembros y las partes interesadas, con el fin de crear un sistema europeo de uso compartido de las informaciones y de alerta, así como de fomentar un espacio adecuado para la recopilación y el análisis de los datos sobre los incidentes y los ataques cibernéticos en la Unión.

<sup>26</sup> Sobre estos perfiles, véanse PARONA, L., “L’istituzione dell’Agenzia per la cybersicurezza nazionale”, cit., p. 718; PREVITI, L., “Pubblici poteri e cybersicurezza: il lungo cammino verso un approccio collaborativo alla gestione del rischio informatico”, *Federalismi.it*, n. 25, 2022, pp. 81 y ss.

<sup>27</sup> Con respecto al conocido fenómeno del *digital divide*, véanse, al menos, CASSESE, S., “A Che serve la formazione dei dipendenti pubblici?”, *Politica del diritto*, 1989, pp. 431 y ss.; DONATI, D., “Digital divide e promozione della diffusione delle ICT”, Merloni, F. (dirs.), *Introduzione all’e-Government*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 209 y ss.; RAMAJOLI, M., “Quale cultura per l’amministrazione pubblica?”, *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 2, 2017, pp. 187 y ss.; SGUEO, G., *Il divario. I servizi pubblici digitali tra aspettative e realtà*, Egea, Milano, 2022.

informáticos, incluso a través del recurso a iniciativas de colaboración del sector público-privado<sup>28</sup>; de promocionar, a través de la implicación de las universidades y del sistema productivo, el desarrollo de competencias y de capacidades industriales, tecnológicas y científicas<sup>29</sup>, incluso en calidad de centro nacional de coordinación, de conformidad con el mencionado art. 6 del reglamento UE 2021/887; de constituir colaboraciones, consorcios, fundaciones o sociedades, con sujetos públicos o privados, para la mejor realización de sus finalidades institucionales<sup>30</sup>.

Como se ha señalado, mientras en otros países, como Francia y Alemania, se ha asistido a la creación de organismos específicos, que reúnen a representantes de las administraciones públicas y del mundo empresarial para realizar trabajos de análisis, planificación y elaboración de tendencias normativas en materia de ciberseguridad, en Italia, la colaboración con los privados ha sido, hasta ahora, principalmente de carácter financiero y dirigida al desarrollo de tecnologías e infraestructuras digitales<sup>31</sup>.

El marco reglamentario que se acaba de mostrar lleva a acoger con satisfacción las interesantes propuestas contenidas en la reciente estrategia italiana sobre la ciberseguridad 2022-2026 y en el correspondiente plan de implementación de mayo de 2022; a través de estos documentos, además de las necesarias inversiones en el factor “desarrollo”, se piensa garantizar una implicación más efectiva en el sector privado en la persecución de los objetivos de “protección”, por un lado, y de “respuesta”, por otro, hacia las trampas de la dimensión cibernética.

En concreto, en cuanto al primer objetivo, la estrategia y el plan de implementación aspiran a potenciar el sistema nacional de “escrutinio tecnológico”, que depende del Centro de Evaluación y Certificación Nacional (CVCN) instituido en el ACN y, en los ámbitos de competencia, depende de los Centros de Evaluación del Ministerio del Interior y de Defensa. Para tal fin, se prevé la introducción de una red de laboratorios acreditados de prueba (a.d. LAP), como sujetos, públicos y privados, llamados a facilitar los procedimientos de certificación de calidad de los recursos (*asset*) tecnológicos utilizados por los sujetos incluidos en el PSNC, y para detectar las correspondientes vulnerabilidades<sup>32</sup>.

Al mismo tiempo, las acciones mencionadas destacan la necesidad de aprovechar al máximo las capacidades nacionales de identificación y de respuesta hacia los ciberrataques, estableciendo dos formas de colaboración diferentes para los operadores económicos del sector.

La primera, de carácter estructural, se refiere a la implantación de una red de centros sectoriales de análisis y de intercambios de informaciones relevantes (*Information Sharing and Analysis Center*, ISAC) creada para ayudar a las oficinas del

<sup>28</sup> Art. 7, apartado 1, let. n), DL n. 82/2021.

<sup>29</sup> Art. 7, apartado 1, let. r), DL n. 82/2021.

<sup>30</sup> Art. 7, apartado 1, let. z), DL n. 82/2021.

<sup>31</sup> LAURO, A., “Sicurezza cibernetica e organizzazione dei poteri: spunti di comparazione”, *La Rivista Gruppo di Pisa*, n. 3, 2021, pp. 537 y ss.

<sup>32</sup> Sobre esto, se remite a las previsiones del DL de 3 de agosto de 2022, n. 123.

ACN a ofrecer y a difundir buenas prácticas, directrices, avisos de seguridad y recomendaciones dentro del país.

La segunda, de carácter ocasional, contempla la implicación directa de empresas oportunamente calificadas en materia de respuesta ante incidentes (*incident response*), de apoyo en las funciones institucionales del CSIRT Italia, en caso de que se verificase “una cantidad numerosa de ciberincidentes de carácter sistémico”. Con ello, Italia demuestra la voluntad de utilizar, junto con adecuadas estrategias de resiliencia, tácticas eficaces de defensa activas (*active defense*), con el propósito de desarrollar, aprovechando múltiples fuentes de datos relevantes y de actores responsables, formas compartidas y rápidas de gestión de crisis y contraataque<sup>33</sup>.

Se trata de novedades que se espera implementar aún más, debido a los relevantes efectos disuasorios y preventivos ejercidos por estos instrumentos hacia las operaciones de intrusión y de manipulación realizadas por los criminales informáticos.

### 3 Factor humano, cultura de la seguridad cibernética e “inmunidad de grupo”

El avance repentino del proceso de informatización de las relaciones económicas y sociales registrado en los últimos años exige sin duda un replanteamiento del papel de los ciudadanos usuarios dentro de los sistemas nacionales de protección de la ciberseguridad. Esta afirmación se puede demostrar fácilmente empezando por la simple consideración de las nuevas amenazas para la seguridad colectiva que se derivan de la difusión, a nivel internacional, de aquellos dispositivos y aparatos, dotados de sensores interconectados e interactivos, que pertenecen al amplio conjunto de la *Internet de las cosas*: un fenómeno que está determinando, con respecto al pasado, un aumento vertiginoso de las superficies de ataque y el número de objetivos (*target*) afectados<sup>34</sup>. Es posible sacar conclusiones análogas prestando atención a la creciente expansión de la a.d. economía cibercriminal, que ha visto florecer con el tiempo un auténtico mercado en línea (por lo general, en la internet oscura) de productos y servicios específicamente dirigidos a consumir peligrosos ataques informáticos, acorde con el concepto de “*Crime as a Service*”<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> Sobre el papel estratégico que juega la elaboración de adecuadas tácticas de defensa activa, véanse GORI, U., “Nuovi approcci alla sicurezza cibernetica: la diplomazia preventiva come strumento di difesa attiva”, Gori, U. (dir.), *Cyber Warfare 2018. Dalla difesa passiva alla risposta attiva: efficacia e legittimità della risposta attiva alle minacce cibernetiche*, Franco Angeli, Milano, 2019, pp. 17 y ss.

<sup>34</sup> Sobre las nuevas problemáticas jurídicas relacionadas con la aparición del fenómeno del *Internet of Things*, véanse WEBER, R.H. y STUDER, E., “Cybersecurity and the Internet of Things: Legal Aspect”, *Computer Law & Security Review*, n. 36, 2016, pp. 726 y ss.; RAYES, A. y SALAM, S., *Internet of Things: from Hype to Reality*, Springer, Cham, 2019; DE NARDIS, L., *The Internet in Everything. Freedom and Security in a World with No Off Switch*, Yale University Press, New Haven, 2020; NOTO LA DIEGA, G., *Internet of Things and the Law. Legal Strategies for Consumer-Centric Smart Technologies*, Routledge, Londra, 2022.

<sup>35</sup> Sobre esto, BRIGHI, R. y CHIARA, P.G., “La cybersecurity come bene pubblico: alcune riflessioni normative a partire dai recenti sviluppi nel diritto dell’Unione europea”, *Federalismi.it*, n. 21, 2021, p. 21, que destacan la relevancia y las motivaciones económicas de organizaciones criminales estructuradas como unas verdaderas empresas, que ofrecen en el mercado *softwares* listos para usar y que no necesitan específicas habilidades informáticas por parte de los compradores. Con respecto al concepto del “*Crime as a Service*”, véase el interesante análisis de PAGANINI, P., “Cybercrime-as-a-Service: EU Perspectives”, Martino, L. y Gamal, N. (dirs.), *European Cybersecurity in Context. A Policy-Oriented Comparative Analysis*, ELF study, Brussels, 2022, pp. 67 y ss.

Se trata de elementos que conducen a reflexionar no solo sobre el hecho de que los actos de criminalidad informática ya se puedan perpetrar a precios moderados por sujetos particularmente inexpertos en la utilización de las tecnologías<sup>36</sup>, sino también sobre la apremiante necesidad de actuar para mejorar el nivel de alfabetización digital y conciencia de los usuarios de la red.

La necesidad de valorar las obligaciones y las responsabilidades de los usuarios de las infraestructuras y de los sistemas digitales constituye desde hace mucho tiempo un objetivo de las políticas europeas de protección de la seguridad informática.

Sobre esta cuestión se ha señalado cómo la “seguridad de las redes y de la información es responsabilidad común de todas las partes interesadas, incluso de los operadores, los proveedores de servicios, los proveedores del *hardware* y del *software*, los usuarios finales, los entes públicos y los gobiernos nacionales”<sup>37</sup>; por tanto, “todos los actores involucrados, sean autoridades públicas, sector privado o cada ciudadano, deben reconocer esta responsabilidad compartida, deben activarse para protegerse y, si es necesario, deben garantizar una respuesta coordinada para fortalecer la ciberseguridad”<sup>38</sup>.

A nivel normativo, sin embargo, las recomendaciones mencionadas solo han encontrado una concreta respuesta hace poco: al principio, por medio de previsiones dirigidas a obligar a los Estados miembros a introducir, en las respectivas estrategias nacionales, programas específicos de formación y de actualización profesional<sup>39</sup>; después, a través del refuerzo de las funciones institucionales de la Agencia de la Unión Europea para la Ciberseguridad (*European Union Agency for Network and Information Security*, en adelante ENISA), encargada de promover una mayor conciencia de las organizaciones públicas, de las empresas y de los ciudadanos de la Unión en materia de ciberseguridad, así como de asesorar a los Estados miembros en sus iniciativas de instrucción y de sensibilización colectiva<sup>40</sup>.

Bajo estas intervenciones subyace la constatación del hecho de que cierto nivel de riesgo de seguridad se encuentra inevitablemente en las modernas sociedades digitales; «*some intrusions can be prevented or mitigated but others cannot, and any defensive scheme is necessarily imperfect. This is so because offense is much less costly*

<sup>36</sup> Sobre la criminalidad informática y sobre las problemáticas de derecho penal relacionadas, véanse para todos AMATO MANGIAMELI, A.C. y SARACENI, G. (dirs.), *I reati informatici. Elementi di teoria generale e principali figure criminose*, Giappichelli, Torino, 2019.

<sup>37</sup> Cfr. la Resolución del Consejo de 18 de diciembre de 2009 *Un enfoque cooperativo en materia de seguridad de las redes y de la información*, 2009/C 321/01, p. 3.

<sup>38</sup> Cfr. la Comunicación conjunta de 7 de febrero de 2013 *Estrategia de ciberseguridad de la UE: un ciberespacio abierto y seguro*, cit., p. 1.2.

<sup>39</sup> Art. 7, apartado 1, let. d), directiva NIS 1.

<sup>40</sup> Art. 4, apartados 7 y 10 reglamento UE 2019/881. La institución de la Agencia se ha realizado a cargo del Reglamento CE 460/2004, de 10 de marzo 2004.

than defense in cyberspace»<sup>41</sup>. De ahí la necesidad de ver, en la implicación directa de la sociedad civil, una formidable arma de prevención de los incidentes y de los ataques informáticos, con el intento de desarrollar esa “inmunidad de grupo” indispensable para contener el riesgo cibernético por debajo de los niveles admisibles<sup>42</sup>.

En concreto, más allá de las alegaciones de las teorías económicas que consideran la solidez de las redes y de los *softwares* como un verdadero bien público<sup>43</sup>, la introducción de políticas y medidas que tienen el objetivo de limitar los errores imputables al a.d. “factor humano”, permitirían obtener ventajas prácticas, que se aprecian al menos por unas razones tripartitas.

En primer lugar, una mayor información a la opinión pública con respecto a las principales tipologías de amenazas, a las correspondientes modalidades de detección y a los instrumentos de respuesta que la normativa prevé, contribuiría a reducir la eficacia de los ataques menos sofisticados.

En este sentido, la consolidación de oportunas normas de “higiene informática”, fáciles de comprender y replicar incluso para quien no tiene una preparación especializada (como aquellas relativas a los sistemas de autenticación, a las copias de seguridad y de recuperación, o a la instalación de *antivirus* y *firewall*), permitiría diseñar un sistema, si no completamente seguro, sí capaz de hacer frente a los peligros del ciberespacio más comunes y conocidos<sup>44</sup>. Esto daría a las autoridades públicas la posibilidad de concentrar sus propios recursos hacia los sujetos más indefensos, como los usuarios mayores o muy jóvenes, muchas veces dotados de escasas competencias básicas de informática y, por tanto, aún más expuestos al riesgo de caer en trampas virtuales dispuestas por criminales profesionales.

En segundo lugar, un mayor intercambio de buenas prácticas (*best practices*) y de directrices de comportamiento *online* determinaría un deseable incremento del número de las comunicaciones y de los avisos por parte de los usuarios.

Esta circunstancia contribuiría no solo a establecer una relación más directa entre los destinatarios de los ataques y los órganos administrativos encargados de la atención y la ayuda, sino también a proporcionar una mejor comprensión del nivel de difusión de las amenazas y de las modalidades de ataque de los *hackers*. Estos últimos, de hecho, a través de complejos sistemas de ingeniería social, destinados a aprovecharse de la ingenuidad de los individuos, ahora son capaces de introducirse en muchos *servers*, apoderarse de ellos y afectar a objetivos (*target*) de considerable

---

<sup>41</sup> SALES, N.A., “Regulating Cyber-Security”, cit., p. 1545.

<sup>42</sup> MONTESSORO, P.L., “Cybersecurity: conoscenza e consapevolezza come prerequisiti per l'amministrazione digitale”, *Istituzioni del Federalismo*, n. 3, 2019, pp. 784-785.

<sup>43</sup> Véanse, entre otros, GRADY, M.F. y PARISI, F., *Law and Economics of Cybersecurity*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005; ROSENZWEIG, P., *Cyber Warfare: How Conflict in Cyberspace is Challenging America and Changing the World*, Praeger Press, Westport, 2012; TADDEO, M., “Is Cybersecurity a Public Good?”, cit., pp. 350 y ss.; BRIGHI, R. y CHIARA, P.G., “La cybersecurity come bene pubblico: alcune riflessioni normative a partire dai recenti sviluppi nel diritto dell'Unione europea”, cit., pp. 25 y ss.

<sup>44</sup> ZICCARDI, G., “La cybersecurity nel quadro tecnologico (e politico) attuale”, Ziccardi, G. y Perri, P. (dirs.), *Tecnologia e diritto*, vol. III, Giuffrè, Milano, 2019, p. 210.

relevancia sin arriesgarse a que las autoridades policiales los detecten<sup>45</sup>. Por esta razón, además del perfil de la seguridad exterior, las modernas estrategias de ciberseguridad deberían prestar especial atención a las vulnerabilidades relacionadas con la seguridad interior<sup>46</sup>.

Por último, un apoyo económico constante y operativo en favor de iniciativas en el ámbito de la formación cibernética facilitaría considerablemente la creación de una verdadera cultura de la seguridad y del riesgo informático.

Un objetivo que –aunque represente una de las tareas de la ENISA<sup>47</sup> y, por último, de la ACN<sup>48</sup>, incluso a través de la activación de cursos universitarios específicos y de la asignación de becas de estudios y de investigación o doctorados<sup>49</sup>– aún parece lejos de realizarse plenamente, sobre todo en nuestro ordenamiento.

Al respecto téngase en cuenta que, como afirma el reciente informe Censis-Deepcyber de abril de 2022<sup>50</sup>, el 40 % de los ciudadanos italianos permanece indiferente o no se protege en absoluto contra los ataques informáticos; según esta investigación, además, solo el 24,3 % de los italianos declara que conoce concretamente el significado de la palabra ciberseguridad, mientras que el 58,6 % declara que conoce el tema a grandes rasgos y el 17,1 % declara que no sabe qué es.

También por estos motivos, en el ámbito de la mencionada estrategia italiana 2022–2026, se indican expresamente la formación y la promoción de la cultura en materia de ciberseguridad como “factores habilitadores” necesarios para el alcance de las finalidades de protección, de respuesta y de desarrollo en ella contempladas.

Al respecto, dicha documentación remarca la exigencia de actuar con dos principales intervenciones.

Por un lado, se establece un programa capilar de educación digital para todos los niveles de educación escolar, con el objetivo de estimular en los usuarios más jóvenes la elección de buenas conductas en el espacio cibernético y de desarrollar nuevas profesionalidades en las carreras técnico-científicas, incluso con el objetivo de reducir la distancia relativa a las competencias con respecto de otros países.

Por otro lado, la estrategia plantea la organización de cursos de formación especializada adecuados y de actualizaciones profesionales, dirigidos a los dependientes empleados de las administraciones públicas y a los de los entes privados, grandes o

<sup>45</sup> Piénsese en lo ocurrido a algunos jueces de la Corte dei Conti en septiembre de 2022. Ellos fueron víctimas de una insidiosa operación de suplantación de identidad (*phishing*), que empezó con el envío de un mensaje, que contenía la solicitud de unos datos y al parecer enviado del teléfono profesional de un compañero, a su propio móvil. Contestando al mensaje, los jueces permitieron de hecho a los criminales informáticos el acceso a los contactos de su propia rúbrica y a sus conversaciones de WhatsApp, donde se encontraban documentos reservados.

<sup>46</sup> A este respecto, DE VERGOTTINI, G., “Una rilettura del concetto di sicurezza nell’era digitale e della emergenza normalizzata”, *Rivista Aic*, n. 4, 2019, p. 77.

<sup>47</sup> Art. 3, párr. 1, let. j), Reglamento CE 460/2004, de 10 de marzo de 2004.

<sup>48</sup> Art. 7, apartado 1, let. u), DL n. 82/2021.

<sup>49</sup> Art. 7, apartado 1, let. v), DL n. 82/2021.

<sup>50</sup> Cfr. el informe Censis-Deepcyber, de 22 de abril de 2022, *Il valore della cybersecurity*, disponible en [www.censis.it](http://www.censis.it). A los datos contenidos en este informe hay que añadir aquellos referidos en la edición del 2022 del Índice europeo de digitalización de la economía y de la sociedad (*Digital Economy and Society Index*, DESI), que coloca Italia en la posición 18 y, por lo que se refiere al capital humano, en la posición 25 entre los 27 Estados miembros, puesto que solo el 46 % de los ciudadanos italianos de entre los 16 y los 74 años tiene al menos conocimientos digitales básicos.

pequeños, con especial atención a los que ocupan posiciones apicales. A estas últimas, de hecho, les corresponderá establecer eficaces planes de gestión interior del riesgo cibernético y proporcionar los adecuados mecanismos de mitigación y de aviso, incluso a través de operaciones de autoevaluación de su propio nivel de exposición.

Está claro que la efectiva realización de estos objetivos, dirigidos a reducir los descuidos y los errores más comunes de los operadores y de los usuarios de la dimensión cibernética, conllevará costes elevados; sin embargo, si es cierto que el eslabón más débil de la cadena de seguridad está representado justo por el factor humano, entonces “no hacer nada tendría costes mucho más elevados”<sup>51</sup>.

## 4 Patrones de colaboración entre sector público y privado y perspectivas de *iure condendo*

En los párrafos anteriores se ha puesto en evidencia la necesidad de promover una mayor colaboración entre el sector público y el privado en los sistemas nacionales de seguridad cibernética, como medida fundamental de prevención y de reacción ante el significativo aumento de los incidentes y de los ataques informáticos registrados a nivel mundial.

Como se ha señalado, el logro de este resultado está completamente respaldado por las recientes directrices europeas en temas de ciberseguridad, que implican a todos los componentes de la sociedad en la construcción de “una Unión de la seguridad verdadera y eficaz”<sup>52</sup>, que se basa en instrumentos, conocimientos y actitudes, comunes y compartidos, impulsados incluso por la mencionada directiva UE 2022/2555, a.d. directiva NIS 2<sup>53</sup>.

Para poder aprovechar al máximo los mencionados beneficios que proceden de la actuación del acercamiento “*whole of society*” de matriz supranacional –cuyo valor ya es reconocido incluso en el ordenamiento jurídico italiano– parece importante actuar, en particular, en dos aspectos problemáticos fundamentales.

En primer lugar, una vez reconocido que «el derecho del riesgo perfila patrones relacionales basados más que en mecanismos de “*command and control*” o total “autoadministración” privada, en la integración y en la cooperación entre público y

---

<sup>51</sup> GORI, U., “Lo spazio cibernetico tra esigenze di sicurezza nazionale e tutela delle libertà individuali”, *Informazioni difesa*, supl. n. 6, 2014, p. 21.

<sup>52</sup> Cfr. la Comunicación de la Comisión Europea de 24 de julio de 2020, *Estrategia de la UE para la Unión por la Seguridad*, COM (2020) 605 final, pár. 3, donde se reafirma que: «[...] la cooperación con el sector privado es fundamental, tanto más que la industria cuenta con una parte importante de la infraestructura digital y no digital indispensable para luchar de forma eficaz contra la criminalidad y el terrorismo. Igualmente, cada individuo puede aportar su contribución, creando por ejemplo competencias y conciencia para combatir la criminalidad informática o la desinformación».

<sup>53</sup> La nueva acción interviene para aclarar y ampliar el alcance de la anterior disposición UE 2016/1148, y desde el punto de vista subjetivo, haciendo referencia a la detección de los sujetos involucrados en la cadena de gestión del riesgo cibernético y, desde el punto de vista objetivo, haciendo referencia a las obligaciones de aviso y de seguridad. Es interesante señalar, por un lado, cómo la Comisión europea haya expresamente calificado los entes de la Administración pública, central y regional (excepto los que desarrollan sus actividades «en los sectores de la seguridad nacional, de la seguridad pública, de la defensa, incluso la prevención, la investigación, la comprobación y la persecución de los crímenes»), como sujetos que operan en sectores “de alta criticidad” y, por otro, como la misma Comisión haya ampliado el ámbito de aplicación de la disposición incluso a las PMI, en caso de que estas últimas se consideren esenciales para la vida económica y social de un Estado miembro.

privado»<sup>54</sup>, no parece posible dejar la aplicación del nuevo paradigma exclusivamente en manos de la mera adhesión voluntaria de los sujetos interesados. En cambio, sobre todo en la fase de experimentación de las nuevas propuestas, sería necesario fijar con qué modalidades y en qué límites la colaboración debe realizarse. Eso implica, por ejemplo, la conclusión de acuerdos contractuales destinados a aclarar los incentivos económicos, el reparto de los riesgos, las condiciones de privacidad y las cláusulas de exención de las responsabilidades para las empresas del sector<sup>55</sup>.

Dicho de otro modo, si por un lado «*computer hygiene and basic cybersecurity arrangements should become part of the everyday skills of any internet user, and in the corporate environment cybersecurity should become an overall management challenge, requiring a holistic risk-management approach*», por otro «*it is thus clear that new conceptual approaches to cybersecurity are required to make the behaviour of all players in this market more incentive-compatible*»<sup>56</sup>.

En segundo lugar, estando clara la importancia de la cooperación en los sectores de la investigación y de la innovación –objeto, no por casualidad, del primer acuerdo de colaboración estipulado en esta materia en sede europea<sup>57</sup>– la atención del legislador nacional debería dirigirse todavía más a reglamentar formas más estables y articuladas de colaboración.

Al respecto cabe destacar como la ENISA ha invitado varias veces a los Estados miembros a invertir en esta dirección, identificando, en particular, cuatro paradigmas principales ya presentes en Europa<sup>58</sup>: I) el *Institucional PPP*, destinado a garantizar la protección de instituciones e infraestructuras críticas a través de una cooperación a largo plazo entre los interesados, que se cumple, por ejemplo, en el desarrollo de actividades de soporte operativo, de análisis de datos, de elaboración de buenas prácticas, de control de los estándares de seguridad y de otros servicios<sup>59</sup>; II) el *Goal-oriented PPP*, destinado a promover la cultura de la seguridad informática en los Estados miembros a través de la constitución de centros y de grupos de intercambio

<sup>54</sup> Sobre el tema, BARONE, A., *Il diritto del rischio*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 64 y ss.

<sup>55</sup> En cuanto a esto, véanse BOSSONG, R. y WAGNER, B., "A Typology of Cybersecurity and Public-Private Partnerships in the Context of the European Union", cit., p. 284, que subrayan que: «*In the area of cybersecurity, other forms of risks and responsibilities beyond timely construction or reliable service provision have to be considered. Governments are also increasingly able to exert pressure to obtain "voluntary" cooperation from business [...]. But when dealing with new or advanced cyber threats, public actors often enter these partnerships as the weaker partner, reliant on specialised IT companies to define the level of vulnerability and appropriate countermeasures*».

<sup>56</sup> Así, PUPILLO, L., "EU Cybersecurity and the Paradox of Progress", *CEPS policy insights*, n. 6, 2018, p. 3.

<sup>57</sup> Se trata del Acuerdo de cooperación público-privada sobre la ciberseguridad de 5 de julio de 2016, promovido por la Comisión de la Unión Europea de 6 de mayo de 2015, *Estrategia para el mercado único digital en Europa*, COM (2015) 192 final, p. 3.4., con que se ha instaurado una cooperación más estable entre sujetos diferentes, públicos y privados, interesados en promocionar la investigación y la innovación en el ámbito cibernético, promover la industria europea de la seguridad informática e introducir soluciones innovadoras y fiables (productos, servicios y *software* TIC) en algunos sectores estratégicos de la Unión (i.e., energía, sanidad, transportes, finanzas). En concreto, el acuerdo ha recibido una inversión por parte de la Unión Europea, en el marco del programa Horizonte 2020, de 450 millones de euros, mientras las inversiones de los operadores del mercado de la ciberseguridad, representadas por la Organización Europea para la seguridad informática (ECISO), han sido tres veces mayores, para un total de aproximadamente 1,8 millardos entre el 2016 y 2020.

<sup>58</sup> Cfr. ENISA, *Public Private Partnerships (PPP). Cooperative models*, noviembre de 2017, p. 3 y ss. (Acceso web: consultable en [www.enisa.europa.eu](http://www.enisa.europa.eu)).

<sup>59</sup> Se trata del patrón difundido en Estonia y en Polonia.

de conocimientos y de soluciones prácticas sobre argumentos concretos<sup>60</sup>; III) el *Service outsourcing PPP*, útil para presentar a las autoridades públicas competentes las problemáticas cibernéticas más importantes en un sector empresarial específico y a sugerir, por consiguiente, los oportunos actos normativos y de orientación que deben adoptarse para solucionarlas<sup>61</sup>; el *Hybrid PPP*, que constituye una combinación del primero y del tercer patrón, muchas veces utilizado para dejar en manos de entes privados cualificadas funciones y tareas que las mismas instituciones nacionales no están a la altura de ejercer, como las inherentes a las actividades de aviso y de respuesta en caso de ataques cibernéticos<sup>62</sup>.

La elección del patrón de colaboración que se debe implementar se deja, en realidad, a cada Estado miembro, puesto que «*there is no universal, simple solution that applies to all the nations for creating and developing PPP. It is rather a national issue, connected with the culture and the way how the whole political and economic system works*»<sup>63</sup>.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, es posible destacar la exigencia de introducir sucesivas fases y modalidades de implicación de la clase privada-empresarial en el ámbito de la arquitectura italiana de tutela de la seguridad cibernética, en especial, en la determinación de las políticas, de los procedimientos, de los estándares, de las medidas y contramedidas más importantes en la materia<sup>64</sup>.

Parecen inadecuadas para asegurar este objetivo, de hecho, las previsiones normativas actualmente vigentes, que contemplan la mera participación sin derecho de voto a las reuniones del Núcleo para la Ciberseguridad de los «sujetos públicos o privados eventualmente interesados» en situaciones de crisis de naturaleza cibernética<sup>65</sup> y que dejan en manos del ACN la tarea de establecer «con un reglamento propio» los niveles mínimos de seguridad, de capacidad de elaboración, de ahorro energético y de fiabilidad de las infraestructuras digitales de la Administración pública<sup>66</sup>, además de promover, en general, la creación de actuaciones de colaboración.

---

<sup>60</sup> Se trata del patrón presente en España, Reino Unido, Luxemburgo, Holanda, Austria e Eslovaquia.

<sup>61</sup> Se trata del patrón que se encuentra en Alemania y en Austria.

<sup>62</sup> Patrón presente, por ejemplo, en República Checa.

<sup>63</sup> Cfr. ENISA, *Public Private Partnerships (PPP). Cooperative models*, cit., p. 3.

<sup>64</sup> Sobre la necesidad de promover, en la Unión, un sistema de ciberseguridad abierto a la participación y a la colaboración de los actores privados, incluso con el fin de facilitar el alcance del objetivo n. 16 de la Agenda ONU 2030 para el Desarrollo Sostenible, dedicado a la promoción de sociedades pacíficas e inclusivas, así como a la construcción de instituciones responsables y eficaces a todos niveles, véanse ROSSA, S., "Administrative Law Reflections on Cybersecurity, and on its Institutional Actors, in the European Union and Italy", *Italian Journal of Public Law*, n. 2, 2022, pp. 449-450.

<sup>65</sup> Art. 10, apartado 3, DL n. 82/2021. El Núcleo para la ciberseguridad (en origen, Núcleo para la Seguridad Cibernética) ha sido implantado por el DPCM n. 66/2013, con el fin de coordinar la acción de todos los sujetos involucrados en la preparación y en la gestión de las situaciones de crisis y activar los eventuales procedimientos de alerta y de respuesta. Desde 2021 el Núcleo opera en la Agencia Nacional para la Ciberseguridad.

<sup>66</sup> Art. 33-*septies*, apartado 4, DL de 18 de octubre de 2012, n. 179, conversión con modificación de la Ley de 17 de diciembre de 2012, n. 221.

De ahí la contrapueba del hecho de que, a pesar de la retórica de la transición digital, aún pueda ser difícil para un Estado esa «confesión de fracaso»<sup>67</sup> al reglamentar y tutelar con autonomía y con recursos propios la seguridad pública en el ciberespacio.

## Bibliografía

- AMATO MANGIAMELI, A.C. y SARACENI, G. (dirs.), *I reati informatici. Elementi di teoria generale e principali figure criminose*, Giappichelli, Torino, 2019.
- ATERNO, S., *Sicurezza informatica. Aspetti giuridici e tecnici*, Pacini, Pisa, 2022.
- BARONE, A., *Il diritto del rischio*, Giuffrè, Milano, 2006.
- BARONI, M., “Intelligenza artificiale e cybersicurezza in una prospettiva costituzionale”, Cerrina Feroni, G., Fontana, C. y Raffiotta, E.C. (dirs.), *AI Anthology*, Il Mulino, Bologna, 2022.
- BASSINI, M., “Cybersecurity”, Paracampo, M.T. (dir.), *Fintech. Introduzione ai profili giuridici di un mercato unico tecnologico dei servizi finanziari*, Giappichelli, Torino, 2021.
- BETZU, M., *I baroni del digitale*, Editoriale scientifica, Napoli, 2022.
- BOSSONG, R. y WAGNER, B., “A Typology of Cybersecurity and Public-Private Partnerships in the Context of the European Union”, *Crime, Law and Social Change*, n. 67, 2017.
- BRIGHI, R. y CHIARA, P.G., “La cybersecurity come bene pubblico: alcune riflessioni normative a partire dai recenti sviluppi nel diritto dell’Unione europea”, *Federalismi.it*, n. 21, 2021.
- CAPPELLETTI, F. y MARTINO, L., “Achieving robust European cybersecurity through public-private partnerships: approaches and developments”, *Elf discussion paper*, n. 4, 2021.
- CAROTTI, B., “Sicurezza cibernetica e Stato nazione”, *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 5, 2020.
- CASINI, L., *Lo Stato nell’era di Google. Frontiere e sfide globali*, Mondadori, Milano, 2020.
- CASSESE, S., “A Che serve la formazione dei dipendenti pubblici?”, *Politica del diritto*, 1989.
- CASSESE, S., *La crisi dello Stato*, Laterza, Roma-Bari, 2002.
- CASSESE, S., *Lo spazio giuridico globale*, Laterza, Roma-Bari, 2003.
- CENCETTI, C., *Cybersecurity: Unione europea e Italia. Prospettive a confronto*, Nuova Cultura, Roma, 2014.
- CLARKE, A. y KNAKE, R.K., *Cyber War: The Next Threat to National Security and What To Do About It*, HarperCollins Publishers, New York, 2010.
- CONTALDO, A. y MULA, D. (dirs.), *Cybersecurity Law*, Pacini, Pisa, 2020.

<sup>67</sup> MONTI, A., “Internet e ordine pubblico”, Cassano, G. y Previti, S. (dirs.), *Il diritto di internet nell’era digitale*, Giuffrè, Milano, 2020, p. 75. Sobre las inevitables dificultades que los poderes públicos encuentran al reglamentar las conexiones y relaciones humanas que tienen lugar en el espacio virtual, véanse, por último, MANNONI, S. y STAZI, G., *Sovranità.com. Potere pubblico e privato ai tempi del cyberspazio*, Editoriale scientifica, Napoli, 2021; BETZU, M., *I baroni del digitale*, Editoriale scientifica, Napoli, 2022.

- DE NARDIS, L., *The Internet in Everything. Freedom and Security in a World with No Off Switch*, Yale University Press, New Haven, 2020.
- DE VERGOTTINI, G., “Una rilettura del concetto di sicurezza nell’era digitale e della emergenza normalizzata”, *Rivista Aic*, n. 4, 2019.
- DONATI, D., “Digital divide e promozione della diffusione delle ICT”, Merloni, F. (dirs.), *Introduzione all’e-Government*, Giappichelli, Torino, 2005.
- ENISA, *Public Private Partnerships (PPP). Cooperative models*, noviembre 2017. Acceso web: [www.enisa.europa.eu](http://www.enisa.europa.eu).
- FORGIONE, I., “Il ruolo strategico dell’Agenzia nazionale per la cybersicurezza nel contesto del sistema di sicurezza nazionale: organizzazione e funzioni, tra regolazione europea e interna”, *Diritto amministrativo*, n. 4, 2022.
- GORI, U., “Lo spazio cibernético tra esigenze di sicurezza nazionale e tutela delle libertà individuali”, *Informazioni difesa*, supl. n. 6, 2014.
- GORI, U., “Nuovi approcci alla sicurezza cibernética: la diplomazia preventiva come strumento di difesa attiva”, Gori, U. (dir.), *Cyber Warfare 2018. Dalla difesa passiva alla risposta attiva: efficacia e legittimità della risposta attiva alle minacce cibernetiche*, Franco Angeli, Milano, 2019.
- GRADY, M.F. y PARISI, F., *Law and Economics of Cybersecurity*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.
- KESAN, J.P. y HAYES, C.M., “Creating a “Circle of Trust” to Further Digital Privacy and Cybersecurity Goals”, *Michigan State Law Review*, 2014.
- KOHLER, C., “The EU Cybersecurity Act and European standard: an introduction to the role of European standardization”, *International Cybersecurity Law Review*, n. 1, 2020.
- LAURO, A., “Sicurezza cibernética e organizzazione dei poteri: spunti di comparazione”, *La Rivista Gruppo di Pisa*, n. 3, 2021.
- MANNONI, S. y STAZI, G., *Sovranità.com. Potere pubblico e privato ai tempi del cyberspazio*, Editoriale scientifica, Napoli, 2021.
- MELE, S., “Il Perimetro di sicurezza nazionale cibernética e il nuovo «golden power»”, Cassano, G. y Previti, S. (dirs.), *Il diritto di internet nell’era digitale*, Giuffrè, Milano, 2020.
- MONTESSORO, P.L., “Cybersecurity: conoscenza e consapevolezza come prerequisiti per l’amministrazione digitale”, *Istituzioni del Federalismo*, n. 3, 2019.
- MONTI, A., “Internet e ordine pubblico”, Cassano, G. y Previti, S. (dirs.), *Il diritto di internet nell’era digitale*, Giuffrè, Milano, 2020.
- NOTO LA DIEGA, G., *Internet of Things and the Law. Legal Strategies for Consumer-Centric Smart Technologies*, Routledge, Londra, 2022.
- PAGANINI, P., “Cybercrime-as-a-Service: EU Perspectives”, Martino, L. y Gamal, N. (dirs.), *European Cybersecurity in Context. A Policy-Oriented Comparative Analysis*, Elf study, Brussels, 2022.
- PARONA, L., “L’istituzione dell’Agenzia per la cybersicurezza nazionale”, *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 6, 2021.

- PREVITI, L., “Pubblici poteri e cybersicurezza: il lungo cammino verso un approccio collaborativo alla gestione del rischio informatico”, *Federalismi.it*, n. 25, 2022.
- PUPILLO, L., “EU Cybersecurity and the Paradox of Progress”, *CEPS policy insights*, n. 6, 2018.
- RAFFIOTTA, E.C., “Cybersecurity regulation in the European Union and the issues of Constitutional Law”, *Rivista AIC*, n. 4, 2022.
- RAMAJOLI, M., “Quale cultura per l’amministrazione pubblica?”, *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 2, 2017.
- RAYES, A. y SALAM, S., *Internet of Things: from Hype to Reality*, Springer, Cham, 2019.
- RENZI, A., “La sicurezza cibernetica: lo stato dell’arte”, *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 4, 2021.
- RODOTÀ, S., *Il mondo nella rete. Quali i diritti, quali i vincoli*, Laterza, Roma-Bari, 2014.
- ROSSA, S., “Administrative Law Reflections on Cybersecurity, and on its Institutional Actors, in the European Union and Italy”, *Italian Journal of Public Law*, n. 2, 2022.
- ROSENZWEIG, P., *Cyber Warfare: How Conflict in Cyberspace is Challenging America and Changing the World*, Praeger Press, Westport, 2012.
- SALES, N.A., “Regulating Cyber-Security”, *Northwestern University Law Review*, vol. 107, n. 4, 2013.
- SALES, N.A., “Privatizing Cybersecurity”, *UCLA Law Review*, vol. 65, n. 3, 2018.
- SERINI, F., “La nuova architettura di cybersicurezza nazionale: note a prima lettura del decreto-legge n. 82 del 2021”, *Federalismi.it*, n. 12, 2022.
- SGUEO, G., *Il divario. I servizi pubblici digitali tra aspettative e realtà*, Egea, Milano, 2022.
- TADDEO, M., “Is Cybersecurity a Public Good?”, *Minds & Machines*, n. 29, 2019.
- TORCHIA, L., *Lo Stato digitale. Una introduzione*, Il Mulino, Bologna, 2023.
- TROPINA, T., “Public-private collaboration: Cybercrime, cybersecurity and nationals’ security”, Tropina, T. y Callanan, C. (dirs.), *Self- and Co-regulation in Cybercrime, Cybersecurity and National Security*, Springer, Cham, 2015.
- URSI, R., “La difesa: tradizione e innovazione”, *Diritto Costituzionale*, n. 1, 2022.
- WEBER, R.H. y STUDER, E., “Cybersecurity and the Internet of Things: Legal Aspect”, *Computer Law & Security Review*, n. 36, 2016.
- ZICCARDI, G., “La cybersecurity nel quadro tecnologico (e politico) attuale”, Ziccardi, G. y Perri, P. (dirs.), *Tecnologia e diritto*, vol. III, Giuffrè, Milano, 2019.

Regap



ESTUDIOS



# Regap

## Comentarios y crónicas

# 2





Revista Galega de Administración Pública, EGAP  
Núm. 65\_enero-junio 2023 | pp. 341-353  
Santiago de Compostela, 2023

<https://doi.org/10.36402/regap.v1i65.5055>

© José Manuel Novoa Falcón

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

Recibido: 27/01/2023 | Aceptado: 01/06/2023

Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

O complemento de produtividade  
e a súa vinculación cos  
servizos prestados

## El complemento de productividad y su vinculación con los servicios prestados

Productivity bonus and its link  
with the services rendered

65 Regap

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

JOSÉ MANUEL NOVOA FALCÓN  
Ministerio de Política Territorial

<https://orcid.org/0000-0003-3161-5369>

[josemanuel.novoa@correo.gob.es](mailto:josemanuel.novoa@correo.gob.es)

**Resumo:** O vixente artigo 23 da Lei 30/1984, do 2 de agosto, de medidas para a reforma da función pública, recolle dous tipos de retribucións, básicas e complementarias. Entre as retribucións complementarias está o complemento de produtividade, cuxo obxecto é retribuír o especial rendemento, a actividade extraordinaria e o interese ou iniciativa con que o funcionario desempeña o seu traballo. Este compoñente retributivo non sempre está regulado para cada ministerio ou organismo e ás veces, malia estalo, a regulación non prevé determinadas circunstancias como a data da devindicación destes conceptos ou ben as previsións contidas son contrarias ao ordenamento xurídico. Estes dous últimos casos constitúen o obxecto deste artigo.

**Palabras clave:** Función pública, retribucións, produtividade, transparencia, igualdade retributiva.

**Resumen:** El vigente artículo 23 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, recoge dos tipos de retribuciones, básicas y complementarias. Entre las retribuciones complementarias está el complemento de productividad, cuyo objeto es retribuir el especial rendimiento

to, la actividad extraordinaria y el interés o iniciativa con que el funcionario desempeña su trabajo. Este componente retributivo no siempre está regulado para cada ministerio u organismo y a veces, a pesar de estarlo, la regulación no prevé determinadas circunstancias como la fecha del devengo de estos conceptos o bien las previsiones contenidas son contrarias al ordenamiento jurídico. Estos dos últimos casos constituyen el objeto del presente artículo.

**Palabras clave:** Función pública, retribuciones, productividad, transparencia, igualdad retributiva.

**Abstract:** Article 23, currently in force, of Law 30/1984, of 2 August 1984, on measures for the reform of the civil service, sets out two types of remuneration, basic and supplementary. Among the supplementary remuneration is the productivity allowance, the purpose of which is to reward the special performance, extraordinary activity and interest or initiative with which the civil servant carries out his or her work. This remuneration component is not always regulated for each ministry or body and sometimes, even when it is, the regulation does not provide for certain circumstances such as the date of accrual of these concepts or the provisions they contain are contrary to the legal system. These last two cases are the subject of this article.

**Keywords:** Civil service, remuneration, productivity, transparency, equal pay.

**SUMARIO:** 1 Introducción. 2 Concepto de complemento de productividad en la Administración general del Estado y su motivación. 3 El complemento de productividad y el acceso a la información. 4 La fecha del devengo del complemento de productividad. 5 Conclusión.

## 1 Introducción

Antes de iniciar el examen del complemento de productividad, conviene hacer un repaso de los conceptos retributivos del personal al servicio de la Administración general del Estado.

La normativa aplicable respecto del régimen retributivo se contiene en los artículos 23 y 24 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, pues, si bien el texto refundido del Estatuto básico del empleado público, aprobado por el Real decreto legislativo 5/2015, de 30 de octubre (en adelante, TREBEP), regula esta materia en los artículos 21 a 30, contenidos en el capítulo III de su título III, dichos preceptos entrarán en vigor cuando sean desarrollados por una ley de función pública, excepto lo dispuesto en el artículo 25.2, que se encuentra a día de hoy plenamente vigente, tal como reza el apartado primero de su disposición final cuarta.

Así las cosas, el artículo 23 de la Ley 30/1984 divide los conceptos retributivos en dos:

- a) Retribuciones básicas, que comprenden el sueldo, los trienios y las pagas extraordinarias.
- b) Retribuciones complementarias, que abarcan el complemento de destino, el complemento específico, el complemento de productividad y las gratificaciones por servicios extraordinarios.

El artículo 24, por su parte, establece que las cuantías de sueldo y trienios serán iguales para todas las administraciones públicas en función del grupo o subgrupo en el que esté clasificado el cuerpo o escala.

## 2 Concepto de complemento de productividad en la Administración general del Estado y su motivación

El concepto de productividad, tal como dice la letra c) del artículo 23.3 de la Ley 30/1984, tiene por objeto retribuir el especial rendimiento, la actividad extraordinaria y el interés o iniciativa con que el funcionario desempeña su trabajo. La ley no explica en qué consisten estos conceptos; estamos, por tanto, ante conceptos jurídicos indeterminados, por lo que cada uno de ellos puede darse o no. Sin perjuicio de esto, parece ser que la ley los considera en su conjunto y no por separado y que corresponde por tanto a un funcionario por su especial esfuerzo al prestar sus servicios, por lo que existe un componente eminentemente subjetivo, a diferencia de lo que sucede con el complemento específico o el complemento de destino, que tienen su base en las características y funciones del puesto de trabajo desempeñado. Precisamente sobre la diferencia entre el complemento específico y el de productividad se ha pronunciado el Tribunal Supremo, al decir que *la finalidad de los complementos específico y de productividad aparece perfectamente caracterizada en la misma norma legal que los regula; el primero, retribuir las condiciones particulares de algunos puestos de trabajo, en atención a su especial dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, incompatibilidad, peligrosidad o penosidad; el segundo, destinado a retribuir el especial rendimiento, la actividad extraordinaria y el interés o iniciativa con que el funcionario desempeña su trabajo*<sup>1</sup>.

Los departamentos ministeriales y resto de organismos públicos suelen regular la concesión del complemento de productividad a través de una resolución dictada normalmente por el órgano que tiene atribuidas las competencias en materia de recursos humanos, por lo que suele ser habitual que las Subsecretarías de los Ministerios sean el órgano competente para su dictado y que su aplicación rija bien en el ministerio o también en sus organismos públicos, cuyos máximos órganos de dirección en ocasiones dictan sus propias resoluciones en materia de productividad, tal como sucede en el Instituto Nacional de la Seguridad Social o en el Servicio Público de Empleo Estatal.

La práctica administrativa, considerando la literalidad de la letra c) del artículo 23.3 de la Ley 30/1984, suele retribuir a su personal por los siguientes conceptos de productividad.

a) Especial dedicación: Esta modalidad tiene su engarce con el tipo de jornada de especial dedicación regulada en la Resolución de 28 de febrero de 2019 de la Secretaría de Estado de Función Pública, por la que se dictan instrucciones sobre jornada y horarios de trabajo del personal al servicio de la Administración general del Estado y sus organismos públicos (BOE de 1 de marzo). Este tipo de productividad consiste

<sup>1</sup> Tribunal Supremo, Sala 3.ª de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 25 de mayo de 1992. ECLI:ES:TS:1992:17501.

en el aumento de la jornada laboral por necesidades del servicio, pasando la jornada semanal de 37,5 a 40 horas. Al ser una jornada especial, queda fuera del concepto de gratificaciones por servicios fuera de la jornada del apartado 4 del artículo 23 de la Ley 30/1984.

b) Productividad por objetivos: Esta modalidad se corresponde con la participación del funcionario en el cumplimiento de los objetivos que tiene asignados la unidad en la cual presta servicios. Aquí tiene un enorme peso bien la instrucción de productividad dictada al efecto o bien los objetivos cuantificables que son propuestos para cada unidad por parte del centro directivo al que pertenecen. De no existir una instrucción de productividad o el establecimiento de unos objetivos cuantificables, puesto que no en todas las unidades, en atención al trabajo realizable, es viable o incluso posible establecer dichos objetivos, podemos decir que se distribuye este complemento a juicio de la persona titular bien de la unidad o bien del centro directivo, en función de los conceptos que retribuye el complemento de productividad, hecho que sin duda es plenamente acorde al espíritu de la ley.

La percepción de una de estas modalidades de productividad generalmente no impide la percepción de la otra, siendo perfectamente compatibles. Como se ha dicho arriba, los ministerios y organismos pueden dictar una instrucción que regule la percepción de este complemento y sus cuantías; sin embargo, no se configura como un requisito *sine qua non* para su devengo. La práctica administrativa actual hace que la primera se perciba en aquel o aquellos meses en los que se realice la jornada de especial dedicación, mientras que la segunda se liquida normalmente de forma anual o semestral.

En cualquier caso, resulta indudable que la concesión de este complemento, que por otro lado no tiene por qué ser fijo en su cuantía ni periódico en su devengo, es una potestad discrecional de la Administración, por lo que la decisión tanto de su concesión como de su supresión debe atender a una motivación, resultando susceptible de control por parte de jueces y tribunales. Como dice Sarmiento Larrauri, se trata de un complemento personal a pesar de que su procedencia y su cuantía sean fijadas por un órgano administrativo en atención a circunstancias relacionadas con el desempeño del puesto de trabajo, permitiendo que funcionarios con idéntico puesto de trabajo perciban cuantías diferentes<sup>2</sup>.

El hecho de que el percibo de dicho complemento emane de determinados aspectos del trabajo de una persona en un momento concreto implica que sea un concepto que tenga un carácter personalísimo.

Sobre dicho carácter personalísimo de ese complemento se pronuncia el TSJ de Madrid en los siguientes términos: *es el complemento más individualizado de todos relacionado con una dedicación o actividad “no común” o “fuera del orden” y, “en atención a ese superior rendimiento motivado por la dedicación exclusiva, dedicación especial, prolongación de jornada, etc., además de la mayor cantidad de trabajo...”*, corresponde a la Administración cuantificarlo, en cuya cuantificación, así como en la determinación de

<sup>2</sup> SARMIENTO LARAURRI, J.I., “El complemento de productividad y los tribunales”, *Actualidad Administrativa*, n. 20, Sección A Fondo, 2006, pp. 2452-2456.

*las condiciones exigibles para su percepción la Administración –conocedora del funcionamiento de sus servicios– actúa con potestades discrecionales, lo que no ha de identificarse con discriminación, sino trato adecuado a las circunstancias de cada caso (SSTS de 20-2-86, 20-10-86 y 1-6-87)*<sup>3</sup>.

Este carácter de personalísimo redundante en que personas que desempeñan el mismo puesto de trabajo puedan cobrar cuantías distintas, puesto que la cuantía percibida no va en función ni del cuerpo o escala de adscripción, ni del grupo de titulación, ni tampoco del puesto de trabajo, sino en efecto de los conceptos que recoge la letra c) del artículo 23.3 de la Ley 30/1984. En este sentido, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en una reciente sentencia, en la que dice que *en efecto, aunque sostiene la recurrente que debe ser de la misma cuantía que el asignado a los otros funcionarios de su grupo de titulación y nivel de puesto de trabajo, no ofrece argumento alguno sobre esa afirmada igualdad y se dedica a explicar que no hubo desinterés por su parte y que los reproches que se le hicieron para justificar la minoración de la cuantía de su productividad en el período considerado se debieron principalmente al escaso tiempo concedido para examinar una documentación muy amplia, a las instrucciones incorrectas recibidas y a la ampliación de la muestra que se le impuso. Es decir, se trata, en realidad, la planteada por la Sra. Encarnación, de una controversia sobre los hechos o, mejor dicho, sobre la valoración de los hechos efectuada por el Tribunal de Cuentas. En todo caso, está claro que el complemento de productividad no responde al grupo de titulación ni al nivel de puesto de trabajo, sino a la actividad realizada por el empleado público en cuestión y su fijación a partir de su labor y de los criterios que establecen los preceptos que definen este concepto retributivo, corresponde efectuarla de manera discrecional pero motivada a la Administración correspondiente. Además, circunscrita a un período determinado, la asignación del complemento y su importe para el mismo no significa que deba asignarse en el siguiente ni que deba, caso de que se considere justificada esta retribución, tener la misma cuantía que en el anterior*<sup>4</sup>.

Visto que la diferencia retributiva en el percibo del complemento de productividad no reside en el grupo o subgrupo de referencia, resulta palmario que esa diferencia en el cobro o la exclusión en el percibo de dicho complemento debe tener un motivo, pues, de lo contrario, estaríamos ante un acto arbitrario y por tanto anulable, pues es bien sabido, como se ha dicho más arriba, que nos encontramos sin duda alguna ante el ejercicio de una potestad discrecional de la Administración que, al amparo de lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, precisa ser motivado. En este sentido ha tenido ocasión de pronunciarse el TSJ de Galicia al afirmar que *no se ha hecho, ni en vía administrativa ni en esta vía judicial, ninguna referencia particular o individual al trabajo desempeñado por el actor. El hecho de que no se le hubiese asignado el complemento de productividad en el ejercicio 2007 no puede hacer presumir*

<sup>3</sup> Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 14 de marzo de 2014 (rec. 7/2012).

<sup>4</sup> Tribunal Supremo, Sala 3.ª de lo Contencioso Administrativo, Sentencia 519/2021, de 15 de abril (rec. 58/2020), ECLI:ES:TS:2021:1344.

que su actividad no haya alcanzado los niveles de esfuerzo y rendimiento mínimo exigibles. Ninguna afirmación al respecto se ha hecho de una forma clara y directa por la Administración, que pretende defender la legalidad del acto impugnado bajo el argumento genérico de que nos encontramos ante una potestad discrecional de la Administración<sup>5</sup>.

Una vez expuesto el concepto de complemento de productividad y las distintas modalidades que la práctica administrativa ha configurado, debe decirse que en ciertas ocasiones llega a desnaturalizarse, tal como dice Arribas López<sup>6</sup>, y esto puede observarse cuando la persona no presta servicios, puesto que si bien este complemento se percibe por un especial esfuerzo por parte de la persona, se devenga también durante las vacaciones, así como durante algunas licencias y permisos, lo cual, como dice el autor, ha sido apoyado por diversas resoluciones judiciales.

En opinión de quien suscribe el presente artículo, el complemento de productividad no debería devengarse durante las situaciones de incapacidad temporal, puesto que supone que el funcionario no preste servicios, decayendo por tanto los motivos por los que el mismo se devenga, implicando colateralmente una peor prestación de servicios por parte de la unidad y en la mayoría de los casos propiciando un aumento de la carga de trabajo del resto de personal de la unidad. No sucedería así con las vacaciones, que son un permiso retribuido y no una licencia, que tienen una duración predeterminada por la ley y, habida cuenta de ello, se conceden en función de las necesidades del servicio, permitiendo la dosificación del trabajo, de una forma planificada, entre el resto del personal.

A este respecto, Arribas López<sup>7</sup> distingue dos situaciones, manteniendo el siguiente planteamiento:

- *Cuando el complemento ha perdido su naturaleza normativa subjetiva originaria en el funcionamiento administrativo y está vinculado al desempeño de determinados puestos de trabajo, sostenemos que el funcionario que se encuentre en situación de incapacidad temporal para el servicio debe seguir percibiéndolo en esa situación.*
  
- *En el caso de que el complemento mantenga en la práctica su naturaleza subjetiva y su percepción venga condicionada por una evaluación del funcionario relativa al desempeño de su puesto de trabajo, mantenemos que no podría percibir el complemento, siempre, claro está, que la valoración de su quehacer profesional no pueda objetivamente efectuarse por la duración de la incapacidad temporal.*

---

<sup>5</sup> Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia 1499/2010, de 22 de diciembre (rec. 778/2008), ECLI:ES:TSJGAL:2010:11469.

<sup>6</sup> ARRIBAS LÓPEZ, E., "El complemento de productividad en la Administración General del Estado (2): alguna problemática práctica", *Actualidad Administrativa*, n. 19-20, Sección A Fondo, noviembre 2012, 2012.

<sup>7</sup> ARRIBAS LÓPEZ, E., "El complemento de productividad en la Administración General del Estado (2): alguna problemática práctica", cit.

### 3 El complemento de productividad y el acceso a la información

La Ley 30/1984 contempla una suerte de principio de publicidad respecto del complemento de productividad, pues dispone que *las cantidades que perciba cada funcionario por este concepto serán de conocimiento público de los demás funcionarios del departamento u organismo interesado, así como de los representantes sindicales.*

A este respecto, en el año 2015, la directora de la entonces Oficina para la Ejecución de la Reforma de la Administración (OPERA), del Ministerio de la Presidencia, solicita al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno que se adopten criterios uniformes sobre las siguientes cuestiones:

- La retribución de un determinado puesto de trabajo del sector público (ya sea de personal funcionario, laboral o de carácter eventual) con o sin la identificación del empleado público que lo desempeñe.
- La RPT de los distintos organismos administrativos, así como la información sobre la identidad de la persona que desempeña un determinado puesto de trabajo.
- La productividad que ha percibido cada empleado público de manera individualizada.

Finalmente, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno y la Agencia Española de Protección de Datos emiten el 24 de junio de 2015 un criterio interpretativo conjunto sobre el alcance de las obligaciones de los órganos del sector público del artículo 2 de la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno<sup>8</sup>, en materia de acceso a la información pública sobre los tres aspectos arriba indicados.

Así las cosas, y en lo que a este trabajo interesa, es decir, a las retribuciones, entre las que se encuentra el complemento de productividad, se ha de ponderar el interés público en la divulgación de dicha información, concluyendo el informe que, cuando el funcionario ocupa un puesto de trabajo de alto nivel en la jerarquía del órgano, ha de primar el interés público. Entre estos puestos de trabajo donde prima el interés público, y cuya información ha de proporcionarse de forma anualizada y en términos íntegros, es decir, sin deducciones, a tenor de lo antes dicho, se encontrarían:

- Personal eventual de asesoramiento y especial confianza.
- Titulares de órganos directivos
- Personal de libre designación que ocupe puestos de trabajo de niveles 28 a 30.

<sup>8</sup> CONSEJO DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO Y AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS. Criterio interpretativo CI/001/2015. Acceso web: <https://www.aepd.es/es/documento/ci-001-2015.pdf>.

Por otro lado, el artículo 40 del TREBEP regula el acceso a determinada información, entre ella de carácter retributivo. Pues bien, el Tribunal Supremo se ha pronunciado recientemente, en su Sentencia 748/2020, de 11 de junio (recurso 577/2019), sobre la relación de dicho precepto con la Ley 19/2013, cuya disposición adicional regula la normativa aplicable al derecho de acceso a la información en presencia de normativa específica. El recurso de casación lo interponía la Abogacía del Estado contra una sentencia dictada en apelación y que era confirmatoria de otra sentencia dictada por el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo que confirmaban sendas resoluciones del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno en el marco de determinada información relativa al complemento de productividad solicitada por la Junta de Personal a la Delegación de la AEAT en Valencia.

A juicio del Abogado del Estado, en su recurso de casación, el artículo 40 del Estatuto básico del empleado público debe completarse con las previsiones contenidas en la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de libertad sindical, y en el Estatuto de los trabajadores, aprobado por RD legislativo 2/2015, de 23 de octubre, estableciéndose así un conjunto de derechos, deberes, facultades y funciones de los órganos de representación que integra un marco de relaciones laborales constitutivo del régimen específico para el acceso a la información de los órganos y representantes del personal. Por lo tanto, se trata de una materia que cuenta con su propia regulación específica caracterizada por su estrecha relación con la libertad sindical, lo que determina que la información sobre retribuciones se proporciona a través de las mesas de negociación con los sindicatos y, por tanto, quedaría desplazado el régimen de la Ley 19/2013 en aplicación de su disposición adicional primera.

Pues bien, a juicio del Tribunal Supremo, el artículo 40 TREBEP *no contiene un régimen específico y alternativo que desplace el régimen general de acceso a la información contenido en la Ley 19/2013, ni limita o condiciona el acceso a la información que las juntas de personal pueden tener en relación con aquellas materias relativas a los empleados que representan y a la información que les atañe*<sup>9</sup>. En dicha sentencia sienta la siguiente doctrina: *las previsiones contenidas en la Ley 19/2013, de transparencia y buen gobierno, por lo que respecta al régimen jurídico previsto para el acceso a la información pública, sus límites y el procedimiento que ha de seguirse, tan solo quedan desplazadas, actuando en este caso como supletoria, cuando otra norma legal haya dispuesto un régimen jurídico propio y específico de acceso a la información en un ámbito determinado, tal y como establece la disposición adicional primera, apartado segundo, de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre.*

*Ello exige que otra norma de rango legal incluya un régimen propio y específico que permita entender que nos encontramos ante una regulación alternativa por las especialidades que existen en un ámbito o materia determinada, creando una regulación autónoma respecto de los sujetos legitimados y/o el contenido y límites de la información que puede proporcionarse.*

<sup>9</sup> Tribunal Supremo, Sala 3.ª de lo Contencioso Administrativo, Sentencia 748/2020, de 11 de junio, (rec. 577/2019) ECLI:ES:TS:2020:1558.

## 4 La fecha del devengo del complemento de productividad

Una vez abordados determinados aspectos del complemento de productividad, como su concepto, naturaleza jurídica, objeto de la retribución, posibilidad de exclusión y su régimen de publicidad, cabe abordar el núcleo central de este trabajo, que es el devengo.

Como se decía en el apartado segundo, el complemento de productividad tiene un carácter personalísimo, lo cual implica que no tenga ni por qué ser periódico en su percepción ni lineal en su cuantía, dado que se trata de una potestad administrativa en función del especial rendimiento, de la actividad extraordinaria y del interés o iniciativa con que el funcionario desempeñe su trabajo.

Así las cosas, se abordaron los dos tipos mayoritarios de complemento de productividad que se abonan en la Administración general del Estado según el tipo de actividad que se retribuye, siendo estas las siguientes:

- a) Realización de una jornada de una duración superior a la ordinaria, por lo que se vincula a la realización de la jornada de especial dedicación regulada en la Resolución de 28 de febrero de 2019 de la Secretaría de Estado de Función Pública, por la que se dictan instrucciones sobre jornada y horarios de trabajo del personal al servicio de la Administración general del Estado y sus organismos públicos.
- b) Participación en el cumplimiento de los objetivos de la unidad.

En la primera de ellas no existe mucha duda al respecto, pues en todo caso el devengo irá asociado al desempeño de la jornada de especial dedicación y, en consecuencia, el pago se realizará con la misma periodicidad con la que se realiza dicho tipo de jornada.

Mayor problema presenta la segunda de las modalidades, la del cumplimiento de los objetivos de la unidad. Para este caso debe de determinarse en primer lugar con qué periodicidad se mide el cumplimiento de los objetivos de la unidad. Por lo general, dicha cuantificación se realiza con determinada periodicidad, ya sea semestral o anual.

Como se decía también en el apartado segundo, normalmente mediante resolución de la Subsecretaría del Ministerio u del máximo órgano de dirección del organismo público se intenta hacer una regulación del percibo de este complemento retributivo.

En dichas resoluciones, conforme a la práctica administrativa, se decide una fecha de corte en la cual se devengue dicha retribución para efectuar el pago en razón a los servicios prestados hasta esa fecha y el esfuerzo, especial interés o actividad. Esto presenta una complejidad a la hora de determinar el pago correspondiente en el caso de que la persona cese en el puesto de trabajo, para lo cual cuanto menor sea la periodicidad menor problema existirá a este respecto.

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

Esto implica que, cuando una persona cese en su puesto de trabajo antes de alcanzar esa fecha de corte, algunos ministerios u organismos efectúen un prorrateo de la productividad, mientras que otros directamente excluyen a la persona del percibo de ese complemento, todo ello por no prestar servicios a la fecha en la que se realiza dicho corte o arqueo.

La solución lógica sería evidentemente el prorrateo, pues, salvo que la exclusión esté amparada en alguna causa objetiva que no sea una fecha de devengo, se retribuiría al personal de la misma manera, ya que el prorrateo en función de los servicios prestados implica que estamos dentro del principio de igualdad retributiva, esto es, a igual trabajo igual salario.

Sin embargo, en algunos ministerios u organismos se opta por excluir directamente del percibo de dicho complemento a quien no presta servicios en la fecha del devengo, independientemente de que haya prestado servicios dentro del periodo que retribuye dicho complemento de productividad, esto a pesar de que tal opción deviene en una decisión arbitraria de la Administración consistente en fijar una fecha del devengo y objetivar la exclusión del percibo de dicho complemento retributivo únicamente en esa causa. Esta mala praxis administrativa incurriría en vicio de nulidad, vulnerando el principio de igualdad recogido en el artículo 14 de nuestra Constitución española en relación con el 35 de dicha norma, conculcando de esta manera la igualdad en el derecho al trabajo, puesto que implicaría que dos personas cobrarán de forma distinta por el mismo trabajo.

A este razonamiento llegó el Tribunal Supremo en dos sentencias confirmatorias de otras de sendos tribunales superiores de justicia, el de Castilla-La Mancha y el de Navarra. Ambas sentencias, confirmadas en casación por el Tribunal Supremo, versaban sobre la exclusión del devengo del complemento de productividad por no prestar servicios en el ámbito de la Tesorería de la Seguridad Social.

En la primera de dichas sentencias, la de 16 de junio de 2006 (rec. 6909/2000), se confirma la dictada por el TSJ de Castilla-La Mancha de 8 de julio de 1998 (rec. 1221/1995), en cuyo fallo se disponía lo siguiente: *Declaramos no ajustada a derecho la resolución administrativa impugnada, reconociéndole como situación jurídica individualizada el derecho a percibir la cantidad correspondiente, de acuerdo con el puesto de auxiliar administrativo en la URE de Tudela en concepto de regularización del complemento de productividad durante los nueve meses que prestó servicios en el año 1994*<sup>10</sup>.

El fundamento jurídico primero de la sentencia razona los hechos de la siguiente manera: *el objeto de impugnación del presente recurso es la Resolución del director provincial de Navarra de la Tesorería General de la Seguridad Social de 8 de septiembre de 1995 que trae su causa en la exclusión de la actora de la liquidación del complemento de productividad, ejercicio de 1994, que perciben los funcionarios con destino en las unidades de recaudación ejecutiva de la Seguridad Social, habiendo estado aquella destinada en la URE de Tudela hasta la fecha de su cese el 3 de octubre de 1994. Ello, por la circunstancia de no estar prestando servicios en la TGDSS el 1 de febrero de 1995, siendo amparada la resolución administrativa en la instrucción segunda, de la Resolución de la*

---

<sup>10</sup> TSJ de Castilla-La Mancha, Sentencia de 8 de julio de 1998 (rec. 1221/1995).

*Subsecretaría de Trabajo y Seguridad Social de 15 de diciembre de 1993 que expone en su apartado n.º 5 “que la regularización no afectará al personal que en la fecha de aprobación de la liquidación anual hubiera dejado de prestar servicio en la Tesorería General de la Seguridad Social” y en su apartado n.º 6 “Salvo que expresamente se indique otra fecha en las instrucciones anuales de la TGSS se considerará a los efectos de regularización del complemento de productividad como fecha de aprobación de liquidación anual la de uno de febrero”. En aplicación de la mencionada resolución se dictó la circular n.º 8-019 de 30 de marzo de 1995 estableciendo que la regularización del complemento de productividad no afectará al personal que a 1 de febrero de 1995 hubiera dejado de prestar servicios en la Tesorería General.*

El Tribunal Supremo llega al mismo razonamiento que la sentencia de instancia al decir que:

- a) *Conforme al artículo 23.3.c de la Ley 30/84, de 2 de agosto, el complemento de productividad tiene por objeto retribuir el especial rendimiento, la actividad extraordinaria y el interés o iniciativa con el que el funcionario desempeña su trabajo. De este precepto no cabe entender que su devengo se encuentre conectado al desempeño del puesto en el momento del cálculo del complemento, ni aún porque tal cálculo tenga carácter anual, pues el devengo del complemento no será por ello anual, sino en relación con el tiempo de servicios efectivamente prestados.*
- b) *Este Tribunal alcanza a comprender en qué medida dichos preceptos establecen que no haya que pagar el trabajo a quien lo haya realizado.*
- c) *Es evidente la arbitrariedad de la resolución antes citada de 5 del 12 de 1993, que excluye de la regularización de un complemento devengado y trabajado a quien hubiera cesado antes del 1 de febrero, en que la Administración decide hacer el arqueo del ejercicio anterior. Se vulnera el derecho al trabajo reconocido en el artículo 35 de la Constitución que comprende como es lógico el derecho al cobro de las prestaciones salariales; el principio de igualdad, recogido en el artículo 14 de dicha norma, pues cobran de forma distinta quienes han prestado los mismos servicios, y el principio de interdicción de la arbitrariedad consagrado en el artículo 9.3 de nuestro texto fundamental<sup>11</sup>.*

El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 3 de julio de 2006 (rec. 2710/2001)<sup>12</sup>, confirma en casación la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha con sede en Albacete el 9 de septiembre de 1998 (recurso contencioso-administrativo 65/1996). En el examen de dicha sentencia, en el fundamento jurídico primero se transcribe de la sentencia de instancia<sup>13</sup> lo siguiente:

<sup>11</sup> Tribunal Supremo, Sala 3.ª de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 16 de junio de 2006 (rec. 6909/2000), ECLI:ES:TS:2006:3706.

<sup>12</sup> Tribunal Supremo, Sala 3.ª de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 3 de julio de 2006 (rec. 2710/2001), ECLI:ES:TS:2006:3963.

<sup>13</sup> TSJ de Castilla-La Mancha, Sentencia de 9 de septiembre de 1998 (rec. 65/1996).

*SEGUNDO: En concreto la cuestión litigiosa se plantea en relación con la decisión administrativa de excluir del complemento de productividad correspondiente al año 1994 por la circunstancia de no estar prestando servicios en la TGDSS el 1 de febrero de 1995, siendo amparada la resolución administrativa en la Instrucción segunda, de la Resolución de la Subsecretaría de Trabajo y Seguridad Social de 15 de diciembre de 1993 que expone en su apartado n.º 5 “que la regularización no afectará al personal que, en la fecha de aprobación de la liquidación anual hubiera dejado de prestar servicio en la Tesorería General de la Seguridad Social” y en su apartado n.º 6 “salvo que expresamente se indique otra fecha en las instrucciones anuales de la TGSS se considerará a los efectos de regularización del complemento de productividad como fecha de aprobación de liquidación anual la de uno de febrero”. En aplicación de la mencionada resolución se dictó la circular n.º 8-019 de 30 de marzo de 1995 estableciendo que la regularización del complemento de productividad no afecta al personal que a 1 de febrero de 1995 hubiera dejado de prestar servicios en la Tesorería General. (...)*

*TERCERO: De acuerdo con el principio de jerarquía administrativa parece del todo punto coherente la resolución impugnada que no hace otra cosa que cumplir con las instrucciones de un órgano administrativo superior. Sin embargo, también es obligación de esta Sala de controlar la legalidad de la actuación administrativa y su sometimiento pleno a la Ley y el Derecho conforme a los arts. 103.1 y 106.1 de la Constitución, en la que por supuesto se incluyen las instrucciones administrativas sobre la forma de satisfacer las retribuciones a quienes ostenten la condición de funcionarios públicos, para cuya determinación ha de estarse necesariamente a lo previsto en las normas legales y reglamentarias de aplicación. Así, conforme al art. 23.3.c de la Ley 30/84, de 2 de agosto, el complemento de productividad tiene por objeto retribuir el especial rendimiento, la actividad extraordinaria y el interés o iniciativa con el que el funcionario desempeña su trabajo. Es por ello que la Sala entiende que, si bien la resolución impugnada ha respetado el principio de jerarquía administrativa, la normativa de la que trae su fundamento contradice una norma de rango superior, pues del art. 23.3.c no cabe entender que su devengo se encuentre conectado al desempeño del puesto en el momento del cálculo del complemento, ni aún porque tal cálculo tenga carácter anual, pues el devengo del complemento no será por ello anual, sino en relación con el tiempo de servicios efectivamente prestados.*

El alto tribunal concluye lo mismo que en la STS de 16 de junio de 2000, desestimando el recurso promovido por la Administración, confirmando la sentencia de instancia.

## 5 Conclusión

La conclusión a la que se ha de llegar, una vez analizadas las sentencias aportadas, es que la Administración no puede establecer arbitrariamente una fecha a la cual quede vinculada la percepción del complemento de productividad, sino que la percepción de dicho complemento debe de estar ligada a los servicios efectivamente prestados, pues de lo contrario las percepciones salariales de dos personas que han hecho el

mismo trabajo serían distintas, siendo estas sentencias una manifestación práctica del principio de igualdad salarial.

## Bibliografía y jurisprudencia consultadas

ARRIBAS LÓPEZ, E., “El complemento de productividad en la Administración General del Estado (2): alguna problemática práctica”, *Actualidad Administrativa*, n. 19-20, Sección A Fondo, noviembre 2012, 2012.

SARMIENTO LARRAURI, J.I., “El complemento de productividad y los tribunales”, *Actualidad Administrativa*, n. 20, Sección A Fondo, 2006, pp. 2452-2456.

CONSEJO DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO Y AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Criterio interpretativo CI/001/2015*. Acceso web: <https://www.aepd.es/es/documento/ci-001-2015.pdf-0>.

Tribunal Supremo, Sala 3.<sup>a</sup> de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 25 de mayo de 1992. ECLI:ES:TS:1992:17501.

Tribunal Supremo, Sala 3.<sup>a</sup> de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 16 de junio de 2006, (rec. 6909/2000) ECLI:ES:TS:2006:3706.

Tribunal Supremo, Sala 3.<sup>a</sup> de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 3 de julio de 2006, (rec. 2710/2001) ECLI:ES:TS:2006:3963.

Tribunal Supremo, Sala 3.<sup>a</sup> de lo Contencioso Administrativo, Sentencia 519/2021, de 15 de abril, (rec. 58/2020) ECLI:ES:TS:2021:1344.

TSJ de Castilla-La Mancha, Sentencia de 8 de julio de 1998 (rec. 1221/1995).

TSJ de Castilla-La Mancha, Sentencia de 9 de septiembre de 1998 (rec. 65/1996).

Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia 14.99/2010, de 22 de diciembre, rec. 778/2008 ECLI:ES:TSJGAL:2010:11469.

Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 14 de marzo de 2014 (rec. 7/2012).

REGAP



COMENTARIOS Y CRÓNICAS





Revista Galega de Administración Pública, EGAP  
Núm. 65\_xaneiro-xuño 2023 | pp. 355-369  
Santiago de Compostela, 2023

<https://doi.org/10.36402/regap.v1i65.5070>

© José Manuel Rey Varela

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

Recibido: 24/02/2023 | Aceptado: 01/06/2023

Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

Dereito social á auga e os principios de solidariedade e eficacia administrativa previstos na lei galega de mellora de xestión do ciclo integral da auga

## **Derecho social al agua y los principios de solidaridad y eficacia administrativa previstos en la ley gallega de mejora de gestión del ciclo integral del agua**

The social right to water and the principles of solidarity and administrative efficiency provided for in the Galician law on the improvement of managing the integral water cycle

JOSÉ MANUEL REY VARELA

Máster en Derecho Público y de la Administración

Ponente Ley de mejora de la gestión del ciclo integral del agua de Galicia

<https://orcid.org/0000-0002-8655-7090>

[josemanuelrey@josemanuelrey.es](mailto:josemanuelrey@josemanuelrey.es)

65 Regap

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

**Resumo:** A auga é un recurso natural tan imprescindible para a vida como escaso, polo que a súa xestión debe responder aos retos de garantir o seu desfrute como dereito social ao tempo que asegurar o seu uso racional para preservar o medio.

Estes grandes retos deben implicar o conxunto de administracións públicas para que xuntas e de acordo cos principios de solidariedade e eficacia administrativa sexan capaces de afrontar a xestión do ciclo integral da auga, onde a lei galega sobre esta materia constitúe unha importante innovación e unha boa práctica lexislativa.

**Palabras clave:** Dereitos sociais, xestión da auga, principios de solidariedade e eficacia administrativa.

**Resumen:** El agua es un recurso natural tan imprescindible para la vida como escaso, por lo que su gestión debe responder a los retos de garantizar su disfrute como derecho social al tiempo que asegurar su uso racional para preservar el medio ambiente.

Estos grandes retos deben implicar al conjunto de administraciones públicas para que juntas y de acuerdo con los principios de solidaridad y eficacia administrativa sean capaces de afrontar la gestión del ciclo integral del agua, donde la ley gallega sobre esta materia constituye una importante innovación y una buena práctica legislativa.

**Palabras clave:** Derechos sociales, gestión del agua, principios de solidaridad y eficacia administrativa.

**Abstract:** Water is a natural resource that is as essential for life as it is scarce, so its management must respond to the challenges of guaranteeing its enjoyment as a social right while guaranteeing its rational use to preserve the environment.

These great challenges must involve all the Public Administrations so that together and in accordance with the principles of solidarity and administrative efficiency they are able to face the management of the integral water cycle, where the Galician law on this matter constitutes an important innovation and a good legislative practice.

**Key words:** Social rights, water management, principles of solidarity and administrative efficiency.

**SUMARIO:** 1 La importancia del agua y la cuarta generación de derechos. 2 El derecho social fundamental al agua en el derecho internacional. 3 Modelos constitucionales de derecho comparados del derecho al agua. 4 La configuración constitucional del medio ambiente y del agua en el derecho español. 5 Los principios constitucionales de solidaridad y eficiencia administrativa en España. 6 El marco normativo gallego y la complementariedad de la nueva ley para la gestión del ciclo integral del agua. 6.1 Voluntariedad de los ayuntamientos. 6.2 Valor técnico de la nueva ley y modelos de gestión comparados. 6.3 El proceso de participación y transparencia. 6.4 El objeto, ámbito de aplicación y finalidad de la ley. Título I. 6.5 Medidas para la mejora del ciclo integral. Título II. 6.6 Sistema de financiación. Título III. 7 Conclusiones.

## 1 La importancia del agua y la cuarta generación de derechos

España se constituye en un “Estado social” donde las administraciones tienen el mandato constitucional de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de los ciudadanos sean reales y efectivas, así como “remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud”.

En el frontispicio de nuestra regulación constitucional de los derechos fundamentales aparece como base de los mismos “la dignidad de la persona” y su interpretación de conformidad “con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales”.

Desde una perspectiva dinámica del derecho, siguiendo a Torres del Moral<sup>1</sup>, defendemos la aparición de una primera generación de derechos fundamentales tras las revoluciones americana y francesa de finales del siglo XVIII basados en la libertad, aunque en su vertiente negativa o de resistencia (derechos civiles), una segunda generación de derechos fundamentales gestados tras la Revolución Industrial y

<sup>1</sup> TORRES DEL MORAL, A., *Estado de Derecho y Democracia de Partidos: Una teoría del Estado constitucional contemporáneo*, 6.ª ed., Editorial Universitas, Madrid, 2022.

la Revolución Francesa de 1848 basados en la extensión de las libertades públicas (derechos políticos) y una tercera generación de derechos basados en la igualdad y la libertad positiva (derechos sociales) nacidos entre la Declaración Universal de Derechos Humanos y finales del pasado siglo entendiendo que solo con la aplicación conjunta de las tres generaciones de derechos conseguiríamos alcanzar la dignidad de la persona y una sociedad justa y solidaria, donde se configuran los derechos de prestación o derechos económicos y sociales.

El derecho administrativo nace, de acuerdo con Gamero Casado<sup>2</sup>, con esas revoluciones porque solo con «una estructura organizada y dotada de un poder superior al de los individuos singulares» pueden alcanzarse los fines previstos bajo el principio de legalidad (poder de la Administración vinculado al interés general), el par prerrogativa/garantía y el principio de responsabilidad de los poderes públicos.

Dando un paso más, siguiendo a Rodríguez-Arana<sup>3</sup>, asistimos a un cambio de paradigma del derecho administrativo que sitúa a la persona en el centro del interés general, tomando protagonismo los derechos sociales fundamentales.

En tiempos donde la rapidez del cambio es cada vez más acusada, defendemos ya la formulación de una cuarta generación de derechos basada en la solidaridad que, manteniendo las diferencias, nos permita convivir en un mundo global. Toman fuerza en el siglo XXI el derecho a internet, el derecho a la privacidad, el derecho a la identidad, el derecho al patrimonio cultural, el derecho genético y, entre otros, el derecho al medio ambiente, del que deriva el derecho social al agua.

De acuerdo con Ruiz Ruiz<sup>4</sup>, la proliferación en el reconocimiento de derechos implica los riesgos de la banalización de los mismos, la imposibilidad de tutelarlos, la exigencia de más recursos públicos y un cambio en la perspectiva de su exigibilidad, que pasa de una exigencia individual a exigencia colectiva o grupal, que puede condicionar excesivamente la agenda normativa y política. Un cambio de paradigma en las relaciones del derecho y el poder, donde el primero pasa de ser solo un instrumento del control social a ser también un instrumento de dirección social.

Según las Naciones Unidas<sup>5</sup>, 1.000 millones de personas en el planeta no cuentan con una fuente hídrica para su consumo, especialmente en 43 países, mientras que 2.500 millones de personas no disponen de servicio de saneamiento. A pesar de que el 70 % de la superficie de la tierra está cubierta de agua, el 97 % de agua es salada y de la dulce el 70 % está congelada, por lo que solo el 1 % del agua dulce del mundo está disponible para las personas y los ecosistemas.

La importancia del agua está presente desde los orígenes de la civilización; basta con leer el libro del Génesis para comprobar que la palabra “agua” aparece más de cincuenta veces. Recordamos a nuestros mayores condicionados por el agua y los fenómenos meteorológicos en una sociedad agraria y ganadera en tiempos donde

<sup>2</sup> GAMERO CASADO, E., *Manual básico de Derecho administrativo*, Ed. Tecnos, Madrid, 2019.

<sup>3</sup> RODRÍGUEZ-ARANA, J., *Derecho Administrativo y Derechos Sociales Fundamentales*, Inap, Sevilla, 2015.

<sup>4</sup> RUIZ RUIZ, J.J., *La cuarta generación de derechos fundamentales*, Universidad de Jaén, Jaén, 2020.

<sup>5</sup> WWAP (Programa Mundial de Evaluación de los Recursos Hídricos de la UNESCO). Informe Mundial de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo de los Recursos Hídricos 2019: No dejar a nadie atrás. UNESCO, París, 2019.

la contaminación, la bajada de la pluviometría y el cambio climático todavía no eran protagonistas de la agenda legislativa.

Incluso para los que vivimos en una ciudad, que ya somos mayoría como consecuencia de la concentración de la población, aun cuando el agua sale del grifo recordamos unas cuantas horas sin agua como una pesadilla que altera nuestras vidas. No poder ducharnos un día, no poder poner la lavadora o no poder dejar la comida preparada nos demuestra como la ausencia de agua no es acorde con la calidad de vida que esperamos del Estado del bienestar.

Si damos un paso más en nuestra reflexión, caeremos en la cuenta de que el agua para que salga de nuestro grifo hay que extraerla del medio, almacenarla, potabilizarla, distribuirla y depurarla para devolverla limpia al medio del que la extrajimos.

En los tiempos globales en los que nos encontramos, se dice que la logística es uno de los principales retos de nuestra economía; trasladado al agua, podríamos imaginarnos los contenedores, camiones y repartidores que serían necesarios si la pidiéramos a las plataformas de venta y distribución que nos parecen la panacea del buen servicio. Así, la gestión se presenta como un reto estratégico en el derecho al agua, al igual que las características del medio. No es lo mismo disponer de recursos hídricos que no hacerlo, y también es distinto distribuirla y depurarla a poblaciones concentradas que a núcleos dispersos.

## 2 El derecho social fundamental al agua en el derecho internacional

Junto al feminismo, el ecologismo está transformando la conciencia de la sociedad y, como siempre, el derecho no puede permanecer ajeno al cambio. El derecho al agua se relacionó desde la Declaración Universal de Derechos Humanos con el derecho a la salud, a los alimentos y a la vivienda recogidos en su artículo 25, pues la ausencia de este derecho hace muy difícil mantener unas mínimas condiciones de salubridad, ingerir líquidos, así como cocinar y elaborar menús adecuados y disponer de una vivienda digna.

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer prevé en su artículo 14 el “abastecimiento de agua”, y la Convención de derechos del niño, en su artículo 24, nos habla de “agua potable salubre”, relacionando el derecho al agua con el derecho a la vida.

El derecho al agua se relaciona también con el derecho a preservar el medio ambiente, que incluye el agua entre los recursos naturales desde la Declaración de las Naciones Unidas de Estocolmo sobre medio ambiente de 1972, que, siguiendo a Valdés de Hoyos<sup>6</sup>, es el precedente de la Conferencia de las Naciones Unidas del Agua celebrada en Mar del Plata solo cinco años más tarde.

---

<sup>6</sup> VALDÉS DE HOYOS, E.P. y URIBE ARZATE, E., “El derecho humano al agua. Una cuestión de interpretación o reconocimiento”, *Cuestiones constitucionales*, n. 54, 2016.

En la mencionadísima Cumbre de Río o en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992 se relacionó el derecho al agua con el derecho al desarrollo económico, tanto en su dimensión social como individual.

Serán la Observación General n. 6 de 1995 y n. 15 de 2002 del Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales las que oficialicen el derecho al agua para garantizar una vida digna y el ejercicio de otros derechos hasta que, a través de la Resolución 64/292 del derecho al agua y al saneamiento de las Naciones Unidas de 2010, lo declare “derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos”, instando a los Estados a contribuir “financiera y tecnológicamente (...) a fin de identificar los esfuerzos por proporcionar a toda la población un acceso económico al agua y al saneamiento”. Aunque la diferencia entre derecho humano y derecho fundamental radique en la necesidad de un desarrollo jurídico en cada Estado, incluso constitucional, como veremos, para su eficacia sí se marca un mínimo esencial que también aparece vinculado a otros derechos fundamentales, tal y como les sucede a los derechos sociales.

Desde esa perspectiva global de la que hablamos, los derechos fundamentales sobrepasan las barreras constitucionales de cada Estado en lo que puede definirse como constitucionalismo multinivel. Antes me refería a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, pero también a los Tratados Internacionales de Derechos Civiles y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

La Organización de las Naciones Unidas pasa a tener un protagonismo directo en el derecho constitucional y en el derecho administrativo que no deja de ser derecho constitucional concretado<sup>7</sup>. También formamos parte de Europa y estamos sujetos a sus directivas; así, mientras que en los Objetivos de Desarrollo del Milenio de las Naciones Unidas de 2000 el agua ocupaba un apartado del objetivo 7, en la actual Agenda 2030 aparece en cuatro objetivos: objetivo 3 de salud y bienestar, objetivo 6 de agua limpia y saneamiento, objetivo 12 de producción y consumo responsable y objetivo 15 de vida de ecosistemas terrestres.

La Unión Europea a la que pertenecemos aprobó dos directivas sobre el agua: la primera en 1991, con los objetivos de saneamiento, y la segunda en 2000, con el doble objetivo de cuidar el medio ambiente y la recuperación de los costes asociados al principio comunitario de que quien contamina paga.

Pasados más de treinta años desde la primera de las directivas, coincidimos con Setuáin Mendía<sup>8</sup> en que son muchos los logros conseguidos, pero también muchos los retos por alcanzar. Entre ellos la cooperación entre administraciones competentes. Asimismo, el Pacto Verde Europeo presentado en 2019 marca la estrategia para situarnos como sociedad climáticamente neutra con una economía moderna.

<sup>7</sup> MEILÁN GIL, J.L., “El paradigma de la buena administración”, *Anuario Facultad Derecho Universidad de A Coruña*, 2013.

<sup>8</sup> SETUÁIN MENDÍA, B., *Retos actuales del saneamiento de aguas residuales. Derivadas jurídicas, económicas y territoriales*, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2020.

Muy recientemente el Proyecto de Carta Iberoamericana de los Derechos Sociales Fundamentales<sup>9</sup> eleva a derecho social fundamental el “acceso al agua potable y a los servicios de saneamiento en el marco de las legislaciones nacionales”.

### 3 Modelos constitucionales de derecho comparados del derecho al agua

Desde la perspectiva de los Estados y siguiendo el repaso del derecho constitucional al agua de Mitre Guerra<sup>10</sup>, Sudáfrica lo incorpora como derecho constitucional (derecho individual, aunque prestacional para el acuerdo con su legislación y recursos disponibles) dentro de los derechos de la Carta de Derechos de Sudáfrica; la India lo hace con base en la no discriminación por el “uso de pozos, tanques y balsas de baño”; Colombia hace responsable al Estado del “suministro de agua potable y el saneamiento básico” en su artículo 366; México modifica su Constitución en 2011 por la que a través del artículo 40 “el Estado debe garantizar el derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para el consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible”, imponiéndole también la obligación de “la participación de la federación, los municipios, así como la participación de la ciudadanía por la consecución de dichos fines”; Perú también incorpora constitucionalmente el derecho al agua en su artículo 7 con una reforma de 2017; y las Constituciones de Venezuela (art. 127), Uruguay (art. 41), Ecuador (art. 12), Bolivia (art. 16) y Panamá (art. 110) recogerán también el derecho al agua.

Siguiendo la recopilación de Ruiz Benavente<sup>11</sup>, será en África donde mayores referencias constitucionales al derecho al agua encontraremos con las recientes constituciones de la República Democrática del Congo (art. 48), Egipto (art. 19), Eritrea (art. 8), Etiopía (art. 90), Gambia (art. 216), Kenia (art. 43), Níger (art. 12), Somalia (art. 27), Sudáfrica (art. 27), Sudán del Sur (art. 37) o Uganda (art. 13). Su explicación tiene mucho que ver con que en el África Subsahariana el 40% de sus habitantes carece de acceso a una fuente de agua potable mejorada.

En la Unión Europea<sup>12</sup> reconocerán la naturaleza jurídica del agua, su función territorial o su uso racional las constituciones de Hungría, Irlanda, Liechtenstein, Lituania, Malta, Portugal, Moldavia, Rumanía, Suiza y Ucrania; mientras únicamente la Constitución Eslovena reconoce el agua como un derecho humano.

<sup>9</sup> RODRÍGUEZ-ARANA, J., *Proyecto de Carta de los Derechos Sociales Fundamentales de los Ciudadanos Iberoamericanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

<sup>10</sup> MITRE GUERRA, E., “La protección del derecho al agua en el derecho constitucional comparado y su introducción en los criterios de los tribunales internacionales de derechos humanos”, *Pensamiento Jurídico*, n. 35, 2012.

<sup>11</sup> RUIZ-BENAVENTE, M.R., *El agua, un derecho fundamental universal*. Acceso web: <https://reunir.unir.net/handle/123456789/3748.2015>.

<sup>12</sup> Boletín *Huella Hídrica* n. 24. Santiago de Chile. Marzo 2021.

## 4 La configuración constitucional del medio ambiente y del agua en el derecho español

En España su configuración como derecho social fundamental lo tendremos que conectar con el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado regulado en el artículo 45 de la CE, ligado al desarrollo de la persona con el mandato a los poderes públicos de velar “por la utilización racional de todos los recursos naturales”, entre los que destacamos el agua. Prevé igualmente la Constitución española sanciones penales o administrativas a quienes violen dicha utilización racional de los recursos naturales o su conservación.

Encuadrar constitucionalmente el derecho al medio ambiente entre los principios rectores de la política social y económica nos lleva al debate permanente de su exigibilidad, que entendemos totalmente superado siguiendo a Ruiz-Rico Ruiz<sup>13</sup>, pues se conecta con la dignidad humana, la calidad de vida y el desarrollo de la personalidad: derechos al ocio y al descanso, disfrute de la naturaleza, vivir en ciudades no contaminadas desde el punto de vista acústico, atmosférico o lumínico, el paisaje, etc.

Asimismo, la legislación básica del Estado estará compuesta del RD 1/2001 de ley de aguas y su normativa de desarrollo, y, en lo relativo a la distribución competencial, por la Ley 7/1985, reguladora de bases de régimen local, que en su artículo 25 establecerá la competencia local en el abastecimiento de agua potable y tratamiento de aguas residuales. Más recientemente, la Ley 27/2013, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, reforzó las competencias de las diputaciones en la coordinación de los servicios municipales, especialmente en aquellos de menos de 20.000 habitantes.

## 5 Los principios constitucionales de solidaridad y eficiencia administrativa en España

España se constituye igualmente en un Estado organizado territorialmente en torno a municipios, provincias y comunidades autónomas, con una distribución competencial que avanzó vertiginosamente en los últimos 40 años acercando la Administración a las personas.

La Administración actuará bajo los principios constitucionales de eficacia, jerarquía, descentralización y coordinación; también bajo el principio comunitario de subsidiariedad, que, si en su origen servía para estructurar las relaciones entre la Unión Europea y los Estados miembros, posteriormente y a través del artículo 4.3 de la Carta europea de autonomía local, indica la preferencia competencial de la Administración más cercana al ciudadano muy bien resumida en el aforismo de «pensar globalmente y actuar localmente»; y finalmente bajo el principio constitucional de solidaridad. Dentro de esta mayor complejidad administrativa, siguiendo a

<sup>13</sup> RUIZ-RICO RUIZ, G., *El derecho constitucional al medio ambiente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

Gamero Casado<sup>14</sup>, toman especial relevancia las relaciones interadministrativas, pues ante el «pluralismo político territorial» se aprecian numerosas materias, como la del agua, donde se hacen más necesarios que nunca los deberes de colaboración entre administraciones, a saber, el deber de lealtad institucional, el deber de mutuo auxilio y la cooperación interadministrativa que, bajo los puntos, estos sí constitucionales, de solidaridad y eficacia, permitan abordar entre todos nuevos retos sociales, como la gestión del ciclo integral del agua.

En este diseño de cooperación interadministrativa, cada Administración seguirá con sus competencias, por eso las relaciones interadministrativas deben basarse en la voluntariedad, como señala el artículo 143 de la Ley del régimen jurídico del sector público, pero permaneciendo la competencia en la Administración local (como es el caso del abastecimiento y saneamiento de agua); en su ejecución pueden colaborar la Administración general del Estado, la Administración autonómica u otra Administración local de ámbito superior como puedan ser las diputaciones. Podrá operar esta cooperación bien por la vía del apoyo o bien por la vía de la cesión (traslación ascendente), donde la gestión, que no la competencia del agua, pasa a otra Administración con más medios financieros, técnicos y humanos de los que posee la Administración con competencias para prestar el servicio requerido con mayor eficacia; bien por la vía donde habiendo capacidad por quien tiene la competencia se decide el ejercicio de la misma por la Administración más próxima (traslación descendente); o bien por la vía de activar separadamente en el caso de competencias compartidas o concurrentes; o finalmente por la vía de cooperación horizontal entre administraciones del mismo nivel que se agrupan para abarcar un mayor ámbito territorial, que en el ámbito del agua pueden ser diferentes ayuntamientos que configuran un consorcio o encomiendan la gestión a una mancomunidad. Descritos los instrumentos jurídicos para hacer realidad el interés general, lo importante será elegir el más adecuado en cada caso, o la combinación de los mismos, para responder al reto de una gestión más eficaz y solidaria del ciclo integral del agua.

Desde esa perspectiva tan rica defenderemos la suma de esfuerzos para garantizar el despliegue efectivo de los derechos.

## **6 El marco normativo gallego y la complementariedad de la nueva ley para la gestión del ciclo integral del agua**

Galicia, basándose en su autonomía y competencias estatutarias (art. 27.12 de la Ley orgánica 1/1981), aprueba su ley de aguas en 2010 (Ley 9/2010) y su ley de garantía de abastecimiento en 2019 (Ley 9/2019), a las que siguen los reglamentos de planificación de 2015, con sus planes hidrológicos, de abastecimiento y saneamiento; el Reglamento del servicio de depuración de 2012 y el Reglamento de colaboración económica y financiero de 2013. Asimismo, el 19 de mayo de 2022 el Consello de la

---

<sup>14</sup> GAMERO CASADO, E., *Manual básico de Derecho administrativo*, cit.

Xunta de Galicia aprueba el Plan Hidrológico Galicia Costa, el primero de España junto a Baleares de este tercer ciclo que se somete al Consejo Nacional del Agua para su aprobación por real decreto del Gobierno de España.

Es en este contexto de evolución normativa y del reto de la sostenibilidad donde se enmarca esta nueva ley de mejora de gestión del ciclo integral del agua constatada la necesidad de dotar de nuevos instrumentos de gestión a las administraciones competentes por la especial dificultad de cubrir el ciclo integral especialmente en los ayuntamientos de 2.000 a 10.000 habitantes.

## 6.1 Voluntariedad de los ayuntamientos

La primera característica de esta ley es la voluntariedad de los ayuntamientos para adherirse a este nuevo instrumento, de acuerdo con las características vistas del diseño de cooperación administrativa en el que se configura Aguas de Galicia, dándole, pues, una traslación ascendente, para prestarles los servicios de abastecimiento, saneamiento y depuración de agua, filosofía que nace en 2013 con la firma entre la Xunta de Galicia y la Federación Gallega de Municipios y Provincias del Pacto Local del Agua.

## 6.2 Valor técnico de la nueva ley y modelos de gestión comparados

La segunda característica de esta ley es su elevado valor técnico, pues decía Leonardo da Vinci que “cuando trates con el agua consulta primero la práctica y luego la teoría”, por lo que los técnicos de Aguas de Galicia, de por sí los mejores conocedores de los servicios de abastecimiento, saneamiento y depuración en Galicia, acuden al derecho comparado y a las fórmulas de gestión de otras comunidades autónomas donde encuentran diferentes modelos públicos, privados y mixtos, al igual que en los ayuntamientos gallegos, más allá del color político de sus gobiernos.

Así la gestión del agua en Madrid la lleva a cabo el Canal de Isabel II, una sociedad anónima íntegramente pública de la Comunidad de Madrid y de los 111 ayuntamientos madrileños. Destaca el cobro directo por la entidad con tarifas iguales para todos los madrileños, una buena muestra de solidaridad interterritorial, pues el coste individualizado del servicio es muy distinto en cada uno de esos ayuntamientos, especialmente por la dispersión, pero todos los vecinos pagan lo mismo.

Otro ejemplo de éxito lo encontramos en Vizcaya, con un consorcio para la gestión de aguas y residuos compuesto por el Gobierno Vasco, la Diputación Foral y los ayuntamientos. También cobra directamente al abonado tarifas idénticas.

En Asturias destaca el Consorcio para el Abastecimiento de Agua y Saneamiento en el Principado de Asturias (CADASA), una entidad de derecho público asociativa integrada por el Principado, la Confederación y varios ayuntamientos. La diferencia con los sistemas de gestión anteriores es que el Consorcio cobra a los ayuntamientos y a grandes empresas.

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

En Extremadura encontramos el Consorcio Promedio, integrado por la Diputación de Badajoz, mancomunidades y municipios para la gestión supramunicipal del ciclo integral del agua y los residuos. La fórmula jurídica de relación se basa en convenios interadministrativos con una duración de 12 años que da acceso a los ayuntamientos a los órganos de dirección de Promedio, si bien se comprometen a asumir las ordenanzas municipales pues su incumplimiento por distintas razones suele originar el desfase de las tarifas, que, como en otros modelos estudiados, están basadas en la solidaridad, pues se paga lo mismo “vivas donde vivas”.

Finalizaremos nuestro estudio en una de las regiones donde el agua es uno de los bienes más preciados, Murcia, donde la Entidad Regional de Saneamiento y Depuración de Aguas Residuales (ESAMUR), mediante convenios con los ayuntamientos, asume la gestión y el control de las instalaciones de saneamiento y depuración existentes. La recaudación está regulada por la Ley 3/2000, de 12 de julio, que regula el canon de saneamiento como tributo ambiental y finalista.

### 6.3 El proceso de participación y transparencia

La tercera característica de esta ley es la participación pública y la transparencia en su elaboración, pues escuchar es la antesala de tomar una buena decisión. Antes de llegar al Parlamento de Galicia, se buscó un modelo de todos y para todos los gallegos en la línea de otros sistemas de éxito estudiados. El proyecto de ley de ciclo integral del agua elaborado por la Consellería de Infraestructuras e Mobilidade de la Xunta de Galicia contiene una memoria justificativa y otra económica de Aguas de Galicia y fue sometido a informe de la Secretaría General de Igualdad para estudio del impacto de género, a la Dirección General de Evaluación y Reforma Administrativa, de la Dirección General de Familia, Infancia y Dinamización Demográfica para estudio del impacto demográfico y finalmente a informe de sostenibilidad financiera de la Consellería de Hacienda y Administración Pública.

Inició su tramitación el 23 de julio de 2021 con su publicación en la página de transparencia de la Xunta de Galicia, ampliándose en dos ocasiones el plazo de sugerencias hasta el 8 de octubre, la última a petición de la Federación Gallega de Municipios y Provincias asociada a reuniones y mesas técnicas que propiciaron numerosas modificaciones. El 2 de diciembre de 2021 se presenta el anteproyecto de ley al Cluster Viratec y el 29 de diciembre al Consello Económico y Social de Galicia, que emite su dictamen el 18 de febrero de 2022.

El proyecto de ley tiene su entrada en el Parlamento de Galicia el 17 de marzo de 2022, que con su publicación<sup>15</sup> abre el plazo de enmiendas para su tramitación por la Comisión 2.ª de Ordenación Territorial, Obras Públicas, Medio Ambiente y Servicios. Además, en el caso de Galicia los proyectos de ley se publican en el portal web del Parlamento en el apartado “Lexisla con nós”, donde cualquier particular o entidad puede trasladar su opinión a los diputados y grupos parlamentarios que representan a los gallegos y participan en la redacción de la ley.

---

<sup>15</sup> Boletín Oficial del Parlamento de Galicia n. 295, de 22 de marzo de 2022.

El 6 de mayo de 2022 se designa la constitución de la ponencia, que en sus reuniones del 19 y 25 de mayo estudia y transacciona ciento diecinueve enmiendas. El texto de la ponencia finaliza con la aceptación de catorce enmiendas de los tres grupos parlamentarios (Popular, BNG y Socialista) y seis transacciones con éxito que modifican parte de los ochenta artículos que componen la nueva ley.

#### 6.4 El objeto, ámbito de aplicación y finalidad de la ley. Título I

El objeto de la ley queda definido en su artículo primero como “un marco normativo que regule la política de gestión del ciclo integral del agua en la Comunidad Autónoma de Galicia”, constituyendo su ámbito de aplicación (art. 2) las administraciones con competencias y las comunidades de usuarios que intervienen en el ciclo integral del agua (art. 3), entendido como el recorrido desde la extracción del agua del medio hasta su devolución al mismo.

La incorporación de las comunidades de usuarios es muy relevante, por cuanto, sin ser Administración pública, son una figura promovida por esta en una realidad donde una parte importante de la población se abastece a través de dichas comunidades y de pozos particulares y que todavía necesitan un mayor apoyo para mejorar la gestión del ciclo integral que se propone.

Asimismo, la ley incorpora las definiciones de aglomeración urbana, en consonancia con la Directiva 91/271/CE sobre tratamiento de aguas residuales urbanas objeto de transposición por el RDL 11/1985 por el que se establecen las normas aplicables al tratamiento de aguas residuales, como la «zona geográfica formada por uno o varios términos municipales (...) que constituyen un foco de generación de aguas residuales que justifique su recogida y conducción», así como la definición de ente público representativo de dicha aglomeración urbana, que sería la Administración pública a la que corresponda garantizar tanto el cumplimiento de las obligaciones de gestión como la responsabilidad por sus incumplimientos.

La finalidad de la ley es la correcta explotación de las infraestructuras, citando en primer lugar la mejora de la eficiencia, y ofrecer apoyo a los ayuntamientos que así lo soliciten para obtener una gestión sostenible, profesionalizada y coordinada de las administraciones, a través de los principios de cooperación, corresponsabilidad y cofinanciación (art. 5.1.e), solidaridad interterritorial (art. 5.1.f), sostenibilidad económica y financiera (art. 5.2) y recuperación de costes del servicio de acuerdo con el aforismo «quien contamina paga» (art. 5.3).

#### 6.5 Medidas para la mejora del ciclo integral. Título II

Comienza el título segundo regulando las aglomeraciones urbanas de Galicia (art. 6), que, siguiendo la normativa comunitaria (Directiva 91/271/CEE), deberán aprobarse en dos años, determinando los entes públicos representativos de los municipios (art. 7) donde la supramunicipalidad no puede ser un obstáculo, sino una oportunidad

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

para la gestión del ciclo integral del agua, para lo que se incorporaron sugerencias y se ampliaron los plazos de audiencia sobre el texto original.

Se definen las administraciones públicas titulares de las infraestructuras (art. 8) incluyendo para una mayor seguridad jurídica tanto las que sean titulares registrales como las que obtuvieron recursos públicos e incluso las que acreditan su explotación durante más de diez años, así como la modificación de las aglomeraciones urbanas (art. 9), donde se considerarán modificaciones sustanciales además de modificaciones en la Administración representativa o titular de las infraestructuras una alteración superior al diez por cien de la población de dicha aglomeración.

Se establecen controles analíticos y de caudales en el art. 10, enriquecido por una enmienda del Grupo Parlamentario BNG para que, si los resultados de los controles requieren un programa de acción, este sea objeto de consulta y alegaciones por los ayuntamientos afectados, y por una enmienda del Grupo Parlamentario Socialista para publicitar en la web sus resultados y el programa de acción. Otra enmienda de transacción acompaña un plan de financiación por parte de diferentes administraciones para dar viabilidad al programa de acción.

En cuanto a la revisión de las instalaciones, planes de control de vertidos, e instalación de caudalímetros para determinar los consumos por ayuntamientos (art. 11), se incorpora la obligación de los mismos para las aglomeraciones urbanas de más de dos mil habitantes en los puntos de la red que actúen de frontera de los respectivos ayuntamientos, al objeto de resolver habituales controversias en el reparto de los costes. Entre las medidas para las aglomeraciones de menos de dos mil habitantes, destacan las directrices para saneamiento y depuración a elaborar por Aguas de Galicia en los pequeños núcleos de población con procesos exclusivos y bajo consumo energético, en un momento en que los costes de gestión del ciclo integral se ven incrementados sobremanera por este factor.

Entre las medidas para la gestión de las aguas blancas y pluviales (art. 12), la ley prevé un plan de reducción de su entrada de acuerdo con unas directrices a elaborar por Aguas de Galicia, incorporando, en aras a la transparencia, acceso a información pública y buen gobierno, una enmienda del Grupo Socialista que requiere su publicación en la web del organismo autonómico y de los ayuntamientos afectados. Todas esas medidas, junto a las revisiones técnicas (art. 13); la eficiencia energética a través de un plan de optimización obligatorio para aglomeraciones de más de veinte mil habitantes y unas directrices de mejora energética de las instalaciones de abastecimiento, saneamiento y depuración (art. 14); la formación y transparencia (art. 15); así como la incorporación de tecnologías que incrementen la eficiencia, optimizar el mantenimiento, reducción de fugas, campañas de información y sensibilización y órganos de participación social (art. 16); contribuirán sin duda a una mayor eficacia medioambiental y una mayor eficiencia económica, incorporando las dos últimas propuestas descritas en el trámite parlamentario con sendas enmiendas aceptadas del Grupo Socialista y del Grupo Parlamentario BNG.

En el régimen general de protección de servicios del ciclo integral del agua se buscarán las fórmulas de gestión conjuntas (art. 17), que, para ayuntamientos inferiores

a 20.000 habitantes y de acuerdo con el artículo 26.2 de la Ley 7/1985, debe ser coordinada por la diputación provincial, sin que resultase admitida la enmienda del Grupo Parlamentario Socialista, que, además de la coordinación por las diputaciones, requería un informe previo de los organismos provinciales para todas las actuaciones municipales de infraestructuras de aguas, gestión, concesiones y tasas.

La voluntariedad y el respeto a la autonomía local queda garantizada en el artículo 21, pues será el ayuntamiento el que pueda instar a la gestión autonómica de sus infraestructuras de acuerdo con un procedimiento establecido en el artículo 25. El fomento de la inversión en las instalaciones compuestas por estaciones de bombeo, tanques de tormenta y estaciones de tratamiento de aguas residuales se regula en el artículo 26, donde la principal novedad, siguiendo también las normas básicas del Estado, está en los ayuntamientos de menos de 20.000 habitantes, con la participación financiera de la Xunta de Galicia (1/3), ayuntamientos (1/3) y diputaciones u otros entes (1/3).

## 6.6 Sistema de financiación. Título III

Como en todo derecho social y en toda política pública social, la cara b de su realización en beneficio propio y de la sociedad aparece en su financiación, en los recursos públicos que destinamos al cuidado del medio ambiente y del agua.

Esta ley reordena los cánones existentes, previa adhesión voluntaria por los ayuntamientos, estableciendo disposiciones comunes al régimen económico y financiero del servicio (capítulo I), buscando sustituir en ese caso las tasas municipales por cánones que buscan precios solidarios para todos los gallegos. Así, el canon de gestión de depuradoras (capítulo II) sustituye al coeficiente de vertido o a la tasa de depuración que viniera cobrando el ayuntamiento antes de adherirse; el canon de gestión de redes de colectores (capítulo III) sustituye a la tasa municipal de alcantarillado, regulando también las normas comunes para la gestión de depuradoras, y el de redes de colectores (capítulo IV). Dicha regulación busca que la gestión sea viable, económica y financieramente, únicamente en los servicios que los ayuntamientos deciden que su gestión corresponde a Aguas de Galicia, pues de nada sirven las buenas intenciones y la eficacia administrativa si esta no va acompañada de la eficiencia administrativa.

El canon de gestión de depuradoras se configurará como tributo propio de la comunidad autónoma bajo la naturaleza de tasa solo en el caso de que Aguas de Galicia preste el servicio, estando afectada su recaudación a la explotación, conservación, mantenimiento y mejora de dichas infraestructuras, incluyendo la regulación del vaciado de fosas sépticas en caso de que el agua consumida no esté conectada a la red.

El canon de gestión de redes de colectores será también un tributo propio de la comunidad autónoma, también tasa para los supuestos en el que Aguas de Galicia sea prestadora de dicho servicio, afectado como el canon de gestión de depuradoras, diferenciándose de aquel en que aquí el hecho imponible son los gastos de conducción de las aguas residuales a las depuradoras, coincidiendo en que para viviendas

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

el sujeto pasivo será el titular del contrato, pero también el propietario, que será solidariamente responsable.

El canon de gestión de abastecimientos será también tributo propio y tasa de la comunidad autónoma, siendo aquí el sujeto pasivo la entidad local que se beneficie del servicio de abastecimiento en baja, que habrá de ser medido por contador y en metros cúbicos.

Serán sostenibles también en términos de equidad, por lo que se crea la tarifa social para familias numerosas y personas en riesgo de exclusión, debiendo destacar también que, según el estudio tarifario de Aeas del año 2020, Galicia está entre las tres comunidades autónomas con menor precio por metro cúbico en los servicios de abastecimiento y saneamiento de España (Navarra 0,51 y 0,79; Castilla y León 0,57 y 0,60, y Galicia 0,62 y 0,76; frente a Murcia 1,66 y 0,97; Cataluña 1,39 y 1,10, y Baleares 1,36 y 1,03), que presentan una media conjunta de costes de 1,90 €/m<sup>3</sup>, cuando el coste medio de Galicia se sitúa en 1,38 €/m<sup>3</sup>.

Resulta necesario advertir que estos tributos nada tienen que ver con el canon del agua, que no grava la gestión del ciclo integral, sino la extracción del agua del medio, y que debe reinvertirse, según la Ley 9/2010, para actuaciones de prevención de la contaminación, la consecución de objetivos medioambientales, el apoyo a otras administraciones y los gastos de vigilancia y control en la comunidad autónoma.

La buena gestión del canon del agua en Galicia, que se sitúa en una media de 50 millones de €, nos permitió estos años junto a la movilización de fondos europeos ejecutar inversiones en aguas de 80 millones de euros al año, devolviendo así en inversiones a los ayuntamientos, pero sobre todo a los gallegos, un 60 % más de lo recaudado.

## 7 Conclusiones

Galicia, definida por el gran Álvaro Cunqueiro como “el país de los mil ríos”, da un nuevo paso con la aprobación por el Parlamento de Galicia de la Ley para el ciclo integral del agua de Galicia el 28 de junio de 2022, publicada en el DOG de 12 de agosto de 2022 y con entrada en vigor el primer día del mes siguiente a su publicación, para la gestión de sus recursos naturales con el objetivo de que sigamos disfrutando del azul del agua y del verde del medio ambiente. Nuevos retos donde el ecologismo debe impregnar las conciencias y los corazones de las nuevas generaciones. Y una oportunidad para que, a través de una nueva fórmula de gestión, sumemos esfuerzos para hacer real y efectivo el derecho social fundamental al agua respetando el medio del que la extraemos hasta que la devolvemos al mismo.

Un nuevo modelo basado en la cooperación y en la participación de todos que, en lugar de mirar para otro lado, busca sumar nuestros esfuerzos para multiplicar los resultados en tiempos de globalización y cambio.

## Bibliografía

- GAMERO CASADO, E., *Manual básico de Derecho administrativo*, Ed. Tecnos, Madrid, 2019.
- MEILÁN GIL, J.L., “El paradigma de la buena administración”, *Anuario Facultad Derecho Universidad de A Coruña*, 2013.
- MITRE GUERRA, E., “La protección del derecho al agua en el derecho constitucional comparado y su introducción en los criterios de los tribunales internacionales de derechos humanos”, *Pensamiento Jurídico*, n. 35, 2012.
- RODRÍGUEZ-ARANA, J., *Derecho Administrativo y Derechos Sociales Fundamentales*, Inap, Sevilla, 2015.
- RODRÍGUEZ-ARANA, J., *Proyecto de Carta de los Derechos Sociales Fundamentales de los Ciudadanos Iberoamericanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- RUIZ-RICO RUIZ, G., *El derecho constitucional al medio ambiente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- RUIZ RUIZ, J.J., *La cuarta generación de derechos fundamentales*, Universidad de Jaén, Jaén, 2020.
- SETUÁIN MENDÍA, B., *Retos actuales del saneamiento de aguas residuales. Derivadas jurídicas, económicas y territoriales*, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2020.
- TORRES DEL MORAL, A., *Estado de Derecho y Democracia de Partidos: Una teoría del Estado constitucional contemporáneo*, 6.ª ed., Editorial Universitas, Madrid, 2022.
- VALDÉS DE HOYOS, E.P. e URIBE ARZATE, E., “El derecho humano al agua. Una cuestión de interpretación o reconocimiento”, *Cuestiones constitucionales*, n. 54, 2016.

REGAP



COMENTARIOS Y CRÓNICAS





Revista Galega de Administración Pública, EGAP  
Núm. 65\_xaneiro-xuño 2023 | pp. 371-405  
Santiago de Compostela, 2023

<https://doi.org/10.36402/regap.v1i65.5109>

© Francisco de Cominges Cáceres

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

Recibido: 05/06/2023 | Aceptado: 01/06/2023

Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

Xurisprudencia contencioso-  
administrativa

**Jurisprudencia contencioso-  
administrativa**

Contentious-administrative  
jurisprudence

<sup>65</sup> Regap

Regap



FRANCISCO DE COMINGES CÁ CERES  
Magistrado (Galicia, España)

f.cominges@poderjudicial.es

COMENTARIOS Y CRÓNICAS

**Sumario:** 1 Administración local. 1.1 Derechos económicos de los miembros no adscritos integrados en la junta de gobierno local. 1.2 Potestad municipal para denominar las calles de la ciudad. 1.3 Incompetencia de los ayuntamientos para sancionar el incumplimiento de la obligación de utilización de mascarilla durante la pandemia del COVID-19, hasta la modificación en febrero de 2021 de la Ley de salud de Galicia. 1.4 Plazo máximo de interposición de recursos administrativos por las corporaciones locales. Interrupción con su presentación en el registro electrónico de la propia entidad recurrente. 1.5 Responsabilidad de ayuntamiento por defectuosa depuración de las aguas residuales que la red municipal vierte en un cauce fluvial. No debió conceder nuevas licencias de obras o actividad sin resolver previa o simultáneamente el problema técnico de su depuradora. 2 Medio ambiente y urbanismo. 2.1 Costas. Prórroga de concesión de dominio público marítimo-terrestre para fábrica de pasta de papel (Ence). 2.2 Parques eólicos. Fragmentación de proyectos sobre ámbitos vinculados para eludir una evaluación ambiental rigurosa. Requisitos del período de información pública. 2.3 Contaminación acústica generada por un local de negocio. Régimen jurídico aplicable. Posibilidad de supervisión, por tiempo indefinido, de su comunicación previa/declaración responsable. 2.4 Urbanismo. Licencia de obras. La instalación en suelo rústico protegido de

equipamientos y dotaciones requiere de la previa aprobación de un plan especial de infraestructuras y dotaciones. Revisión de oficio de las licencias concedidas sin dicho plan especial. 3 Personal. 3.1 No cabe reconocerle a un funcionario interino la condición de empleado público fijo sin haber superado antes un procedimiento selectivo, con concurrencia y publicidad, convocado ex profeso para plazas de funcionario de carrera. 3.2 Personal de los grupos de emergencias supramunicipales. Vínculo laboral temporal. 3.3 Ampliación de licencia por nacimiento en familias monoparentales. Exclusión de las seis semanas inmediatas al parto. 3.4 Inexigencia de colegiación de los profesionales de la sanidad pública. 3.5 Suspensión provisional de funciones de empleado público procesado ante la jurisdicción penal. No puede superar los seis meses. 4 Proceso contencioso-administrativo. 4.1 Requisitos de las medidas cautelares. *Fumus boni iuris*. Excepción a la exigencia de caución. 4.2 Recurso de casación autonómico. Requisitos de procedibilidad. Necesidad de que existan criterios contradictorios dentro de una misma sala o de una sección especializada. 4.3 Competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para la impugnación de resoluciones de las universidades públicas de evaluación de los méritos docentes de personal laboral. 4.4 Legitimación activa de corporación local para impugnar el planeamiento general de otro municipio. Debe acreditar la existencia de un derecho o interés legítimo afectado por el plan impugnado. 5 Responsabilidad patrimonial. 5.1 Reclamación indemnizatoria de centro sanitario concertado por los perjuicios derivados de la reordenación asistencial impuesta por la Xunta de Galicia durante el primer estado de alarma en la pandemia de coronavirus. 5.2 Responsabilidad por la anulación judicial de una licencia provisional de obras y actividad. 6 Transportes terrestres. 6.1 Transporte de viajeros por carretera. Prácticas colusorias de la libre competencia (cártel). Dejación de funciones por la Comisión Galega da Competencia. 7 Tributos. 7.1 Valoración de inmuebles. Recurribilidad de liquidación derivada de tasación pericial contradictoria que aceptó la valoración del perito tercero. 7.2 Impuesto de bienes inmuebles. Exención de inmuebles afectos a la defensa nacional. 8 Universidades. 8.1 Valoración de tramos de investigación por la Comisión Nacional Evaluadora de la Actividad Investigadora. 8.2 Denegación de defensa del trabajo de fin de máster de abogacía por informe desfavorable del tutor. 8.3 Medidas cautelares frente a profesor que, presuntamente, incurrió en comportamiento inadecuado con sus alumnas. Nivel de motivación exigible.

## 1 Administración local

### 1.1 Derechos económicos de los miembros no adscritos integrados en la junta de gobierno local

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (TSJG), en su Sentencia de 20 de diciembre de 2022 (rec. 7114/2022, ponente: Paz Eiroa, incluye voto particular), insiste en que a los miembros de la junta de gobierno local (JGL) de un ayuntamiento que no se integren en el grupo político de la formación electoral por la que fueron elegidos, o que abandonen su grupo de procedencia (miembros “no adscritos”) no se les pueden reconocer más derechos económicos que los que les hubiesen correspondido de permanecer en el grupo de procedencia. No admite excepciones. Aplica esa regla general en un supuesto en el que en puridad el miembro no adscrito integrado en la JGL, con su baja en el grupo político de procedencia, no alteró el régimen de mayorías. Por otra parte, ratifica la obligación de la afectada, establecida en la sentencia de instancia, de reintegrarle al erario todo lo que según este criterio habría cobrado de más desde su integración en la JGL.

## 1.2 Potestad municipal para denominar las calles de la ciudad

La Sentencia del TSJG de 14 de abril de 2023 (rec. 7007/2023, ponente: Fernández López) analiza la naturaleza jurídica de la potestad municipal para asignar nombres a las calles y espacios libres públicos del municipio. Confirma la desestimación de la solicitud de un vecino de Pontevedra de atribución a una vía determinada del nombre de un ciudadano ilustre recientemente fallecido. Considerando que:

*«(...) no se trataba de ejercitar un derecho subjetivo que pudiera ostentar, sino un mero derecho de petición consagrado en el artículo 29 de la CE y desarrollado en la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, reguladora del derecho de petición, sobre el cual ha señalado la STC 242/1993 que “la petición en que consiste el derecho en cuestión tiene un mucho de instrumento para la participación ciudadana, aun cuando lo sea por vía de sugerencia, y algo del ejercicio de la libertad de expresión como posibilidad de opinar”, a lo que ha añadido que se trata de un concepto residual, pero no residuo histórico, que cumple una función reconocida constitucionalmente, para cuya individualización sea, quizás, más expresiva una delimitación negativa, y, “en tal aspecto excluye cualquier pretensión con fundamento en la alegación de un derecho subjetivo o un interés legítimo especialmente protegido”, sin que la petición en el sentido estricto que aquí interesa sea una reclamación en la vía administrativa.*

*(...) dar a una calle o glorieta un nombre concreto supone un reconocimiento honorífico que exalta, dignifica y realza a su destinatario, como reconoce la reciente STS de 15.12.22, rec. 5577/2021, cuando afirma que “dar a una calle el nombre de una persona concreta supone destacarla frente a todos: son solamente unos pocos los distinguidos de ese modo”. (...) la petición que hizo el vecino luego demandante y ahora apelante no tenía que dar derecho a un procedimiento riguroso con especiales cautelas, como la de darle audiencia previa a la terminación, en este caso mediante una resolución motivada.*

*(...) recordará esta sala que cualquier medida de fomento, como sin duda lo es la exaltación, dignificación y realce de los méritos de un procurador vecino de la ciudad de Pontevedra y ya fallecido, tiene que ser también compatible con el interés general de los vecinos, en la medida en que se proyecta o materializa en un bien de dominio público local, como lo es la glorieta que el apelante desea que sea denominada como xxxxx, por lo que debe ir encaminada al servicio del interés general a que se refiere el artículo 103.1 de la CE, en relación con los artículos 25.2.d) y 79.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, y 264 de la Ley 5/1997, de 22 de julio, de Administración Local de Galicia, de modo que es el Ayuntamiento de Pontevedra el que debe decidir el nombre que se les da a sus viales, plazas, glorietas, parques y demás elementos estructurales de su localidad, según lo que disponen los artículos 10.2 de la Ley 3/1983, de 15 de junio, de normalización lingüística de Galicia, y 75.1 del Reglamento de población*

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

y demarcación territorial de las entidades locales, aprobado por Real Decreto 1690/1986, de 11 de julio. En cuanto a la competencia para ello, nada disponen esos preceptos, como tampoco los artículos 121 y siguientes de la LRBRL, relativos a los municipios de gran población, como lo es el de Pontevedra (artículo 121.1.c), cuestión que la sentencia apelada derivó al órgano plenario, pese a quien resolvió fue una concejala, pero sobre este extremo no se plantea objeción alguna a la decisión adoptada el 18.10.21. (...). lo que no obsta para recordar que es lógico que la nueva asignación de nombres al callejero municipal se haga respetando la debida participación ciudadana, ya a través de organizaciones vecinales o corporativas (lo que sería el caso del colegio profesional de procuradores), ello sin olvidar que el artículo 128.1 de la LRBRL obliga a los ayuntamientos como el de Pontevedra a crear distritos, que son “divisiones territoriales propias, dotadas de órganos de gestión desconcentrada, para impulsar y desarrollar la participación ciudadana en la gestión de los asuntos municipales y su mejora”, lo que sería el caso de la pretensión que promovió el abogado aquí recurrente».

### **1.3 Incompetencia de los ayuntamientos para sancionar el incumplimiento de la obligación de utilización de mascarilla durante la pandemia del COVID-19, hasta la modificación en febrero de 2021 de la Ley de salud de Galicia**

La Sentencia del TSJG de 24 de marzo de 2023 (rec. 7146/2022, ponente: Villares Naveira) resuelve en apelación la controversia suscitada sobre la Administración competente para sancionar el no uso de la mascarilla obligatoria a partir del Real decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (art. 6). Confirma la anulación de la Resolución de la Delegación Territorial da Consellería Sanidade de Lugo de la Xunta de Galicia de 29 de octubre de 2020 por la que se declaró incompetente para imponer dichas sanciones, requiriéndole al Concello de Monforte de Lemos la tramitación de los correspondientes expedientes.

Concluye que hasta la entrada en vigor de la modificación de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia, operada por la Ley 8/2021, de 25 de febrero, le correspondía a la Xunta de Galicia, con carácter exclusivo y excluyente, la potestad para sancionar esa infracción leve.

*«(...) Ata ese momento [Lei 8/2021], a administración autonómica tiña que facer o razoamento interpretativo de que un título habilitante da competencia equivalía a unha regulación concreta da competencia, o que en puridade é un erro, porque a habilitación o que fai é dotar de capacidade de regular ao lexislador autonómico, pero non lle confire á administración autonómica a presuponer que o contido do título habilitante vai ser un en concreto. Por iso a reforma legal non é unha simple aclaración de dúbidas, senón unha contundente regulación legal da competencia sancionadora en uso das competencias autonómicas da CA en*

*materia de sanidade e saúde pública no marco da lexislación básica que se expón na propia reforma. (...)».*

La sentencia de instancia (del Juzgado Cont.-Ad. 2 de Lugo, 29 de julio de 2022, rec. 76/2021, ponente: Tudela Guerrero), confirmada en apelación, se fundó entre otras consideraciones en que:

*«(...) la competencia sancionadora del Concello, a día de los hechos, se limita a las infracciones previstas en sus ordenanzas municipales y dentro del área de responsabilidad mínima sobre las cuales ejercen competencias de control sanitario.*

*Si bien el artículo 25 LRBRL atribuye competencia a los Ayuntamientos en cuestiones de salud pública, no se recoge ésta en las competencias mínimas del artículo 26 LRBRL, ni consta una delegación de competencias en los términos del artículo 27 LRBRL.*

*Aun cuando los municipios carecen de competencias directas en materia de sanidad y salud pública, sí son competentes en diversas materias estrechamente relacionadas con ellas: protección de la salubridad pública, cementerios y actividades funerarias, abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales, alumbrado público, servicios de limpieza viaria, recogida y tratamiento de residuos, alcantarillado y tratamiento de aguas residuales. Asimismo, deben participar en la gestión de la atención primaria de la salud, en los términos de la legislación del Estado y de la respectiva comunidad autónoma (LBRL art.25.2).*

*El artículo 25 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público al regular el PRINCIPIO DE LEGALIDAD en el ejercicio de la potestad sancionadora, señala que (...). Conforme al artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, sobre NULIDAD DE PLENO DERECHO 1. Los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes: b) Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio.*

*Y si bien la regla general en el ámbito administrativo es la anulabilidad, y no la nulidad, la falta de competencia para tramitar y sancionar en el procedimiento sancionador es una nulidad radical, original, con efectos que no precisan su declaración, apreciable de oficio y no convalidable (...)».*

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

#### **1.4 Plazo máximo de interposición de recursos administrativos por las corporaciones locales. Interrupción con su presentación en el registro electrónico de la propia entidad recurrente**

El TSJG, en su Sentencia de 24 de febrero de 2023 (rec. 7017/2023, ponente: Fernández López), admite la posibilidad de que un ayuntamiento interponga en su propio registro electrónico el recurso administrativo dirigido frente a otra Administración pública (diputación provincial), con plenos efectos respecto de la interrupción del plazo de interposición:

*«(...) el artículo 16 de la LPACAP no sólo le obliga [al ayuntamiento] a llevar un Registro Electrónico General para asentar tanto los escritos que reciba, como los que salgan –sin dilación– a su destinatario, con las debidas garantías que ese precepto señala, y de ahí que se permita la posibilidad de presentar esos escritos en cualesquiera de los registros a que se refiere su apartado 4, entre ellos el propio de esa corporación local, lo que ese precepto no prohíbe, puesto que todos esos registros tienen que estar “plenamente interoperables, de modo que se garantice su compatibilidad informática e interconexión, así como la transmisión telemática de los asientos registrales y de los documentos que se presenten en cualquiera de los registros”.*

*A lo indicado se debe añadir que el artículo 31.2 de esa misma ley contempla el cómputo de plazos en los registros electrónicos, que se regirá por la fecha y hora oficial de la sede electrónica de acceso, que deberá contar con las medidas de seguridad necesarias para garantizar su integridad y figurar de modo accesible y visible durante las 24 horas de cada día del año, para lo cual se tendrá en cuenta la fecha y hora de presentación, que es verdad que en este caso no se realizó formalmente en el registro de entrada, sino en el de salida, lo que como tuvo lugar el día 20.12.21, a las 20:42 horas, esto es, dentro de plazo, aunque se recibió en el centro de destino al día siguiente, a las 09:20 horas».*

#### **1.5 Responsabilidad de ayuntamiento por defectuosa depuración de las aguas residuales que la red municipal vierte en un cauce fluvial. No debió conceder nuevas licencias de obras o actividad sin resolver previa o simultáneamente el problema técnico de su depuradora**

La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (TS) de 15 de febrero de 2023 (rec. 430/2021, ponente: Olea Godoy) desestima el recurso interpuesto por un ayuntamiento de la provincia de Ourense contra la sanción de un millón de euros que le impuso el Consejo de Ministros por la comisión de una infracción muy grave al incumplir las condiciones de vertido de aguas residuales al río Barbaña otorgada por la Confederación Hidrográfica del Miño.

El alto tribunal rechaza en primer término el argumento del Ayuntamiento, de que «la Corporación Municipal sancionada no ha podido evitar la producción del vertido, que se reconoce excede de la carga contaminante autorizada, dado que las actuales instalaciones depuradoras no son idóneas para una adecuada depuración de los vertidos que puedan adaptarse al autorizado; situación generada por la incorporación de nuevos vertidos de obras e instalaciones que se han realizado en el Municipio sin que pueda acometer una reforma o renovación de la Estación Depuradora de Aguas Residuales (EDAR) como sería necesario, dado su alto coste económico».

Considera que, por el contrario, la Administración local recurrente cumple el requisito de “culpabilidad” porque:

*«si fue el mismo Ayuntamiento el que solicitó y asumió la concesión para un vertido urbano con unos límites de carga contaminante; en su manos estaba vigilar dichos límites y, o bien no autorizar o condicionar autorizaciones o licencias que alterasen dicho vertido o modificar las instalaciones depuradoras, coste al que debía cooperar, como una exigencia más de la urbanización de los terrenos en que debieron instalarse las edificaciones a que se hace referencia. No puede eximirse el Ayuntamiento, titular de la red de evacuación de aguas residuales y titular del vertido y de la concesión otorgada del mismo por el Organismo de Cuenca, por el aumento de instalaciones y edificaciones en su ámbito territorial, porque esa ampliación de los terrenos urbanizados pudieron, y debieron, realizarse asumiendo la exigencia de que el vertido debía tener unos límites por encima de los cuales debían asumirse el mayor coste que supusieran. Lo que no era admisible es ampliar las conexiones de vertidos a la red municipal, que nunca pudo hacerse sino con autorización municipal, sin acometer esa ampliación de las instalaciones de depuración con la finalidad de mantener la carga contaminante».*

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

## 2 Medio ambiente y urbanismo

### 2.1 Costas. Prórroga de concesión de dominio público marítimo-terrestre para fábrica de pasta de papel (Ence)

La industria fabril de celulosa de Pontevedra/Marín (Ence) se construyó mediante rellenos sobre el mar al amparo de una concesión otorgada en el año 1958 por la Administración del Estado “a título de precario, sin plazo limitado”.

Tras la entrada en vigor de la Ley 22/1988, de costas (LC), la duración máxima de la concesión se recondujo a 30 años, esto es, hasta el 29 de julio de 2018. Pero la LC fue modificada por la Ley 2/2013, de 29 de mayo, en la que se permitió la posibilidad de prorrogar este tipo de concesiones hasta un máximo de 75 años. El 20 de enero de 2016 el entonces Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente le otorgó a Ence la prórroga de la concesión de ocupación de dominio público marítimo-terrestre por 60 años más, con determinadas condiciones. El Ayuntamiento de

Pontevedra, Greenpeace España y la Asociación por la Defensa de la Ría de Pontevedra impugnaron esta última resolución ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (AN) en los recursos n. 484/2016, 700/2016 y 268/2016. La Abogacía del Estado se allanó en dichos procesos, pero continuaron ante la oposición de la empresa codemandada. La AN estimó los recursos en sus respectivas sentencias de 15 de julio (dos) y 21 de septiembre de 2021, con la siguiente motivación:

*«(...) se requiere como presupuesto básico para la prórroga ex artículo 32.1 de la Ley de Costas, que se trate de instalaciones que, por su naturaleza, no puedan tener otra ubicación. (...) el agua dulce, en un determinado volumen, es un recurso necesario e imprescindible para el proceso productivo de las plantas de pasta de papel Kraft con blanqueo, como la de Ence Pontevedra, así como la proximidad a recursos hídricos (agua salada o dulce) para la evacuación del vertido, pero no que dichas plantas por su naturaleza o configuración tengan que ubicarse en el dominio público marítimo terrestre, que es lo que exige el artículo 32.1 de la Ley de Costas. Por tanto, pueden situarse en las proximidades, pero fuera de dicho demanio costero, en las proximidades de los ríos o de grandes masas de agua. Y eso es precisamente lo que sucede con otras fábricas de celulosa BHK en nuestro país, como las Torraspapel S.A en Zaragoza y Papelera Guipuzcoana de Zicuñaga S.A., que se sitúan junto a ríos en los que evacuan el efluente, y también con la fábrica de Ence en Navia, que según ambos peritos es equiparable con la de Pontevedra, que se sitúa próxima, pero fuera del demanio costero».*

No obstante, el TS, en sentencias de 6 de marzo de 2023 (recs. 7364/2021 y 7680/2021, ponente: Olea Godoy, incluyen voto particular), estimó los recursos de casación interpuestos por Ence y otros afectados, confirmando en definitiva la prórroga de la concesión.

El alto tribunal concluye que, a este tipo de prórroga concesional, anterior a la reforma del Reglamento General de Costas operada por el Real decreto 668/2022, de 1 de agosto; y a la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático, no se le aplican los requisitos del artículo 32 LC, sino exclusivamente el régimen especial del artículo 2 Ley 2/2013, que sólo requería de un informe favorable de la Administración autonómica, de manera que para obtener la prórroga no era necesario acreditar una vinculación directa entre la actividad en sí y el dominio marítimo-terrestre. Establece el siguiente criterio interpretativo:

*«las concesiones sobre el dominio público marítimo-terrestre que fueron otorgadas en base a derechos anteriores a la entrada en vigor de la LC y conforme a su régimen transitorio, que se acogieron al derecho reconocido en la Ley 2/2013, tienen derecho a una prórroga de hasta setenta y cinco años, computados desde la fecha en le fueran concedida dicha prórroga, manteniendo el mismo régimen de uso y actividad del que venían disfrutando con anterior a la LC, pero con la limitación de que tales prórrogas están condicionadas al otorgamiento de un informe favorable (en otro caso ha de motivarse) del órgano ambiental de la Comunidad Autónoma, en el que se determine los efectos que la ocupación tiene*

para el medio ambiente. Dicha prórroga, conforme a lo establecido en la Ley 2/2013, queda limitada, en todo caso, al mencionado plazo computado desde la fecha que fue otorgada».

## 2.2 Parques eólicos. Fragmentación de proyectos sobre ámbitos vinculados para eludir una evaluación ambiental rigurosa. Requisitos del período de información pública

El TSJG, en su Sentencia de 26 de mayo de 2023 (rec. 7052/2022, ponente: Fernández López), anula el acuerdo del Consello de la Xunta de Galicia de noviembre de 2021 que otorgó autorización administrativa previa y de construcción y declaración de utilidad pública de las instalaciones relativas al proyecto del parque eólico Campelo (A Coruña).

La anulación se funda en dos motivos complementarios. El primero consiste en:

*«la indebida fragmentación del proyecto del parque eólico de Campelo, que no era autónomo e independiente respecto de los del Monte Toural y Bustelo, promovidos por promotoras vinculadas (...).*

*Debe partirse de la definición contenida en el anexo VI de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental, cuya parte A se refiere al estudio de impacto ambiental, mientras que la B se refiere a los conceptos técnicos, entre los que se recoge en su letra n) el de fraccionamiento de proyectos, que se define como el “mecanismo artificioso de división de un proyecto con el objetivo de evitar la evaluación de impacto ambiental ordinaria, en el caso de que la suma de las magnitudes supere los umbrales establecidos en el anexo I”, esto es, para parques eólicos que tengan 50 o más aerogeneradores, más de 30 MW o que se encuentren a menos de dos kilómetros de otro parque eólico en funcionamiento, en construcción, con autorización administrativa o con declaración de impacto ambiental. De este modo, se trata de evitar que, por esta vía, se deje de aplicar el mecanismo de mayor protección ambiental, que es la ordinaria. (...).*

*Lo cierto es que ningún letrado niega que los tres proyectos compartan líneas e infraestructuras de evacuación, como tampoco que cada uno de ellos hubiera sido objeto de estudio de sus efectos acumulativos y sinérgicos, así como de su propia declaración de impacto ambiental, de modo que con ello reconocen abiertamente que se ha producido la fragmentación de la evaluación ambiental de proyectos de tres parques eólicos que, en realidad, no eran autónomos, sino integrados y dependientes entre sí, al compartir estructuras y conexiones, a pesar de que las solicitudes se formularon en fechas distantes entre sí».*

El segundo motivo de anulación se refiere a la vulneración de lo dispuesto en:

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

*«la normativa de la Unión Europea al reducir a la mitad el trámite de información pública; a lo que se añade el hecho de que, con anterioridad, no se hubieran puesto a disposición de la ciudadanía los informes sectoriales».*

Sobre esa última cuestión ya se había pronunciado antes el TSJG, en términos similares, en sendas sentencias de 21 de enero de 2022 (recs. 7196/2020 y 7419/2020), las cuales se hallan actualmente en fase de casación ante el Tribunal Supremo (recs. 3303/2022 y 4795/2022).

### **2.3 Contaminación acústica generada por un local de negocio. Régimen jurídico aplicable. Posibilidad de supervisión, por tiempo indefinido, de su comunicación previa/declaración responsable**

La Sentencia del TSJG de 27 de abril de 2023 (rec. 4407/2022, ponente: Díaz Casales) analiza en detalle el régimen jurídico de los límites de emisión de ruido por los locales de negocio, aplicable a día de hoy en Galicia. E incide por último en que:

*«o(...) tratándose de una cuestión que afecta a derechos fundamentales de quienes se ven expuestos a la contaminación acústica (así lo refiere la St. del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 16 de enero de 2019 en el Asunto Cuenca Zardoso contra España) resulta que las administraciones han de extremar el celo en la vigilancia de que estas actividades se realicen dentro de los márgenes en las que resultan tolerables, lo que nos lleva a concluir que el decreto de archivo, en base al referido informe, no es conforme a derecho y merece ser anulada, en atención a que como tiene declarado el T.S. en la reciente sentencia de 8 de marzo de 2023 (dictada en el recurso de casación 8658/2011) las facultades de comprobación, vigilancia y control de las declaraciones responsables o comunicaciones previas no están sujetas a plazo alguno y pueden realizarse durante todo el tiempo de desarrollo de la actividad».*

### **2.4 Urbanismo. Licencia de obras. La instalación en suelo rústico protegido de equipamientos y dotaciones requiere de la previa aprobación de un plan especial de infraestructuras y dotaciones. Revisión de oficio de las licencias concedidas sin dicho plan especial**

La Sentencia del TSJG de 12 de mayo de 2023 (rec. 4296/2022, ponente: Recio González) confirma la anulación de la licencia de obras otorgada al Real Club Celta de Vigo para la construcción de instalaciones auxiliares deportivas en suelo rústico de especial protección forestal del término municipal de Mos. Y asimismo ordena la revisión de oficio de otra licencia anterior concedida para la construcción de campos de fútbol en el mismo lugar, con la siguiente fundamentación:

«Conforme dispone el artículo 36.1 LSG, los usos contemplados en el artículo 35 como admisibles en suelo rústico serán autorizables mediante licencia municipal (...) Añadiéndose la necesidad de, previa la concesión de licencia municipal, obtener autorización o informe sectorial favorable cuando se trate de suelos rústicos de especial protección (art. 36.2 LSG, que es el presente supuesto). No obstante, también dispone en su punto cuarto que “Los usos contemplados en las letras o) y p) del artículo anterior requerirán la aprobación de un plan especial de infraestructuras y dotaciones”. Queda así delimitado el objeto de este recurso de apelación, que se centra en determinar si el objeto de las licencias era una actividad deportiva con las obras imprescindibles para su uso, como entendió el Concello y la Administración sectorial autonómica y se sostiene por la parte apelante, o si, por el contrario, como refiere la parte recurrente (apelada), y acepta la sentencia recurrida, nos encontramos ante un equipamiento deportivo privado, derivando de ello el que las obras e instalaciones puedan autorizarse mediante licencia municipal o bien requieran la previa tramitación de un plan especial de infraestructuras y dotaciones –PEID–. (...)

se trata de un “equipamiento deportivo privado”: un campo de fútbol doble de 16.576 m2 con un aparcamiento de 5.500 m2, autorizados en la primera de las resoluciones recurridas; y los vestuarios e instalaciones a que se refiere el segundo de los acuerdos; por lo que exceden de las instalaciones mínimas a que se refiere la ley, y se puede considerar dentro de lo que en la propia solicitud de licencias se denomina como equipamiento deportivo, al presentar los planos del proyecto básico. Y también ha de compartirse la consideración de que, con un margen temporal de no más de un año entre uno y otro acuerdo, se han autorizado unas obras que conformarán un conjunto completo que constituye una unidad. De forma que no se está discutiendo que se pueda emplazar en suelo rústico, sino que los que se está debatiendo es si entra en uno u otro de los preceptos citados, y, por consecuencia, precisa de un Plan Especial. (...).

En conclusión, y partiendo de las definiciones más arriba expuestas sobre lo que es un equipamiento deportivo, atendida la circunstancia de que se trata de varios campos de fútbol en un recinto cerrado al aire libre, constituyendo la primera fase de una ciudad deportiva para un equipo profesional de fútbol, se puede llegar a la conclusión de que lo proyectado y licenciado es un equipamiento privado deportivo, con naturaleza dotacional, por lo que, siendo necesaria la previa tramitación y aprobación del plan especial, ha de compartirse la fundamentación de la sentencia apelada cuando se considera en la misma que procede tanto la anulación de la segunda de las licencias, como la revisión de oficio de la primera».

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

## 3 Personal

### 3.1 No cabe reconocerle a un funcionario interino la condición de empleado público fijo sin haber superado antes un procedimiento selectivo, con concurrencia y publicidad, convocado ex profeso para plazas de funcionario de carrera

El TSJG, en su Sentencia de 19 de abril de 2023 (rec. 43/2022, ponente: López González), desestima la pretensión de transformación de su vinculación temporal en fija, formulada por un profesor de educación física que lleva más de diez años como funcionario interino en el mismo instituto de enseñanza secundaria.

Concluye, en primer lugar, que las funciones desempeñadas por el actor carecen de naturaleza estructural, porque, entre otras razones:

*«(...) La figura del profesor especialista tiene carácter excepcional y opcional, no siendo necesaria su existencia en los centros educativos toda vez que solo tienen atribución docente en módulos específicos, por lo que corresponde a la potestad organizativa de la Administración la decisión sobre la oportunidad de que determinados módulos o materias sean impartidos por este personal en atención a su cualificación y a las necesidades del sistema educativo, por lo que las funciones que desempeñan pueden dejar de ser necesarias o pasar a ser ejercidas por funcionarios del Cuerpo de Catedráticos y Profesores de Enseñanza Secundaria. De ahí que no pueda hablarse del desempeño de funciones permanentes y estructurales por parte de los profesores especialistas en fútbol. (...)».*

En segundo lugar, constata que no se puede calificar de fraudulenta la vinculación temporal del recurrente porque:

*«(...) tuvo conocimiento en todo momento de que era por tiempo determinado, a la finalización del cual o por la concurrencia de específicas circunstancias debía cesar. Así, al ser esencialmente temporal, podría ser revocado cuando se procediese a la provisión por un funcionario de carrera o, a juicio de la Administración, cesasen las circunstancias que determinaron dicho nombramiento.*

*La inicial vinculación del demandante con la Administración, aun cuando hubiere podido tener lugar a través de la superación de unas pruebas para su contratación indefinida, no puede ser conceptuada como de acceso al empleo público en virtud de la superación de un proceso selectivo en los términos en que tal concepto se utiliza en el ámbito de la función pública. De ahí que dicha contratación no le genere ninguna expectativa legítima para el futuro, sino que esa contratación o nombramiento es por tiempo limitado y, aunque después se le renueve o vuelva a nombrar, ello es debido a concretas razones que hacen que persista la temporalidad indicada.*

*En aquellos años la Administración se veía muy limitada para cubrir la totalidad de las vacantes producidas, como consecuencia de la imposición de la normativa vinculante a nivel estatal, ya que en las sucesivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado se introdujeron severas limitaciones para aquella cobertura con unas drásticas reducciones de la tasa de reposición de efectivos, por lo que para un adecuado funcionamiento del servicio público resultaba obligado acudir a listas de sustitutos e interinos, de modo que, en cuanto justificado, no cabía hablar de un uso abusivo de la contratación temporal. Así, la tasa de reposición fue del 30 % en 2011, del 10 % en 2012, 2013 y 2014 y del 50 % en 2015, siendo del 100 % desde 2016 a 2019, pero sin que dicha tasa se aplicase sobre la totalidad de las vacantes sino sobre la diferencia resultante entre el número de empleados fijos que, durante el ejercicio presupuestario anterior, dejaron de prestar servicios en cada uno de los respectivos sectores, ámbitos, cuerpos o categorías, y el número de empleados fijos que se hubieran incorporado en los mismos, en el referido ejercicio, por cualquier causa, excepto los procedentes de ofertas de empleo público, o reingresado desde situaciones que no conlleven la reserva de puestos de trabajo (artículo 19.4 de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017).*

*Conviene significar que el demandante o bien no se inscribió en los procesos selectivos convocados o bien no llegó a superarlos, por lo que no consiguió plaza.*

*En el caso enjuiciado no se puede hablar de nombramiento irregular para ocultar la verdadera finalidad de cubrir unas necesidades permanentes.*

*Debe recordarse que el recurrente se ha venido beneficiando de formar parte de la función pública, si bien interinamente y por tiempo determinado.*

*Por tanto, la situación es muy diferente a la que se presenta en el empleo privado, en el que la concatenación irregular de contratos temporales entraña una práctica abusiva y fraudulenta que causa perjuicio al empleado, de modo que la conversión del contrato en indefinido entraña un estímulo idóneo para que el empleador cese en esa práctica irregular.*

*Ni esa situación se produce en el caso presente ni tiene sentido la conversión en fija de una vinculación temporal a la que el actor se acogió voluntariamente en unas condiciones previamente establecidas y acordes a la finalidad que cumple. (...).*

*La única finalidad perseguida era el correcto funcionamiento del servicio público mediante la cobertura del puesto cuya vacante no podía ser ofrecida al empleo fijo, dadas las limitaciones presupuestarias existentes. Además, tampoco se puede hablar de situación de desamparo, incerteza e inseguridad del actor, ya que desde el principio conocía la temporalidad de su nombramiento y las circunstancias que podrían dar lugar a su cese.*

REGAP



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

*Tal cómo han declarado las sentencias del Tribunal Supremo de 24 de abril, 12 y 20 de noviembre y 3 de diciembre de 2019, la superación del plazo de tres años, a que se refiere el artículo 70.1 del RDL 5/2015, no transforma automáticamente los contratos de interinidad por vacante en indefinidos no fijos. (...).*

*Desde el momento en que no cabe apreciar abuso alguno en el nombramiento ni fraude en el mismo, no existe base para adoptar medida alguna de las previstas en la Directiva 1999/70/CE y en la jurisprudencia comunitaria, y mucho menos cabe la conversión de la vinculación temporal en el empleo fijo que se pretende.*

*De todos modos, aunque se hubiera apreciado aquel abuso y fraude en el nombramiento, nunca cabría acoger la pretensión principal de conversión en empleado público fijo, equivalente al funcionario de carrera, porque ello resultaría contrario a los principios de igualdad, mérito y capacidad, recogidos en los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución española, pues, conforme a los artículos 62 del RDL 5/2015 y 60 de la Ley 2/2015, el único modo de adquirir la condición de funcionario de carrera es a través del cumplimiento de los requisitos y exigencias que dichos preceptos contemplan y, entre ellos, el de superar el correspondiente proceso selectivo, desarrollado de conformidad a los sistemas establecidos en los artículos 61.1 del EBEP y 57.1 de la Ley 2/2015 (oposición o concurso-oposición), entre los cuales no se prevé la inclusión en listas de funcionarios interinos o de vinculación temporal. Es más, el artículo 25.4 de la Ley 2/2015 establece que “La prestación de servicios en régimen interino no constituye mérito preferente para la adquisición de la condición de personal funcionario de carrera”.*

*Decimos que no resulta procedente el reconocimiento de la condición de empleado público fijo, porque para la adquisición de esa condición siempre sería imprescindible la superación de un proceso selectivo, de modo que si no es como funcionario de carrera sólo podría ser como personal laboral fijo y para ello resulta necesaria la selección por los sistemas de oposición o concurso-oposición o, excepcionalmente, por concurso de méritos, tal como se establece en el artículo 57.2 de la Ley 2/2015 (“El personal laboral fijo puede ser seleccionado por los sistemas de oposición o concurso-oposición, con las características establecidas en el artículo anterior, o, excepcionalmente, por el sistema de concurso de valoración de méritos”). (...).*

*Por lo demás, aunque se pudiera acoger la pretensión del reconocimiento de la condición de empleado público fijo, lo que no cabría es la permanencia en el puesto de trabajo que actualmente ocupa, ya que incluso a quienes superan el proceso selectivo no se les puede garantizar un puesto determinado, pues lo que se logra es una plaza que no se concreta en un puesto específico hasta que, finalizado todo el proceso selectivo, se convocan puestos singulares, debiéndose tener presente que entre la convocatoria y la culminación del proceso selectivo son muchas las variaciones e incidencias que pueden producirse en torno a las plazas a cubrir en su día.*

*Tampoco sería posible el mantenimiento en el puesto que ocupa hasta la cobertura definitiva o amortización, pues, para ello, sería imprescindible la constatación previa de la utilización abusiva del nombramiento, tal como se deduce de la sentencia del Tribunal Supremo n. 1425/2018, de 26 de septiembre, y ya hemos visto que en el caso presente no existe base para dicha apreciación.*

*La reciente sentencia de 19 de marzo de 2020 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea recalca el apoderamiento al juez nacional para la apreciación de la concurrencia del fraude en la contratación o en los sucesivos nombramientos. En todo caso, no debemos olvidar que la Directiva comunitaria de referencia no es de inmediata y directa aplicación en el derecho interno, sino que corresponde al juez nacional su interpretación y aplicación conforme a la normativa propia.*

*En el presente caso, además, desde el momento en que no cabe apreciar abuso en el nombramiento ni fraude en el mismo, no existe base para adoptar medida alguna de las previstas en la Directiva 1999/70/CE y en la jurisprudencia comunitaria, y mucho menos cabe la conversión de la vinculación temporal en el empleo fijo que se pretende».*

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

### **3.2 Personal de los grupos de emergencias supramunicipales. Vínculo laboral temporal**

La Sentencia del TSJG de 29 de marzo de 2023 (rec. 81/2022, ponente: Sánchez Romero) analiza la convocatoria y las bases aprobadas por un ayuntamiento para la contratación de personal laboral temporal (11 peones) en el grupo de emergencias supramunicipal (GES) de A Paradanta. Dicha contratación se había realizado en el marco del convenio de colaboración suscrito por la Xunta de Galicia, la Federación Galega de Municipios e Provincias y las diputaciones provinciales, en materia de emergencias y prevención y defensa contra incendios forestales, para el desarrollo de los GES, como grupos operativos en emergencias de ámbito supramunicipal, para completar el mapa de emergencias de Galicia.

La sentencia toma como punto de partida los siguientes presupuestos:

*«En el citado convenio se señala que los GES se situará estratégicamente en 24 localidades, que por tener carácter supramunicipal permiten ofrecer cobertura, junto con los demás servicios de emergencia, a un total del 90-97 % de la población. Con carácter general, cada grupo se conforma por 12 efectivos, y en el caso de que el GES tenga base compartida podrá estar integrado por 12,16, 18 o 19 efectivos. En todos los casos, cada GES contará con una estructura profesionalizada y de carácter permanente, que dé cobertura a toda la zona de actuación del grupo conforme al Anexo I, en el que se recoge también su sede. En lo que se refiere a la selección, formación y operatividad de los componentes de estos grupos, se estará a lo dispuesto en el Anexo VIII.*

*En la cláusula cuarta del convenio se indican las funciones, esencialmente en el ámbito, entre otras, de la acción contra incendios forestales, gestión de la biomasa, prácticas preventivas, actuaciones de prevención de la avispa velutina, intervenir en situaciones de riesgo y emergencia para mantener a la seguridad de carreteras, colaborar con los grupos de acción establecidos en planes municipales, actividades en materia de sanidad y salubridad pública, ...*

*En la cláusula sexta se indica que los GES dependerán, tanto jurídica como orgánicamente del ente local por el que fueron contratados, y en ningún caso sus integrantes tendrán vínculo laboral con la Administración General de la Comunidad Autónoma ni con las Diputaciones Provinciales.*

*Se establece en la cláusula séptima y octava, respectivamente, lo relativo a la financiación en materia de prevención de incendios forestales, y en materia de emergencias y extinción de incendios forestales.*

*En los compromisos de las partes se recoge el de colaboración en la financiación del coste que suponga la operatividad de los GES, tanto por parte de la CA de Galicia, como de las Diputaciones Provinciales. La FEGAMP se compromete a coordinar el proceso de adhesión de los Concellos al Convenio. Y se recoge asimismo a qué se comprometen los Concellos adheridos.*

*El Anexo VIII del Convenio se refiere a los medios personales. Y se indica que son los Concellos los encargados de la selección del personal, y que en el caso de que fuese necesario seleccionar nuevos efectivos, habrá de hacerse por el sistema de concurso-oposición, respetando los principios de igualdad, mérito y capacidad y la normativa de selección de los empleados públicos. Se señala que el Concello asumirá la posición de empresario o contratante, y asumirá en exclusiva las obligaciones legales y convencionales correspondientes. Se señalan los requisitos exigidos a los aspirantes para participar en el proceso selectivo. Se regula lo relativo a la fase de concurso, así como el temario mínimo para la fase de oposición, y se indica que, superado el proceso de selección, con carácter previo al ingreso en el grupo, se realizará un curso teórico-práctico que se impartirá en la Academia Galega de Seguridad Pública (...).*

El TSJG concluye que es correcto el vínculo laboral (no funcionarial) y temporal otorgado a estos operarios, toda vez que:

*«en primer lugar, no tienen la consideración de bomberos y sus funciones no se identifican con las propias de éstos, al abarcar otros ámbitos, y, en segundo lugar, tampoco prestan servicio para una Administración Local, sino que su actuación es supramunicipal, por lo que las manifestaciones efectuadas sobre el régimen de los bomberos y el carácter de su relación con la Administración Local, no es automáticamente trasladable a este supuesto (...).*

*[además] el Convenio no tiene vocación de permanencia indefinida, de modo que carecería de sentido que se hubieran de convocar puestos de carácter funcional para quienes están llamados a prestar sus servicios durante un período de tiempo determinado. En efecto, así como el Servicio de Extinción de Incendios de un Ayuntamiento pertenece a la Escala de Servicios Especiales y está compuesto por funcionarios (artículo 172.1 RDL 781/1986), porque los servicios que prestan son estructurales y permanentes, no se puede afirmar lo mismo de las tareas asignadas a los peones de los GES, quienes, al estar ligados al Convenio de colaboración, tendrán que tener la misma duración máxima que éste (...). En el caso presente lo que no es permanente es la prestación del servicio con carácter supramunicipal, que es precisamente a lo que da lugar el Convenio de colaboración. Surge con la idea de servir de complemento al mapa de emergencias de Galicia, y sin el objetivo definido de crear un Grupo estable con unos trabajadores fijos. En efecto, no pueden identificarse las tareas de extinción de incendios forestales que desarrolla el Servicio de bomberos de un Concello, que son estructurales y se limitan al ámbito del propio Ayuntamiento, por lo que es lógico que hayan de ser funcionarios los que componen ese Servicio, con las que desempeñan los peones de los GES (aunque una de sus funciones es la de intervenir en incendios forestales y urbanos en el ámbito territorial de su demarcación, aunque para ese caso se exija que actúen en coordinación técnica con el distrito forestal o con el parque comarcal de bomberos, de existir éste), que se crean temporalmente como grupos operativos de emergencias para acometer labores diferentes de carácter supramunicipal y a in de completar el mapa de emergencias de Galicia. (...). no se aprecia razón alguna por la que en principio no pueda emplearse la fórmula del contrato de obra o servicio determinado con aquel plazo máximo de duración, de modo que se antoja excesivo obligar a la contratación de personal laboral fijo para el desempeño de labores que se van a acometer en un período de tiempo concreto con un final predeterminado, coincidente con el final de la vigencia del Convenio de colaboración».*

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

### **3.3 Ampliación de licencia por nacimiento en familias monoparentales. Exclusión de las seis semanas inmediatas al parto**

El TSJG, en sus sentencias de 15 de noviembre de 2022 y 10 de abril de 2023 (recs. 21/2022 y 140/2022, ponentes: Sánchez Romero y Bolaño Piñeiro), reconoce el derecho de sendas funcionarias de la Administración del Estado a ampliar la licencia por nacimiento de hijo, por el período que le habría correspondido al otro progenitor de no tratarse de una familia monoparental, pero excluyendo las seis semanas inmediatas al parto. La Sala alcanza esa conclusión:

*«(...) en una interpretación del artículo 49 del EBEP que debe hacerse, de conformidad con los principios generales del derecho y las normas internacionales, desde*

*la perspectiva de la protección del interés superior de la menor, la prohibición de discriminación por la única razón de integrarse en familia monoparental, y la perspectiva de género.*

*En cuanto a la duración del permiso solicitado, la recurrente solicita que le sea reconocido el derecho al disfrute del permiso de paternidad, por un periodo de: 16 semanas como Petición Principal. 10 semanas como Petición Subsidiaria.*

*De conformidad con los razonamientos anteriormente expuestos, no procede reconocer la totalidad de las semanas solicitadas como pretensión principal, ya que debe tenerse en cuenta que la recurrente ha disfrutado ya de 6 semanas ininterrumpidas inmediatamente seguidas al parto (30/12/2021 a 20/04/2022), y que el permiso que correspondería al otro progenitor también exige que 6 semanas se disfruten inmediatamente siguientes al parto, por lo que éstas han de excluirse, pues de otro modo se originaría una desigualdad indeseada, pues entonces, la familia monoparental disfrutaría de 32 semanas (16 de la madre y las 16 del otro progenitor que acumula), frente a las 26 que disfrutaría la familia biparental en caso de alternancia entre los progenitores en lugar de disfrute conjunto. Por tanto, las semanas a las que cabría ampliar el permiso serían diez (...)».*

### **3.4 Inexigencia de colegiación de los profesionales de la sanidad pública**

El TS, en su Sentencia de 2 de diciembre de 2022 (rec. 6124/2021, ponente: Lucas Murillo), ratifica la del TSJG recurrida, concluyendo que: «a falta de una ley o disposición con fuerza de ley estatal no cabe exigir a la Administración que exija el cumplimiento de la obligación de colegiación de los empleados públicos que ejercen profesiones sanitarias». Con estos razonamientos:

*«(...) si observamos los requisitos exigidos por los artículos 20 y 29 y siguientes de la Ley 55/2003 para acceder a plazas de profesionales sanitarios de los Servicios de Salud, no se incluye entre ellos el de estar colegiado. Del mismo modo, la Ley 44/2003, pese a identificar con bastante detalle los principios a los que debe someterse el ejercicio de las profesiones sanitarias y prever, incluso, la exigencia de la colegiación cuando esté legalmente prescrita no impone a la Administración controlar su cumplimiento.*

*Por otra parte, debe tenerse en cuenta que no es lo mismo el ejercicio privado de una profesión sanitaria que su desempeño en la Administración Pública para el que se requiere la superación de los correspondientes procesos selectivos y respetar las reglas que rigen la prestación del servicio público cuya observancia procura la propia Administración. Además, se ha de tener en cuenta que, en principio, corresponde a los colegios de las profesiones reguladas velar por los intereses de las mismas. Por eso, les reconoce y da relevancia el artículo 36 de la Constitución.*

*Encomendar al Servicio Gallego de Salud, esto es, a la Administración vigilar el cumplimiento de la obligación legal de colegiarse, es decir, prever una intervención pública en la esfera confiada a los colegios profesionales es una excepción a esa regla y, en cuanto tal, debería contar con una previsión legal expresa.*

*En este contexto normativo, no parece irrazonable la posición mantenida por el Servicio Gallego de Salud que han confirmado materialmente el Juzgado, primero, y la Sección Segunda de la Sala de La Coruña después».*

### 3.5 Suspensión provisional de funciones de empleado público procesado ante la jurisdicción penal. No puede superar los seis meses

La Sentencia del TSJG de 22 de marzo de 2023 (rec. 481/2021) concluye, en primer lugar, la procedencia de la imposición por la Administración de la medida provisional de suspensión de funciones a un funcionario condenado en sentencia penal que carece todavía de firmeza. No obstante, limita la duración máxima de dicha medida a un período de seis meses. Toma como referencia la Sentencia del TS de 27 de enero de 2022 (rec. 6275/2018), en la que se establece lo siguiente:

*«Esta Sala entiende que la duración máxima de seis meses allí prevista [art. 98.3 del EBEP] rige para toda suspensión provisional de funciones acordada por la Administración en el curso de un procedimiento disciplinario, con dos únicas excepciones: primera, que haya paralización del procedimiento disciplinario por causa imputable al interesado; y segunda, que haya prisión provisional u otra medida acordada por el Juez que impida al funcionario desarrollar sus funciones. (...) la respuesta a la cuestión declarada de interés casacional objetivo es que la duración máxima de seis meses establecida por el art. 98.3 del EBEP es aplicable durante la sustanciación de un proceso penal, salvo que haya prisión provisional u otra medida judicialmente acordada que impida al funcionario desarrollar su trabajo».*

## 4 Proceso contencioso-administrativo

### 4.1 Requisitos de las medidas cautelares. *Fumus boni iuris*. Excepción a la exigencia de caución

El TSJG, en su Auto de 16 de diciembre de 2022 (rec. 7051/2022, ponente: Villares Naveira), estima la solicitud de medidas cautelares formulada por dos asociaciones ecologistas y suspende la ejecutividad de la resolución de la Xunta de Galicia de julio de 2021 que autorizó la construcción del parque eólico Monte Toural (A Coruña).

REGAP



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

El auto aprecia, como causa determinante de la suspensión cautelar, la “apariencia de buen derecho” (*fumus boni iuris*) de la pretensión de los actores en el proceso principal. Y ello tras constatar que las autorizaciones anteriores de otros parques eólicos, otorgadas en similares condiciones, han sido ya anuladas en sucesivas sentencias del TSJG (por fragmentación artificiosa del proyecto eólico, así como contravención del derecho interno y de la UE sobre requisitos formales del trámite de información pública). El tribunal valora especialmente que: *«a xurisprudencia ten admitido a proxección da aparencia de bo dereito ante supostos análogos de apreciación de causas de nulidade cos que constitúen a ratio decidendi do procedemento en curso, e fíxo ademais entre outros, en supostos relativos á impugnación de autorizacións administrativas para a construción de parques eólicos onde estaba comprometida a correcta aplicación do dereito comunitario»*.

En segundo lugar, considera que el perjuicio que se le infiere a la empresa titular de las autorizaciones por esta suspensión cautelar, en la hipótesis de que la sentencia finalmente fuese desestimatoria, es notablemente inferior al que se generaría en la situación inversa (sentencia anulatoria sin previa suspensión cautelar).

En tercer lugar, exime a las asociaciones demandantes de la obligación de constituir una caución, toda vez que:

*«as recorrentes son entidades sen ánimo de lucro e sen actividade mercantil xeradora de ingresos, a imposición de caución pode determinar a imposibilidade de outorgar unha suspensión cautelar, aínda que se desen os supostos previstos legalmente para facelo, por un feito externo a eles como é a prestación de fianza. Dado que esta non se configura no art. 133.1. LXCA como obrigatoria, é facultade do Tribunal, pero tamén deber, ponderar os casos en que procede esixila e en cal non. E neste caso entende a Sala que non procede. Primeiro, e acollendo os argumentos xurisprudenciais expostos, porque a aparencia de bo dereito debilita a posición de presunción de legalidade do acto e polo tanto debe incidir no acceso á suspensión da executabilidade que habitualmente a acompaña, neste caso mediante dispensa da caución (...); e segundo, porque o ben xurídico aquí cualificado, en función das circunstancias concorrentes, como prevalente, ten un interese público de primeira magnitude que interpela ao conxunto da cidadanía e por iso se confire acción pública en defensa da legalidade en materia ambiental (art. 22 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) e se sitúa ás entidades de defensa do medio ambiente nunha posición relevante de tutela de intereses colectivos»*.

## 4.2 Recurso de casación autonómico. Requisitos de procedibilidad. Necesidad de que existan criterios contradictorios dentro de una misma sala o de una sección especializada

El Auto del TSJG de 13 de diciembre de 2022 (rec. 4177/2021) establece, en términos restrictivos, los requisitos de admisión de los recursos de casación autonómica interpuestos contra sus sentencias. Incide en que:

*«(...) Conforme al criterio de esta sección de casación, en una Sala de lo contencioso-administrativo, como la del TSJ de Galicia, que se divide en secciones funcionales especializadas con competencia para el conocimiento de los recursos que versan sobre determinadas materias –la Sección 2ª lo es en materia urbanística– son estas secciones las que deben de sentar un criterio interpretativo de las normas autonómicas sectoriales aplicables por razón de esa materia, y son estas secciones especializadas las que conforman el criterio o doctrina de la propia Sala (...). la deficiente técnica legislativa empleada en la redacción del artículo 86.3 LJCA, ha dado lugar a una disparidad de criterios en la aplicación de esta norma, y junto con las incertidumbres y lagunas que caracterizan a esta regulación legal, todo ello sirvió para que el Tribunal Constitucional (TC) dictase varios autos y sentencias, que aun así no resuelven la cuestión ahora controvertida (...). El TC no llegó a resolver si el criterio que defiende esta sección especial, coincidente con el que siguen otros tribunales superiores de justicia, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva. Este criterio se asienta principalmente en la función unificadora que debe desempeñar el recurso de casación por infracción de normativa autonómica, que está llamada a cumplir cuando existan criterios contradictorios dentro de una misma Sala, limitando la aplicación del artículo 88.3 a) LJCA a aquellos casos en los que exista contradicción entre sentencias de la misma Sala sobre cuestiones sustancialmente iguales; cuando la doctrina que se recoge en la sentencia recurrida se aparte de la previamente existente, o cuando sea necesario matizarla, precisarla (...). Esta Sala no ha exigido una total y absoluta identidad entre el supuesto enjuiciado y el de la sentencia de contraste, sino una “identidad sustancial” que, en este caso, y previo estudio singularizado de las sentencias de contraste, no se ha apreciado».*

## 4.3 Competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para la impugnación de resoluciones de las universidades públicas de evaluación de los méritos docentes de personal laboral

El TSJG, en su Sentencia de 27 de febrero de 2023 (rec. 472/2022, ponente: Seoane Pesqueira), declara que le corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa, y no a la social, el conocimiento de los recursos del personal laboral de una universidad pública (profesor asociado) frente a las resoluciones rectorales de evaluación de méritos docentes:

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

«(...) la delimitación general sobre la jurisdicción competente para resolver los conflictos del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas se establece de modo que la línea de separación entre la competencia del orden social y la del orden contencioso administrativo se encuentra en el momento de la constitución del vínculo, correspondiendo al orden contencioso-administrativo lo relativo a la revisión de la legalidad de los actos administrativos que dan lugar al acceso a la relación laboral, en tanto que corresponde a la jurisdicción laboral el conocimiento de los conflictos derivados del desarrollo y extinción de la relación laboral, como se desprende de los autos del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1996 y 22 de marzo de 1999.

En consecuencia, la jurisdicción contencioso-administrativa conoce de los conflictos derivados del acceso desde el exterior a la Administración hasta que finaliza el proceso selectivo, en tanto que la jurisdicción social conoce de los concursos, prueba o medios objetivos de acceso o traslado, y todo lo relativo al desarrollo de la relación laboral, que se verifican intramuros de la Administración empleadora y sus empleados. En el mismo sentido las sentencias de la Sala 4ª del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 2000 (Sala General), 5 de julio de 2001 y 5 de octubre de 2005, han declarado que corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de la impugnación de los actos de las Administraciones públicas en materia de selección de personal laboral, y ello porque en ese caso la Administración no actúa en materia de selección como empresario dentro del marco de un contrato de trabajo existente y aplicando normas laborales respecto a una persona que ya tiene la condición de trabajador, sino como autoridad pública que ejerce una potestad administrativa en orden a la selección de personal. Es decir, en ese caso la actuación administrativa es previa al vínculo laboral y predomina en ella el carácter de poder público, pues la Administración está obligada a seguir lo dispuesto en la legislación de función pública.

Por tanto, como regla general cuando la Administración actúa claramente como empresario en el marco de una relación contractual establecida y aplicando normas de indiscutible carácter laboral respecto a un personal que ya tiene la condición de trabajador, la competencia es de la jurisdicción laboral.

Ahora bien, esa regla general puede excepcionarse cuando la Administración no actúa como empleadora, sino en un cometido diferente que puede insertarse en una actuación administrativa ajena al Derecho del Trabajo, porque en ese caso no puede afirmarse que la controversia surja entre empleador y empleado como consecuencia del contrato de trabajo ni que verse sobre materia laboral ni dentro de la rama social del Derecho. En ese caso el criterio directriz para la distribución competencial es el área jurídica en que incide.

Ello es lo que ocurre en el caso presente, en el que se impugna la actuación de la Universidad de Vigo en un ámbito ajeno al contrato de trabajo, porque el

*reconocimiento o denegación de los méritos docentes solicitados tiene carácter administrativo, en cuanto que su finalidad es evaluar y, en su caso, homologar la actividad docente de los solicitantes, aunque estos tengan vínculo laboral con la Universidad, y pese a que de ello puedan derivarse efectos retributivos en favor de quien postula aquel reconocimiento. No importa que quien lleva a cabo esa labor evaluadora sea al mismo tiempo la empleadora, porque al reconocer o denegar esos méritos no actúa como tal empleadora.*

*En la sentencia apelada se incide en que el acto impugnado ha sido dictado por la Administración empleadora, en concreto la Universidad de Vigo, pero se olvida que en ese caso la Administración no actúa como empresario en el marco de una relación contractual establecida y aplicando normas de carácter laboral respecto a un personal que ya tiene la condición de trabajador, sino con la finalidad de evaluar y homologar la actuación de los docentes tras una convocatoria destinada a que estos promuevan la correspondiente solicitud.*

*En definitiva, lo impugnado es una actuación administrativa y la resolución administrativa se ha dictado fuera del marco laboral, al margen de que si se reconocen los méritos alegados posteriormente podrán tener incidencias retributivas en ese ámbito, lo cual no convierte en laboral aquel primer conflicto, derivado del reconocimiento, ya que es de índole puramente administrativa. Como dice la STS de 17 de noviembre de 2020, son dos ámbitos de actuación distintos, cuya discusión debe encauzarse separadamente ante cada uno de los órdenes jurisdiccionales que corresponda, el contencioso-administrativo en lo relativo a la impugnación de la denegación de reconocimiento de los méritos docentes y el social en lo concerniente, en su caso, a la retribución salarial posterior.*

*En consecuencia, lo impugnado entra plenamente en el ámbito del artículo 1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.*

*Por todo lo cual procede la estimación del recurso de apelación, y consiguiente declaración de que el conocimiento del presente asunto corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa, debiendo pronunciarse el Juzgado sobre el fondo del asunto a fin de no privar a las partes de una instancia y que tengan la posibilidad, en su caso, de impugnar la decisión que sobre el fondo tenga lugar por parte del Juzgado. (...)».*

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

#### **4.4 Legitimación activa de corporación local para impugnar el planeamiento general de otro municipio. Debe acreditar la existencia de un derecho o interés legítimo afectado por el plan impugnado**

La Sentencia del TSJG de 28 de abril de 2023 (rec. 4102/2021, ponente: Martínez Quintanar) desestima el recurso interpuesto por un ayuntamiento frente a la aprobación definitiva de la modificación puntual del planeamiento general de otro municipio. Realiza un interesante análisis sobre la legitimación activa de las corporaciones municipales para recurrir los planes urbanísticos de otros ayuntamientos. Concluye que en estos supuestos no se puede amparar, por sí sola, en la “acción pública urbanística”:

*«(...) La sentencia del Tribunal Constitucional 8/2008, de 21 de enero ... sobre la legitimación de las Administraciones Públicas para el ejercicio de la acción popular, reconocida a los ciudadanos, se remite a un pronunciamiento anterior, declarando que nada impide la ampliación del término “ciudadanos” a las personas jurídico-públicas a la luz del reconocimiento a las mismas de la titularidad en ámbitos específicos del derecho a la tutela judicial efectiva, pero en función de lo que se determine por las leyes al regular las acciones que se pueden ejercitar por dichas personas jurídico-públicas, en estos términos:*

*“A continuación la STC 311/2006 señala que la Sentencia del Pleno 175/2001 afrontó la cuestión de la titularidad del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión por parte de las entidades jurídico-públicas, y señala que en ella se dijo que nada impide la ampliación del término “ciudadanos” a las personas jurídico-públicas a la luz del reconocimiento a las mismas de la titularidad en ámbitos específicos del derecho a la tutela judicial efectiva. (...) También este segundo argumento había obtenido respuesta en la tantas veces citada STC 311/2006, de 23 de octubre, cuyo fundamento jurídico 5 considera que, cuando la Ley autonómica prevé que la Comunidad Autónoma se persone como acción popular en algunos procesos seguidos por violencia de género, esa posibilidad legal “no puede desconocerse por los órganos judiciales e inaplicarse”, como ocurre de facto en el presente caso, con el argumento de que con ello se crea una nueva forma de acusación que invade la legislación estatal y contradice la doctrina del Tribunal Constitucional.*

*A estos efectos la STC 311/2006 retoma la STC del Pleno 175/2001 para recordar que “corresponde a la Ley procesal determinar los casos en que las personas públicas disponen de acciones procesales para la defensa del interés general que tienen encomendado” y que, una vez que la Ley ha incorporado dichos mecanismos procesales, “la interpretación judicial de las normas de acceso al proceso estará guiada, también en relación con las personas públicas, por el principio pro actione cuando se trata del acceso a la jurisdicción, ya que la limitación del alcance del*

art. 24.1 CE en relación con las personas públicas actúa respecto del legislador, no en relación con el juez” (FJ 2.a).

Por lo demás, la STC 311/2006 concluye que “los órganos judiciales no pueden fiscalizar las normas postconstitucionales con rango de ley” y añade, acto seguido, que “en el ejercicio de la jurisdicción de amparo, desde la perspectiva del derecho de acceso al proceso aquí alegado, existiendo una ley vigente, no impugnada ante este Tribunal, que prevé la posibilidad de ejercicio de la acción popular por la Generalitat Valenciana, no compete a este Tribunal pronunciarse sobre la oportunidad de tal previsión legal ni sobre su constitucionalidad” (FJ 5)”.

En aplicación de esta doctrina constitucional, hay que esclarecer si alguna ley atribuye a las Corporaciones Locales la legitimación para el ejercicio de la acción pública en materia urbanística (y consecuentemente para impugnar instrumentos de planeamiento aprobados por otra Corporación Local), y la respuesta es negativa. La acción pública como título legitimador de la acción en materia urbanística aparece regulada como derecho de los ciudadanos, no de las personas jurídico-públicas.

Así lo apreció ya en una ocasión una sentencia de esta Sala y Sección, citada por el Letrado de la Xunta de Galicia, en concreto la sentencia de 06/11/2014, N.º de Recurso: 4358/2013 N.º de Resolución: 848/2014, que se pronunciaba en estos términos respecto a la legitimación del Ayuntamiento de O Corgo para impugnar las Órdenes de 22-2-2013 y 8-10-2013 de la Consellería de Medio Ambiente, Territorio e Infraestructura por las que, respectivamente, se dio aprobación definitiva al Plan Xeral de Ordenación Municipal de Láncara:

“También alegan las partes demandadas en sus contestaciones que la pretensión principal del Ayuntamiento de O Corgo no puede ampararse en el ejercicio de la acción pública, y que solamente puede impugnar el PXOM del Ayuntamiento de Láncara en aquello que le afecta directamente, como son los extremos a los que se refiere la pretensión subsidiaria. En esto ha de dárseles la razón, visto lo que disponen los apartados e) y h) del artículo 19.1 de la Ley jurisdiccional sobre la legitimación ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. El primero, referido a los entes locales, la limita a lo que afecte al ámbito de su autonomía, y el segundo atribuye el ejercicio de la acción popular a los ciudadanos. El artículo 48.1 del vigente texto de la Ley del Suelo dice simplemente que será pública la acción para exigir la observancia de la legalidad territorial y urbanística, pero el artículo 4.f) de la misma incluye entre los derechos de los ciudadanos el ejercicio de la acción pública para hacer respetar dicha legalidad. Este concepto de ciudadanos puede extenderse a personas jurídicas que los agrupan, e incluso a entidades que ejercen funciones públicas en algunos aspectos de su actividad, como han declarado algunas resoluciones jurisdiccionales, pero no a las Administraciones en sentido estricto (...).

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

*En este caso, existen motivos de impugnación que carecen de un punto de conexión material con la esfera de intereses de la Corporación Municipal demandante, que carece de competencia para determinar cómo debe ser la clasificación del suelo fuera de su territorio y que solo puede impugnarla en cuanto de la misma se derive algún perjuicio alegado y acreditado para su propio territorio y para la esfera de intereses sobre los que ostenta competencia, sin que se pueda erigir en un ente fiscalizador de forma genérica de la legalidad formal de las actuaciones desarrolladas por el ente local vecino, suplantando las competencias que a este respecto corresponden a otras Administraciones, específicamente en materia de protección medioambiental y de protección del patrimonio cultural y de utilización del sistema general viario. (...)».*

## 5 Responsabilidad patrimonial

### 5.1 Reclamación indemnizatoria de centro sanitario concertado por los perjuicios derivados de la reordenación asistencial impuesta por la Xunta de Galicia durante el primer estado de alarma en la pandemia de coronavirus

La Sentencia del TSJG de 19 de mayo de 2023 (rec. 7052/2023, ponente: Fernández López) confirma en segunda instancia la desestimación de la indemnización de más de un millón y medio de euros reclamada a la Xunta de Galicia por un centro hospitalario concertado de Lugo por los perjuicios padecidos entre el 15 de marzo y el 21 de junio de 2020 en cumplimiento de las instrucciones sanitarias impuestas por el Servicio Galego de Saúde (Sergas) en el contexto de la pandemia de coronavirus COVID-19. La sentencia se motiva, entre otras, en las siguientes consideraciones de interés:

*«(...) la lesión patrimonial no derivó de un comportamiento antijurídico imputable a la administración, sino de una actuación causal, justificada y legítima que, según la empresa titular del “Hospital Quirón Lugo”, fue originada a raíz de la Instrucción 6/2020 del gerente del Servicio Galego de Saúde, a su vez dictada al amparo de un acuerdo gubernativo superior que declaró la situación de emergencia sanitaria en Galicia, originada por la pandemia del COVID-19. Ello supone que el régimen general descrito al comienzo ceda ante el especial aplicable, que fue al que acudieron los letrados de las partes litigantes y que tuvo presente el juzgador de instancia, que es el regulado en los artículos 3.2 de la Ley Orgánica 4/1982, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, y 120 de la Ley de 16 de diciembre de 1954, de expropiación forzosa (...).*

*la Instrucción 6/2020 dispuso unas medidas transitorias dirigidas a proteger al personal de sus centros de atención primaria y hospitalaria, así como a los de*

los concertados, y a los usuarios; en concreto, y en lo que se refiere a los centros hospitalarios, esa instrucción les facultó para que pudieran suspender o aplazar determinadas actividades quirúrgicas ya programadas, así como consultas no urgentes y los programas de cribado, al tiempo que potenciaba la consulta telefónica y la atención domiciliaria de los pacientes (...). Se discute si esas medidas eran imperativas o potestativas para los centros concertados (...). con base exclusivamente en la referida instrucción, no tenía razón la titular del “Hospital Quirón Lugo” (...) en que la autoridad sanitaria le había impuesto “de forma directa” dos decisiones, en concreto la puesta a disposición del centro y la paralización de su actividad asistencial normal no urgente durante el período comprendido entre el 15.03.20 y el 21.06.20. Por lo tanto, con base en aquel instrumento, no tenía derecho a percibir compensación económica alguna por la gestión de sus servicios sanitarios. (...).

La circunstancia de que la Instrucción 6/2020 no contuviera un mandato de puesta a disposición del hospital de la apelante, ni que hubiera ordenado la paralización de su actividad asistencial, no significa que el Servicio Galego de Saúde no debiera responder de las lesiones padecidas en el caso de que, mediante alguna resolución singular, hubiera realizado tales mandatos, ya se hubieran dirigido a hospitales privados, o ya a concertados fuera de los términos de su contrato concesional, pues en tal caso se estaría en presencia del derecho que a la perjudicada le confiere los artículos 3.2 de la LOEAES y 120 de la LEF. No cabe duda de que en el primero de aquellos supuestos procedería la compensación de los gastos acreditados en que hubieran incurrido los centros privados, lo que sería el caso de la situación originada en el territorio de la Comunidad Autónoma de Castilla y León (...). [Pero en este caso en concreto la actora no acreditó] la orden clara y precisa de realizar aquello que fundó la pretensión compensatoria, esto es, la entrega del hospital al Servicio Galego de Saúde y la paralización de la actividad asistencial concertada».

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

## 5.2 Responsabilidad por la anulación judicial de una licencia provisional de obras y actividad

La Sentencia del TSJG de 28 de marzo de 2023 (rec. 4265/2022, ponente: Recio González) ratifica la de instancia, en la que se condena a un ayuntamiento al pago de una indemnización por los daños y perjuicios derivados de la anulación judicial de una licencia provisional concedida para la instalación de una fábrica en suelo urbanizable pendiente de planeamiento de desarrollo y de gestión urbanística. En la sentencia recurrida (de 10 de mayo de 2022 del Juzgado Cont.-Ad. 1 de Pontevedra, proc. ord. 339/2020), ahora confirmada, se realizan las siguientes consideraciones de interés:

«(...) se concluye que en principio la anulación judicial de las referidas licencias sí habría generado un derecho indemnizatorio en favor de la actora, toda vez que:

– Los actos anulados son de carácter reglado y no discrecional. Para su adopción no se tuvieron que aplicar conceptos jurídicos indeterminados, con un margen de razonable apreciación. No se ajusta por ello a este supuesto la jurisprudencia exigente de responsabilidad sobre el “acto razonado y razonable” antes señalada.

– Pero, por otra parte, tampoco se puede aplicar la doctrina del “riesgo empresarial” o de “sospecha de la connivencia”. A la actora se le había dado a entender en información urbanística previa, comunicada por escrito, la posibilidad de obtener la licencia provisional en cuestión. No constan informes desfavorables de los técnicos municipales durante la tramitación de los expedientes de la licencia, ni una hipotética “presión” de la actora para removerlos conminando a la Administración municipal a tomar una decisión de riesgo. La clasificación del suelo era de “apto para urbanizar, uso industrial”, previéndose en las NNSS expresamente un régimen transitorio que permitía las licencias provisionales para construcciones industriales (pág. 71 del BOP núm. 236, de 12/12/1994). A diferencia de la Administración municipal, la actora, mercantil dedicada a la actividad industrial, no tenía por qué saber que sobre ese régimen transitorio de las NNSS prevalecían otras determinaciones de la Ley 9/2002, de 30 de diciembre (LOUGA) sobrevenida. No se ha probado por tanto que hubiese actuado con “dolo”, ni con “negligencia grave” al promover esta actuación urbanística.

– El otorgamiento de una licencia “provisional” no conlleva la facultad municipal de “extinguirla” unilateralmente de manera discrecional en cualquier momento sin indemnización. Su titular ostenta el derecho a que la licencia se mantenga vigente y eficaz mientras no se cumpla la condición resolutoria a la que se vincula. En este caso dicha condición venía constituida por el futuro desarrollo urbanístico del ámbito, pendiente de ordenación pormenorizada, equidistribución y urbanización. Si la nave construida resultase finalmente incompatible con esa futura ordenación detallada, al ejecutarse la urbanización debería demolerse sin indemnización. Pero no antes.

En este supuesto se ha anticipado la “extinción” de la licencia por una causa distinta, no prevista en la condición resolutoria, como consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración. Se ha frustrado la legítima expectativa de la actora de amortizar la inversión realizada mediante la explotación de la instalación durante un período temporal más amplio que no se llegó a cumplir. Se le ha generado así un daño antijurídico, que no tiene el deber de soportar, a diferencia de lo que habría ocurrido si la licencia se hubiese extinguido por su incompatibilidad con la ordenación pormenorizada, una vez aprobada.

No obstante, tampoco se puede ignorar que la “licencia provisional” tiene un contenido económico-patrimonial inferior al de una licencia de obras normal, al depender de la referida condición resolutoria. Circunstancia, reductora de valor,

que se tendrá en cuenta en el siguiente fundamento, a la hora de cuantificar la indemnización».

Añade la sentencia de instancia, sobre el cálculo de la indemnización, que:

*«es importante considerar como punto de partida que en estos casos los reclamantes sólo tienen derecho a percibir una indemnización por los gastos efectivos que han debido sufragar, con buena fe, fiándose de la licencia urbanística que posteriormente resultó anulada.*

*Esto conlleva que no puedan solicitar una indemnización por las obras realizadas antes del otorgamiento de la licencia, ni por las disconformes con ésta. Tampoco pueden reclamar una compensación por la pérdida de edificabilidad, de lucro cesante, o del valor del inmueble que se produce como consecuencia de la anulación de la licencia. La anulación de las licencias conlleva que la expectativa del propietario/promotor de patrimonializar la edificabilidad reconocida en dicha licencia no era válida, desde un principio. La expectativa era falsa e incorrecta ya en origen. No podría pretender que se le reconozca una indemnización por la pérdida de un beneficio al que en realidad nunca tuvo legítimo derecho, al no ser autorizable la actividad industrial en ese suelo (sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 31 de marzo de 2014 –rec. 4841/2000, FD 5º– y 22 de febrero de 2012 –rec. 7115/2011–).*

*Consecuentemente, no se pueden aplicar en estos casos las reglas establecidas para la determinación del justiprecio en la legislación de expropiación forzosa (valoraciones), ni en la urbanística relativa a los perjuicios ocasionados por modificaciones anticipadas de planeamiento. La demolición que conlleva la anulación de una licencia urbanística no es comparable con la expropiación de un derecho legítimo de un propietario. Aquí simplemente se demuele aquello a lo que nunca tuvo derecho el propietario, porque era incompatible ‘ab initio’ con el ordenamiento urbanístico.*

*Lo que sí puede reclamar el titular de la licencia anulada es una indemnización por los gastos efectivos que haya realizado al amparo de dicha licencia (después de su otorgamiento, como consecuencia de la misma y sin culpa o negligencia por su parte), que resultasen inútiles tras dicha anulación. Gastos efectivos que se deberán acreditar mediante las correspondientes facturas.*

*VI.2.– Preciado lo anterior, de la valoración conjunta de la prueba practicada se concluye, en primer lugar, que el gasto efectivo que asumió la actora, con buena fe, fiándose de las licencias e informaciones urbanísticas del Concello de Cangas que luego fueron anuladas, asciende a los 426.762,27 euros señalados en la demanda. De los cuales 287.869,15 euros se corresponden con gastos de construcción acreditados con facturas y 102.362,77 con el coste de lo realizado por administración, tal y como ha acreditado la prueba pericial realizada en este proceso judicial por*

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

el arquitecto D. xxxx (informe unido a la demanda, ratificado y aclarado en el juicio). También abonó la actora 2.250 euros de tasas municipales, 10.125 euros de ICIO, 16.530 euros de honorarios ingeniero industrial redacción proyectos y dirección obra y 165,70 euros de tasas de industria. (...)

Se considera legítima la inclusión en esta cuenta de gastos de los correspondientes a la redacción del proyecto y tramitación de las licencias, porque se ampararon en la referida “información urbanística” de 20 de mayo de 2004.

Ahora bien, en el cálculo de la indemnización dicha cantidad total debe reducirse de manera significativa atendiendo a los siguientes factores:

– En primer lugar, la licencia no era definitiva, sino “provisional”. Dato conocido por la actora desde en principio, la cual asumió el riesgo de que finalmente pudiese ser revocada por incompatibilidad sobrevenida con el desarrollo urbanístico de la zona y sin derecho a indemnización. Se concluye prudencialmente que este factor, relevante, disminuye el derecho indemnizatorio en un 30 % sobre la cantidad total. Es decir, obliga a restarle 128.028,68 euros.

– En segundo lugar, hay que tener también en cuenta que, tal y como afirmó la arquitecta municipal Sra. xxxxxx, en su informe y declaración testifical con poder de convicción (y tal y como constató este mismo Juzgado en la pieza de ejecución forzosa de la sentencia anulatoria de la licencia de obras) la actora procedió por sí misma a desmontar la mayor parte de la edificación, con el propósito de reaprovechar sus materiales. Se concluye, estimativamente, que la demandante ha visto mitigado su perjuicio por gastos de construcción (390.231,92 €) en un 20 % (78.046,38 €) por esta circunstancia, al reaprovechar los materiales de la construcción. Consecuentemente han de restarse otros 78.046,38 euros.

– Minorando la cantidad inicial con los dos factores de reducción referidos resultaría una indemnización final de 220.687,21 euros. Pero todavía ha de aplicarse otro factor más, de gran importancia: el de amortización de la inversión.

En efecto, entre los años 2006 y 2018 la actora explotó la nave industrial lucrativamente. Obtuvo beneficios por una actividad económico/industrial que –de haber actuado correctamente el ayuntamiento denegando la licencia– no debió haber obtenido porque nunca se debió haber iniciado. Si ahora se le reintegrasen los gastos que asumió para construir la nave industrial, sin tener en cuenta los beneficios que obtuvo con ella explotándola durante más de diez años, se generaría un enriquecimiento injusto en favor de la actora. Consecuentemente, para el cálculo de la indemnización resulta fundamental conocer el grado de amortización de la inversión de la actora en esas instalaciones industriales cuando se produjo el cese de la actividad.

*Finalmente, han de considerarse, asimismo, las subvenciones que en su caso habría podido percibir la actora para la construcción de la nave industrial. La prueba documental practicada en este proceso ha acreditado que no ha recibido subvenciones de la Xunta de Galicia. Pero para poder despejar esta duda (planteada por la Administración demandada) definitivamente sería necesario examinar los libros contables y mercantiles de la actora sobre la inversión realizada para la construcción de esa instalación industrial (...)».*

## 6 Transportes terrestres

### 6.1 Transporte de viajeros por carretera. Prácticas colusorias de la libre competencia (cártel). Dejación de funciones por la Comisión Galega da Competencia

La Sentencia del TSJG de 10 de marzo de 2023 (rec. 7035/2022, ponente: Cambón García) condena a la Comisión Galega da Competencia (CGC) a incoar un procedimiento sancionador frente a dos empresas transportistas de viajeros, al constatar la concurrencia de indicios racionales de que habían realizado, concertadamente, prácticas anticompetitivas en la licitación por procedimiento abierto convocada por la Xunta para 29 concesiones en el marco del Plan de Transporte Público de Galicia. El tribunal gallego incide en que:

*«el legislador ha previsto la información reservada en el procedimiento sancionador de la LDC encaminada a posibilitar la realización de inspección por sorpresa para obtener pruebas de conducta, autorizadas, imposibles sin el efecto sorpresa, pues los cárteles son muy difíciles de detectar, pues al producir grandes beneficios se cuidan de mantenerlos secretos las importantes empresas que pretenden repartirse los mercados y establecer los precios, y el art. 50.1 LDC señala que la Dirección de Investigación, una vez incoado el expediente, practicará los actos de instrucción necesarios para el esclarecimiento de los hechos y la determinación de responsabilidades (así pues, no puede instruirse como información reservada) y el art. 49 LDC señala que el procedimiento se inicia de oficio por la Dirección de la Investigación (Dirección de Competencia) por iniciativa propia, por iniciativa del CNMC o por denuncia, supuestos en que la DC incoará procedimiento. En el presente caso, hubo denuncia, no sólo de la actora, sino también de D. XXXX, la CIGA y varias anónimas, también el Reglamento señala la incoación por denuncia, que es diferente a la mera noticia, supuesto en que la DC puede iniciar una información reservada, que no puede sustituir a la incoación del expediente.*

*En el presente caso la Subdirección General de Investigación de la CGC propuso al Pleno la no incoación de expediente y archivo, pese a demorar más de un año y nueve meses la información reservada, resultando ineficiente su trabajo al dejar*

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

*de investigar las cuestiones puestas de relieve por las denuncias, sin comprobar las mismas, pese a que el art. 36.1 LDC establece el plazo máximo de 18 meses para dictar resolución y notificarla y el Reglamento dispone (art. 28.4) que la instrucción debería hacerse en el plazo máximo de un año y la información reservada que la CGC ha mantenido durante 1 año y 9 meses, sin practicar ninguna diligencia, como inspecciones que podría realizar incluso en los domicilios particulares de los directivos de las empresas, supone quebrantar las disposiciones sobre DC, que supone, como señala la SAN, Sala Contencioso-Administrativo, Sección 1ª 17- 10- 07 (Rec. 180/06) (citada en sus conclusiones por la recurrente), una utilización fraudulenta de la institución de las diligencias previas, hallándonos ante un supuesto de fraude de Ley del art. 6.4 C.c., así como en SAN, Sección 3ª 28-6-2018, Rec. 302/18. Se evidencia la infracción de los preceptos de la LDC y su R. y con ello se ha incurrido en la prohibición del C.c., pues en definitiva, a pesar de las denuncias que dan cuenta a la CGC de las supuestas infracciones a la LDC, no se ha realizado comprobación de la comisión de los hechos y su afectación a la libre competencia en el mercado relevante, denunciada en la convocatoria del concurso público de transporte de viajeros, favorecer abiertamente a las empresas más grandes, en deterioro de la mayoría, de menor volumen impidiéndoles concurrir a los lotes de mayor envergadura y se denuncia a xxxx y zzzzzzz de concurrir en los principales lotes como UTE, con el fin de repartirse el mercado infringiendo el art. 1.1 LDC, y concurren por separada, sin competir entre sí, en otros lotes, práctica anticompetitiva (...)*».

## 7 Tributos

### 7.1 Valoración de inmuebles. Recurribilidad de liquidación derivada de tasación pericial contradictoria que aceptó la valoración del perito tercero

La Sentencia del TS de 23 de enero de 2023 (rec. 1695/2021, ponente: Córdoba Castroverde) estima el recurso de casación, revocando la del TSJG impugnada. Fija el siguiente criterio interpretativo:

*«(...) es posible, sin duda, la impugnación de la liquidación dictada como desenlace de un procedimiento de tasación pericial contradictoria previsto en el artículo 135 LGT/2003 –seguido a instancia de parte y dirigido exclusivamente a la rectificación de los valores de los inmuebles–, cuando la liquidación tome como valor de los bienes la valoración del perito tercero. El hecho de que la liquidación dictada haya tomado como valor de los bienes el asignado por el perito tercero no excluye el control pleno de su legalidad por los Tribunales, pudiendo los contribuyentes alegar los motivos de impugnación que consideren oportunos, sin merma o limitación alguna».*

## 7.2 Impuesto de bienes inmuebles. Exención de inmuebles afectos a la defensa nacional

El TSJG, en su Sentencia de 1 de febrero de 2023 (rec. 15009/2022, ponente: Rivera Frade), concluye que no se benefician de la exención del impuesto de bienes inmuebles (IBI) establecida para los afectos a la defensa nacional determinados terrenos del Ministerio de Defensa en el municipio de A Coruña, explotados por una sociedad hípica para actividades recreativas y deportivas:

*«(...) entiende esta Sala que para que la afectación a la defensa nacional exista, a los efectos de aplicar la exención tributaria que nos ocupa, debe de existir una vinculación de los inmuebles o terrenos a actividades destinadas, sino de forma exclusiva, sí al menos de forma prioritaria al personal militar o sus familiares, sin que sea suficiente que figure en el Inventario General de Bienes y Derechos del Estado, con naturaleza demanial, adscrito al Ministerio de Defensa con una afectación formal a los fines de la defensa nacional; o que sea utilizado esporádicamente por personal militar, o por estos o sus familiares, pues de lo contrario se desnaturalizaría la finalidad perseguida por el legislador al incluir entre las exenciones tributarias del artículo 62.1 a) TRLHL, a los inmuebles propiedad del Estado “afectos a la defensa nacional”. En el presente caso, los terrenos y las instalaciones litigiosas –como se dice en el acuerdo que resolvió el recurso de reposición–, fueron cedidos a una asociación privada, cuyo objeto, según el artículo 1 de sus Estatutos, es practicar como principal modalidad deportiva, la equitación, así como todos los deportes que le permitan los medios con los que cuente, sin perjuicio de proporcionar a sus socios, fiestas, distracciones y comodidades propias de los centros de reunión de su categoría y actividades sociales y recreativas, sin ánimo de lucro, dentro de sus disponibilidades económicas; es decir, desarrollar actividades deportivas, sociales y recreativas, en beneficio de sus socios (...)».*

REGAP



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

## 8 Universidades

### 8.1 Valoración de tramos de investigación por la Comisión Nacional Evaluadora de la Actividad Investigadora

La Sentencia del TSJG de 8 de febrero de 2023 (rec. 81/2022, ponente: Sánchez Romero) estima el recurso interpuesto por una profesora universitaria frente a la resolución de la Comisión Nacional Evaluadora de la Actividad Investigadora (CNEAI) que valoró negativamente el tramo de investigación solicitado. Analiza en detalle los requisitos de motivación y control de la discrecionalidad técnica en este tipo de supuestos. Concluye que el acto impugnado se halla insuficientemente fundamentado, condenando a la CNEAI a retrotraer las actuaciones y dictar nueva resolución motivada.

## 8.2 Denegación de defensa del trabajo de fin de máster de abogacía por informe desfavorable del tutor

En la Sentencia de 15 de noviembre de 2022 (rec. 287/2022, ponente: Seoane Pesqueira) el TSJG analiza este trámite cualificado, necesario para la obtención del título de posgraduado en “máster de abogacía”, desde la perspectiva del derecho fundamental a la educación invocado por el recurrente. Confirma la resolución de la Universidad de Santiago de Compostela que le denegó a un alumno la posibilidad de defender su trabajo de fin de máster (TFM), con las siguientes reflexiones:

*«(...) uno de los cometidos del equipo de tutoría es la elaboración de un informe en torno a si el TFM está en condiciones de ser presentado y defendido ante el Tribunal de evaluación, porque si aquél considera que no lo está, puede hacerlo constar en su preceptivo informe, para cuyo caso la coordinación académica y profesional del Máster universitario en Abogacía puede denegar la posibilidad de realizar el acto de defensa ante dicho Tribunal, como se desprende del apartado IV de la normativa reguladora. Hay que superar esa evaluación previa del equipo de tutoría para que la coordinación académica y profesional del Máster permita la defensa ante el Tribunal, porque si, como ahora ocurre, el equipo de tutoría advierte e informa que el TFM, además de presentar graves carencias de tipo formal en lo que se refiere a su redacción y ortografía, carece manifiestamente de rigor jurídico en relación con los escritos profesionales, siendo su resultado insatisfactorio, la coordinación académica y profesional del Máster puede denegar su presentación y defensa. (...)*

*El recurrente interpreta aquel artículo 27.2 de la Constitución española en el sentido de que la educación y la formación son la clave para que las personas puedan conseguir empleo, permitiéndoles de ese modo el acceso a un trabajo decente y escapar de la pobreza. Sin embargo, aparte de que esa peculiar interpretación no encuentra respaldo en ninguna sentencia del Tribunal Constitucional, difícilmente puede incardinarse la resolución administrativa impugnada en el seno del derecho a la educación, porque 1º Con la resolución impugnada no puede afirmarse que se esté impidiendo el acceso a un empleo, ello al margen de que tampoco este último puede considerarse incardinado en el artículo 27.2, y 2º El aspecto de aquel precepto constitucional que puede estar implicado más bien se recoge en el apartado 10 del artículo 27, relativo a la autonomía universitaria, que permite que la Universidad de Santiago de Compostela establezca unos presupuestos para la defensa del TFM ante el Tribunal de evaluación, en base a los cuales se ha dictado el acto combatido, en el que no cabe apreciar infracción constitucional alguna».*

### 8.3 Medidas cautelares frente a profesor que, presuntamente, incurrió en comportamiento inadecuado con sus alumnas. Nivel de motivación exigible.

El TSJG, en su Sentencia de 3 de mayo de 2023 (rec. 443/2022, ponente: López González), examina los requisitos necesarios para poder adoptar la medida cautelar de suspensión de funciones por seis meses, de un profesor universitario, cuando se incoa frente a él un expediente disciplinario por la posible comisión de una infracción muy grave [en este caso, por tratar despectivamente a una alumna en clase, ridiculizándola por su escote]. Concluye ratificando la medida con las siguientes consideraciones:

*«(...) no cabe duda de que los razonamientos que sirven de sustento a la suspensión cautelar aludida son efectivamente escuetos y sucintos. Hasta ahí este Tribunal se muestra conforme con la argumentación recogida en la sentencia apelada. Pero es evidente que, en el caso enjuiciado, aquellos razonamientos, por sucintos que puedan resultar, resultan suficientes en cuanto permiten que el recurrente conozca de modo indubitado los motivos que han impulsado a la Administración a dictar la decisión objeto de recurso, contraste esa motivación y, si a bien lo tiene, intente rebatirla. Las razones, breves pero claras, de la resolución recurrida que sirven de sustento a la decisión cautelar que contiene, con expresión de fundamentos tanto de hecho como derecho, viabilizan el ejercicio del derecho de defensa por parte del actor con plenas garantías. Mal puede afirmar que desconoce el hecho que se le imputa quien ha sido autor de la conducta analizada. Es decir, entiende esta Sala que ninguna indefensión efectiva y real se le ha generado al promovente; y es esta ausencia de indefensión lo que convierte en supuesto de irregularidad no invalidante lo que, en otro caso, sería constitutivo de anulación del acto administrativo por menoscabo del derecho de defensa.*

*Es más, la resolución atacada señala expresamente que “la continuidad de sus (del recurrente) actividades puede alterar gravemente el funcionamiento ordinario del servicio, además de afectar directamente a las personas y causar alarma social”; es decir, dicha resolución concreta la identidad de la denunciante, la fecha en que el hecho denunciado se produjo y el objeto de la denuncia. Con tales datos, mal puede invocar el demandante el desconocimiento de los hechos en el que trata de ampararse; máxime cuando la noticia, en su día, tuvo una enorme repercusión mediática al trascender a los canales de comunicación nacionales, tanto escritos como audiovisuales, dando lugar a protestas y manifestaciones de los alumnos, incluso ante el Rectorado; a lo que hay que añadir que el actor ya había incurrido, con anterioridad, en conductas similares».*

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS



# Regap

## Recensiones

### 3





Revista Galega de Administración Pública, EGAP  
Núm. 65\_xaneiro-xuño 2023 | pp. 409-412  
Santiago de Compostela, 2023

<https://doi.org/10.36402/regap.v1i65.5061>

© Xosé Antón Sarmiento Méndez

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

Recibido: 14/02/2023 | Aceptado: 01/06/2023

Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

## Fundamentos de derecho parlamentario español

65 Regap

Regap



RECENSIONES

XOSÉ ANTÓN SARMIENTO MÉNDEZ

Letrado oficial mayor del Parlamento de Galicia

Profesor de Derecho Administrativo

Universidad de Santiago de Compostela

<https://orcid.org/0000-0003-4533-0233>

[xa.sarmiento@usc.es](mailto:xa.sarmiento@usc.es)

[xose.anton.sarmiento.mendez@parlamentodegalicia.gal](mailto:xose.anton.sarmiento.mendez@parlamentodegalicia.gal)

SANZ PÉREZ, A.L.: *Fundamentos de derecho parlamentario español*, Editorial Colex, A Coruña, 2023, 630 pp. ISBN: 978-84-1359-538-2.

Todos los que desde hace más de 30 años llevamos estudiando, aprendiendo y experimentando el derecho parlamentario en España sabíamos de la amplitud de conocimientos y del buen hacer del profesor y letrado mayor del Parlamento de Cantabria Ángel L. Sanz Pérez.

Como lógico corolario de su magnífica trayectoria profesional, aparece ahora en una cuidada edición su tratado sobre los fundamentos del derecho parlamentario español.

Se trata de un completo manual en el que, a lo largo de más de seiscientas páginas y cinco capítulos lógicamente estructurados, el autor da cuenta de los que denomina fundamentos del parlamento actual: el fundamento normativo referido a las fuentes del derecho parlamentario; el fundamento temporal que le da pie para el estudio y comentario de las vicisitudes del inicio y fin de la vida del parlamento; el fundamento estatutario bajo cuyo paraguas estudia derechos, deberes de la cámara y de sus integrantes; el fundamento orgánico en el que se detiene en la tipología organizativa de los legislativos; y, por último, el que denomina fundamento funcional, donde trata en detalle las funciones de control y legislativa y hace un excursus de gran interés sobre la técnica legislativa.

Obviamente, son muchas las cuestiones que pueden destacarse de este libro, y aquí me detendré solamente en aquellas que, a mi juicio, Ángel Sanz presenta como claves o defiende con mayor hincapié en toda su argumentación.

Cuando analiza el sistema de fuentes del derecho parlamentario, el autor coincide con la doctrina española al resaltar la flexibilidad como un rasgo definitorio del derecho parlamentario. Esta constatación le lleva a reconocer la base común de las aplicaciones del derecho fundamental del artículo 23 de la Constitución también al ámbito de los reglamentos parlamentarios de las comunidades autónomas. Así, tras un prolijo análisis de las fuentes históricas del derecho comparado autonómico, afirma con acierto que la justificación última de la autonomía normativa del parlamento está en el estado democrático y sus garantías de pluralismo político, pues, “en definitiva, la razón del derecho parlamentario es la protección de las minorías”. Por lo tanto, la tan mentada disponibilidad de las normas que integran el derecho parlamentario no podrá ser aplicada cuando no surja de la unanimidad de los integrantes de la cámara o se puedan derivar efectos limitativos de los derechos de terceros o de los integrantes del parlamento.

Sanz muestra su perplejidad por la escasa regulación de las Cortes Generales como órgano constitucional fuera de lo previsto en el artículo 72 y se suma a la crítica de los estudiosos del derecho parlamentario autonómico cuando recuerda el inconveniente que supuso la copia mimética del Reglamento del Congreso de los Diputados en las cámaras territoriales. Se trata de un fenómeno que resultó disfuncional en el nacimiento del derecho parlamentario autonómico pero que hoy en día debe matizarse por las numerosas adaptaciones que han sufrido los textos territoriales que los apartan cada vez más del “modelo Cortes”.

La recepción de la costumbre como fuente del derecho parlamentario en el modelo español despierta reticencias a nuestro autor, que no comparte su acogida aperturista por parte de la doctrina española y extranjera. Las citas jurisprudenciales que aporta ponen de manifiesto cómo nuestro Tribunal Constitucional ha admitido el valor de las normas consuetudinarias siempre con el límite expreso del respeto de la legalidad parlamentaria y en aplicación indudable de lo previsto en el artículo 9.1 de la Constitución.

Como gran estudioso del derecho electoral, el profesor cántabro procede a analizar los condicionantes legislativos de las elecciones en España y entiende superflua la

previsión de supletoriedad que la Ley orgánica del régimen electoral general dispone respecto de la legislación electoral de las comunidades autónomas. Más allá de consideraciones dogmáticas, en el manual se pondera la solución dada en el País vasco y en Galicia en relación con la gestión e la situación de la crisis ocasionada por el COVID-19 respecto a procesos electorales ya convocados.

Sin duda, la parte que Sanz expone con una precisión y concreción más meritorias es la referida al estatuto jurídico de la cámara y de sus miembros. El autor entiende que la regulación del procedimiento prevista en los reglamentos parlamentarios para la suspensión temporal en el ejercicio de las funciones parlamentarias es muy pobre e insuficiente, y demanda por lo tanto, *lege ferenda*, su modificación. En su análisis de las prerrogativas parlamentarias, que entiende justificadas, nos recuerda la doctrina del Tribunal Supremo, que declara su inadaptabilidad respecto de actos parlamentarios de orden interno que no están conectados con la función política del parlamento y que por ello se encuentran sometidos a pleno control judicial.

Como profundo conocedor de la práctica parlamentaria, comparte la opinión del antiguo secretario general de las Cortes Ignacio Astarloa acerca de la necesidad de eliminar la mayoría de las restricciones a las solicitudes de información y documentación al Gobierno, “objetivando las causas que justifiquen su incumplimiento y previendo consecuencias para el caso de negativa injustificada”.

En su comentario de la organización parlamentaria, el autor es consciente de que la pureza de modelos organizativos no es aplicable a los parlamentos, ya que todos constatamos que en la actualidad la complejidad orgánica es la nota predominante en el parlamento. Ello implica que los órganos no son dependientes jerárquicamente entre sí “ni de una forma funcional ni jerárquica”.

Letrado parlamentario de gran experiencia, defiende el papel que debe tener la ponencia para la mejora técnica del texto legislativo, aunque se muestra un tanto decepcionado por los frutos que en la actualidad produce ese órgano de trabajo.

Llegados al capítulo V de la obra, el autor explica en detalle las circunstancias que condicionan las funciones parlamentarias y admite con claridad que la democracia representativa ha dejado escasos ámbitos a la viabilidad de la democracia directa. Este aspecto reconoce que es debido fundamentalmente al papel destacadísimo que en Occidente tienen los partidos políticos. En este sentido, y analizando las vías a través de las que el parlamento deposita su confianza en el Gobierno, Ángel Sanz pone de manifiesto cómo la racionalización del parlamentarismo ha influido en la moción de censura dificultando su presentación y aprobación.

Su análisis de las interpelaciones parlamentarias hace que el profesor cántabro asiente con claridad su criterio de que, por ser objeto de las mismas, las actuaciones del ejecutivo debe entenderse que no pueden ser objeto de las interpelaciones las cuestiones relativas al partido político que sustenta el gobierno, a otros partidos, a gobiernos anteriores o a cuestiones que no dependan de la actuación política o de la acción administrativa del Gobierno. Así lo asevera a la luz de la STC 68/2020, de 29 de junio. Por el contrario, reconoce la laxitud que las cámaras aplican al requisito del

Regap



RECENSIONES

contenido de la interpelación sobre una cuestión de política “general” y que todos quienes trabajamos en parlamentos autonómicos compartimos sin duda alguna.

El análisis de la función legislativa le conduce a analizar el papel del parlamento como productor de derecho. De este modo, pone sobre la mesa el problema de determinar cuándo una ley es inconstitucional por un vicio de procedimiento. Ángel Sanz reconoce que ninguna aportación doctrinal ha resuelto este problema con carácter definitivo. Por todo ello, se hace necesario que el Tribunal Constitucional afronte esta cuestión lo antes posible.

Finalmente, hay que reconocer el esfuerzo expositivo y sintético que este tratado lleva a cabo en lo referido a la condensación de los criterios esenciales de la técnica legislativa en España. Es de agradecer el trabajo en esta materia del autor que, sin embargo, se muestra más escéptico acerca de los logros obtenidos en ámbitos como el de la evaluación legislativa donde comparte opinión con su compañero en el Parlamento de Cantabria Luis González del Campo y demanda la necesidad de que el parlamento no renuncie a implicarse y a participar activamente en el reto que supone la evaluación y el impulso de las políticas públicas.



Revista Galega de Administración Pública, EGAP  
Núm. 65\_xaneiro-xuño 2023 | pp. 413-416  
Santiago de Compostela, 2023

<https://doi.org/10.36402/regap.v1i65.5088>

© Inmaculada Ruiz Magaña

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

Recibido: 27/04/2023 | Aceptado: 01/06/2023

Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

## Reformas para la cohesión territorial de España

65 Regap

Regap



RECENSIONES

INMACULADA RUIZ MAGAÑA

Contratada FPU en el Área de Derecho Administrativo  
Universidad de Jaén

<https://orcid.org/0000-0002-2466-7235>

[irmagana@ujaen.es](mailto:irmagana@ujaen.es)

MORENO GONZÁLEZ, G. (dir.): *Reformas para la cohesión territorial de España*, Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2022, 226 pp. ISBN: 978-84-1381-467-4.

El título (*Reformas para la cohesión territorial de España*) ya anticipa que estamos ante una obra que invita a la reflexión. Además, adelanta su objeto: el estudio de distintas propuestas e iniciativas de reforma para fortalecer la cohesión territorial. No cabe duda del interés y actualidad de la temática. Si la cohesión territorial ha venido ocupando un importante lugar en las políticas de los poderes públicos –así lo evidenciaba en 2008 el Tratado de Lisboa, que la introducía entre los principales objetivos de la Unión Europea–, las consecuencias económicas y sociales generadas por el COVID-19

han hecho que esta se sitúe, aún más, en el punto de mira de la actuación pública. Así se refleja tanto a nivel europeo como a nivel nacional. Para el Mecanismo para la Recuperación y la Resiliencia (que, como es sabido, es el núcleo del instrumento de financiación europeo conocido como «Next Generation EU»), la cohesión en sus tres vertientes –económica, social y territorial– constituye uno de sus cuatro objetivos principales. En España, el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, de igual modo, la incluye como uno de sus cuatro ejes transversales. En este contexto, uno de los retos que actualmente se plantean en torno a la cohesión territorial, y al que se refiere el citado Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, es la despoblación de las áreas rurales, materia que también se aborda en este libro colectivo.

En el prólogo, la actual ministra de Política Territorial, Isabel Rodríguez García, tiene ocasión de poner de manifiesto la relevancia de reforzar la vertebración del territorio, eliminar la brecha urbano-rural e impulsar actuaciones específicas en las áreas más afectadas por la desigualdad, como son los municipios con menor población y el conjunto de áreas rurales. Aunque, como señala, para todo ello se hace necesaria una visión integral y compartida de la gestión del territorio, adquiriendo una importancia fundamental la cooperación institucional.

El volumen ha sido dirigido por Gabriel Moreno González, profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Extremadura, que ha contado con la colaboración de reconocidos académicos de diversos ámbitos del conocimiento (constitucional, financiero y tributario, administrativo y ciencia política) así como de técnicos de la Administración. El resultado son doce capítulos a cuyo contenido nos referimos seguidamente.

En el primer capítulo Gabriel Moreno González y Ana Torrecillas Martínez, investigadora de Derecho Constitucional de la Universidad de Valencia, encuadran la temática y apuntan cómo en las últimas décadas una parte importante de las preocupaciones doctrinales relativas a la cohesión territorial de España se ha centrado en analizar la problemática nacionalista, quedando al margen otro gran problema del país: la despoblación. Los autores identifican este reto demográfico como un reto democrático y constitucional que, unido a «escenarios de oportunidad» como la pandemia y la crisis climática, puede ofrecer una ocasión para repensar el Estado y ampliar los horizontes de acción para la cohesión de la España de las autonomías y de los municipios para la España rural y sus pequeñas y medianas ciudades.

El profesor Miguel Agudo Zamora, catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Córdoba, tras valorar el estado actual en el que se encuentra el Estado de las autonomías implantado por la Constitución de 1978, sugiere acometer varias reformas que permitan mejorar el modelo de configuración territorial. Estas propuestas consisten en profundizar en el respeto a la diversidad y a las identidades diferenciadas dentro de España, realizar cambios en el Senado con vistas a mejorar la participación y la representación de las comunidades autónomas y enfatizar la necesidad de mejorar la participación de estas en la gobernanza estatal.

El desafío que constituye la despoblación es presentado por Joaquín Martín Cubas, profesor titular de Ciencia Política de la Universidad de Valencia, que reclama la

necesidad de una «nueva gobernanza territorial» que permita adaptar el sistema político a los nuevos retos para los gobiernos locales. Compartiendo la mirada hacia la España despoblada, Andrés Iván Dueñas Castillo, profesor ayudante doctor de Derecho Constitucional en la Universidad de Valladolid, se centra en la «crisis de representatividad» en la que se ven inmersos los territorios de la «España vacía» en los que han surgido en los últimos años candidaturas locales, analiza sus causas y propone posibles soluciones para mejorar la comunicación entre representantes y representados.

También desde la óptica constitucional, el profesor Pablo Guerrero Vázquez, de la Universidad de Zaragoza, se ocupa de examinar el papel que juegan los mecanismos de redistribución de la riqueza en la consecución de la cohesión territorial. El autor expone el sistema de financiación alemán para, posteriormente, descender al sistema español, resaltando sus luces y sombras y apuntando algunas propuestas de reforma.

En materia de financiación económica nos ilustra Elena Manzano Silva, profesora titular de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Extremadura, que lleva a cabo un análisis del actual modelo de financiación autonómica, poniendo de relieve los inconvenientes que presenta, en particular, para los territorios poco poblados y la necesidad de efectuar una revisión que contribuya a corregir los desequilibrios interterritoriales. En esta línea, Fátima Pablos Mateos, profesora titular de Derecho Financiero y Tributario en la misma universidad, proporciona una visión comparada de cómo los poderes públicos de Portugal y Francia han respondido desde el ámbito financiero al reto demográfico. Como expone, en ambos casos se ha optado por medidas de discriminación fiscal positiva que podrían constituir marcos referenciales para futuras reformas normativas que puedan realizarse en España. Por su parte, el profesor Jesús Ramos Prieto, catedrático de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, realiza un estudio sobre el fundamento, características y desarrollo normativo de la participación en la recaudación de los tributos de las comunidades autónomas, que califica como «asignatura pendiente de la financiación local», y reclama que la participación sea tomada en consideración en una futura reforma de la financiación local.

Desde la perspectiva del derecho administrativo, los catedráticos Francisco Velasco Caballero, de la Universidad Autónoma de Madrid, y Eloísa Carbonell Porras, de la Universidad de Jaén, arrojan luz sobre el plano local. El primero aborda una temática de interés, como es la inadecuada planta municipal y su elevado número de municipios. El autor proporciona una visión comparada sobre la planta local en otros Estados y, tras compartir algunas reflexiones respecto de las fusiones municipales en relación con la eficiencia económica y la democracia, plantea alternativas de estrategias políticas a la fusión de municipios –que es la solución primaria propuesta por la doctrina ante el micromunicipalismo–. La segunda reivindica el papel que pueden representar las diputaciones provinciales en la lucha contra la despoblación. Para ello, analiza la Ley de bases de régimen local, la Ley para el desarrollo sostenible del medio rural y el anteproyecto que pretende introducir reformas en la Ley de bases de régimen local con el fin de atender a problemas que viven los municipios con escasa población y

Regap



RECENSIONES

pone de manifiesto la ausencia de alusiones de estos dos últimos textos a estos entes locales y la incongruencia que supone de acuerdo con su posición institucional.

Siguiendo la línea de lo local, Javier Durán García, letrado de la Administración local, estudia la normativa sobre contratación pública poniéndola en relación con los pequeños municipios. Así, tras destacar algunos aspectos que obstaculizan a estos el cumplimiento del marco legal, recuerda el papel que pueden tener las administraciones intermedias para salvar estas dificultades y menciona distintas herramientas contenidas en la normativa sobre contratación pública que pueden ser útiles para la lucha contra la despoblación.

El estudio colectivo finaliza con la aportación de Pablo Manuel Rivera Búa, director ejecutivo de la Agrupación Europea de Cooperación Territorial Chaves-Verín (Galicia-Portugal), que trata la problemática a la que se enfrenta el reto territorial y demográfico en los territorios de frontera luso-españoles, caracterizados por asimetrías jurídico-administrativas muy intensas en el plano local, y su vinculación con las ventajas que ofrece la cooperación transfronteriza.

En definitiva, como puede observarse en esta reseña, se trata de una obra muy completa que no se limita solo al estudio del ordenamiento español, pues, de cara a la proposición de alternativas de reforma, tiene en consideración otros sistemas de nuestro entorno. Cabe también destacar cómo el carácter multidisciplinar de los nutridos autores demuestra una vez más su eficacia; permite así ofrecer al lector una visión completa de los retos, obstáculos y posibilidades de reforma que se plantean en la materia.



Revista Galega de Administración Pública, EGAP  
Núm. 65\_xaneiro-xuño 2023 | pp. 417-428  
Santiago de Compostela, 2023  
<https://doi.org/10.36402/regap.v1i65.5097>

© Pablo Riquelme Vázquez

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

Recibido: 15/05/2023 | Aceptado: 01/06/2023

Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

65 Regap

## Los derechos fundamentales como derechos de defensa. Reconstrucción jurisprudencial de su contenido prescriptivo

Regap



RECENSIONES

PABLO RIQUELME VÁZQUEZ

Profesor ayudante doctor de Derecho Constitucional  
Universidad de Vigo

<https://orcid.org/0000-0003-4664-1519>

priquelme@uvigo.es

GAVARA DE CARA, J.C. (dir.): *Los derechos fundamentales como derechos de defensa. Reconstrucción jurisprudencial de su contenido prescriptivo*, Editorial Bosch Editor, Barcelona, 2022, 370 pp. ISBN: 978-84-19045-64-5.

El último libro de Juan Carlos Gavara de Cara, *Los derechos fundamentales como derechos de defensa. Reconstrucción jurisprudencial de su contenido prescriptivo*, se inscribe en una tradición a la que también pertenecen, cada una con sus singularidades en cuanto al método seguido o a la forma y a la amplitud de la exposición, contribuciones como las de Díez-Picazo o Bastida, *et al.*, entre otros<sup>1</sup>. Se trata en todas ellas de

<sup>1</sup> Me refiero, en concreto, a DÍEZ-PICAZO, L.M., *Sistema de derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021; y a BASTIDA FREIJEDO, F., *et al.*, *Teoría general de los Derechos Fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004.

ofrecer un cuadro sistemático y coherente de conceptos centrales de la disciplina, pero también –y en consonancia con la función propia de la dogmática de los derechos fundamentales– de “guiar y dirigir su objeto”<sup>2</sup>. La obra de Gavara aquí analizada, que consta de una introducción, siete capítulos y un apartado de conclusiones, se encamina hacia ambos objetivos, sirviéndose de los “derechos de defensa” como hilo conductor, una fórmula en la cual ve el autor catalán la “principal derivación tradicional del contenido prescriptivo de los derechos fundamentales” y, concretamente, la más acabada expresión de su “contenido de carácter negativo” (*ibid.*, p. 15). A la luz de esta centralidad de los derechos de defensa, cuesta no comparar el trabajo reseñado con monografías como las que, con notable éxito y repercusión científicos, han publicado en Alemania especialistas como Grabitz, Lübbe-Wolff o Poscher<sup>3</sup>. Un rasgo común a todas ellas es la pretensión de remozar el entendimiento doctrinal de los derechos de defensa (*Abwehrrechte*), y de exponer su conectividad y coherencia metodológicas. Junto a esta característica, en libros como el de Poscher se ensaya además una ambiciosa reconducción de la completa dogmática de los derechos fundamentales a la noción “derechos de defensa”, un propósito que sin embargo no persigue, cuando menos no de manera expresa, el libro del autor catalán aquí examinado; este mantiene en todo momento el enfoque diferenciado característico del derecho constitucional español<sup>4</sup>.

Sin perjuicio de la organización formal apuntada, en la obra de Gavara se aprecian dos partes claramente diferenciadas. La primera de ellas engloba los capítulos comprendidos entre el 1 y el 4, ambos inclusive, y se caracteriza por su enfoque general. La segunda parte, que comprende los capítulos 5, 6 y 7, está conformada por los estudios especializados de derechos fundamentales concretos. Particularmente, se centra Gavara en diversos *derechos de libertad* (los enunciados en los artículos 16, 19, 20 y 21 CE), en los *derechos de defensa a la protección y al no perjuicio de cualidades físicas de los titulares del derecho* (lo de los artículos 15 y 43 CE), y en varios *derechos de defensa a la protección de posiciones jurídicas* (artículos 18, 28.2, 29 y 33 CE), respectivamente. La insistencia de Gavara en esta categorización, que coincide con la ensayada por autores tan reconocidos como Alexy<sup>5</sup>, puede ser vista como uno de los numerosos aciertos del trabajo aquí recensionado.

Aunque el libro resultará de utilidad a cualquier persona interesada en el estudio del régimen jurídico específico de cualquiera de los derechos y libertades aludidos, cabe aventurar que son los primeros cuatro capítulos aquellos que atraerán una atención doctrinal generalizada sobre la obra. A ellos se refiere principalmente esta recensión, en la que las consideraciones contenidas en la segunda parte del libro

<sup>2</sup> BARNES, J., “Presentación: la gramática del Derecho Administrativo”, Schmidt-Assmann, E., *La dogmática del Derecho administrativo*, Global Law Press, Sevilla, 2021, p. XXVI.

<sup>3</sup> Se trata de GRABITZ, E., *Freiheit und Verfassungsrecht. Kritische Untersuchung zur Dogmatik und Theorie der Freiheitsrechte*, JCB Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1976; LÜBBE-WOLFF, G., *Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 1988; y POSCHER, R., *Grundrechte als Abwehrrechte. Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit*, Mohr siebeck, Tübingen, 2003.

<sup>4</sup> Como se verá *infra*, p. 3, Gavara sitúa los de defensa entre los “tipos ideales de los derechos fundamentales”, un conjunto del que, a su juicio, forman parte igualmente los derechos de prestación.

<sup>5</sup> ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, 3.ª ed., CEPC, Madrid, 2022, pp. 173-183.

se utilizan básicamente para ilustrar las dificultades generadas por los principales conceptos de la dogmática de los derechos fundamentales.

# 1 Conceptos elementales en materia de derechos fundamentales

## 1.1 “Titular”, “destinatario” y “objeto” de un derecho fundamental

Desde las primeras páginas de la monografía, Gavara fija preponderantemente su atención en los elementos estructurales de cada derecho fundamental: su titular, su destinatario y su objeto conforman, a su entender, la relación triádica que subyace a “cualquier derecho fundamental”<sup>6</sup>. En el artículo 19 CE, p. ej., se reconoce a las y los españoles el derecho a circular por el territorio nacional, y a entrar y salir libremente de España. Son, por tanto, *titulares* de este derecho fundamental las personas con la nacionalidad española, y a los *destinatarios* de la norma, los poderes públicos, les está vedado –y esta prohibición constituye el *objeto* del derecho fundamental– “adoptar decisiones más allá de lo que sea lógico y esté justificado por la necesidad de defensa de intereses superiores”<sup>7</sup>.

Ninguno de los dos elementos subjetivos de dicha relación triádica (es decir, ni el titular ni el destinatario de un derecho fundamental) permite(n) determinar de un modo concluyente el alcance de los derechos; a tal fin resulta decisivo el *objeto* del derecho fundamental, ya que solo este permite “distinguir con exactitud unos derechos de otros” y, consecuentemente, clasificarlos también. El objeto de un derecho fundamental puede consistir, bien en una acción (positiva, es decir, en hacer algo, en realizar una determinada conducta), bien en una omisión (o acción negativa, es decir, en no realizar una conducta con la que se podría perjudicar al titular del derecho fundamental). Un ejemplo del primer grupo lo ofrece el deber estatal de adoptar “acciones positivas [...] para estructurar y articular el ejercicio de la libertad religiosa” (*ibid.*, p. 164) reconocida en el artículo 16.1 CE, mientras que el ya mencionado derecho a circular por el territorio nacional y a entrar y salir libremente de España constituye una muestra del segundo grupo. En función del tipo de acción en que consista su objeto, Gavara reconduce expositivamente los derechos a uno de los *dos tipos ideales*: los *derechos de defensa*, por una parte, y los *derechos de prestación*, por otra. Los derechos de defensa, es decir, aquellos que exigen “acciones negativas del destinatario”, pueden a su vez consistir en:

<sup>6</sup> Gavara (*Los derechos fundamentales como derechos de defensa. Reconstrucción jurisprudencial de su contenido prescriptivo*, cit., pp. 15 y ss.) generaliza aquí la estructura que partidarios de la “teoría analítica” como Alexy (*Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 173 y *passim*) solo aprecia en los “derechos a algo”, pero no en las restantes posiciones “que han de ser designadas como ‘derechos’”, es decir, las “libertades” y las “competencias”.

<sup>7</sup> GAVARA DE CARA, J.C., *Los derechos fundamentales como derechos de defensa. Reconstrucción jurisprudencial de su contenido prescriptivo*, cit., p. 202.

- a) *Derechos de libertad*, como el derecho a la libertad religiosa (*ibid.*, pp. 148-168), las libertades comunicativas (*ibid.*, pp. 168-200), los derechos de libertad de circulación y residencia (*ibid.*, pp. 200-210), y los “derechos de libertad conectados al fenómeno asociativo con carácter participativo o económico” (*ibid.*, pp. 210-256).
- b) *Derechos “de defensa a la protección y al no perjuicio de cualidades físicas de los titulares del derecho”* (*ibid.*, pp. 257-287), como los enunciados en los artículos 15 y 43 CE.
- c) *Derechos de defensa a la protección de posiciones jurídicas*, entre los que se encuentran los reconocidos en los diversos numerales del artículo 18 CE (*ibid.*, pp. 297-301 y 313-322), el derecho a la propiedad privada (*ibid.*, pp. 308-312), el derecho de petición (*ibid.*, pp. 322-328) y el derecho a la huelga (*ibid.*, pp. 328-339).

La distinción entre estas tres especies del género “derechos de defensa” no es tajante y el propio Gavara lo reconoce al definir, entre otros, el derecho a la libertad personal (*ibid.*, p. 132), en el cual aquellas se presentan mezcladas. El contenido prescriptivo de los diversos derechos fundamentales, además, no está conformado únicamente por cada una de tales especies o una combinación de las mismas; antes bien, en tanto que “categorías abiertas y complejas”, los derechos habituales presentan con frecuencia un *contenido múltiple* que ni siquiera se ajusta a uno solo de los tipos ideales de derechos fundamentales antedichos (derechos de defensa, por una parte, y los derechos de prestación, por otra)<sup>8</sup>. De la distinción entre funciones defensivas y prestacionales se ocupa detalladamente el autor catalán en los capítulos 1 y 2 del libro.

## 1.2 Derechos de defensa y derechos de prestación

El contenido de los *derechos de defensa* prescribe la “abstención de conductas y acciones por parte de los destinatarios que perjudiquen o infrinjan el objeto del derecho”. Con estos derechos, por tanto, se persigue la protección de ámbitos determinados (en cuyo caso se habla de derechos de libertad o de abstención, la parte más importante de los derechos de defensa) o la de un bien jurídico, circunstancia que lleva a hablar de derechos de “protección y no eliminación o penetración en posiciones jurídicas” (*ibid.*, pp. 37 y 41). Esta función defensiva se corresponde con la comprensión originaria de los derechos fundamentales –una comprensión determinada por los

<sup>8</sup> Junto a los derechos de libertad, los derechos “de defensa a la protección y al no perjuicio de cualidades físicas de los titulares del derecho” y los derechos de defensa a la protección de posiciones jurídicas, en el contenido de ciertos derechos fundamentales –como, p. ej., la libertad de culto de los individuos y comunidades (art. 16.1 CE)– se puede apreciar también una dimensión prestacional (STC 24/1982, FJ 4). Esta circunstancia es significada por Gavara con la fórmula “multidimensionalidad objetiva” de los derechos fundamentales; la multidimensionalidad “subjetiva” alude, por el contrario, a los destinatarios de la vinculación positiva a los derechos fundamentales.

schmittianos principios de distribución y organización (o separación de poderes)<sup>9</sup>— y se manifiesta hoy en día en forma de sujeción de todos los poderes públicos a la Constitución (art. 9.1 CE).

Según Gavara, el contenido prescriptivo de los derechos de defensa se encuentra además reforzado por un “efecto reflejo” consistente en la posibilidad de que las personas titulares de aquellos accionen la protección prevista para los mismos. Esta afirmación se vuelve sin embargo confusa cuando el autor catalán fundamenta dicho efecto en los artículos 53.2 CE y 7.1 LOPJ. En estos preceptos se establecen las condiciones de exigibilidad judicial de ciertas libertades y derechos (los reconocidos en el artículo 14, en la sección primera del capítulo segundo del título I de la CE y, en su caso, en su artículo 30.2), por lo que, a mi juicio, la exposición se habría beneficiado de la sustitución de la noción, un tanto difusa e históricamente lastrada<sup>10</sup>, de “efecto reflejo” por la de “exigibilidad judicial” (en el sentido en que la utiliza, p. ej., Alexy<sup>11</sup>) de ciertos derechos fundamentales. Las razones de esta afirmación se evidenciarán, de inmediato, al hilo de la exposición de la función prestacional de aquellos.

Aclarado el rol defensivo de los derechos y libertades, Gavara analiza la progresiva tendencia a ver en los poderes públicos un garante (y no un mero perturbador) de aquellos. Como consecuencia del paulatino aumento de las funciones estatales de protección, los poderes públicos se encuentran hoy positivamente vinculados a los derechos fundamentales también. Esto significa que, además de un deber de defensa expresivo de la vinculación negativa del Estado a los derechos y libertades, sobre este recaen también “obligaciones de protección y dotación de eficacia”<sup>12</sup>. Tras examinar los fundamentos de estas novedosas exigencias, Gavara explica que las obligaciones estatales de protección pueden tener un carácter *autónomo* (en cuyo caso nos encontramos ante “derechos de prestación de carácter autónomo”) o pueden ser el medio necesario para la protección de un derecho, ya de defensa, ya de prestación, con el que no guardan sino una relación *instrumental*. Es discutible, no obstante, que de la “necesidad de proteger un derecho de defensa” resulte una “obligación de protección” del mismo género que las caracterizadas como “autónomas” o de la misma especie que las derivadas de la “necesidad de proteger un derecho [...] prestación”. El propio autor catalán parece tener en mente esta objeción al inclinarse finalmente por que la fórmula “obligaciones de protección” se reserve para los que denominan “derechos de prestación de carácter autónomo” y no se haga extensiva a las condiciones de exigibilidad judicial de tales derechos ni (mucho menos) a las

<sup>9</sup> SCHMITT, C., *Teoría de la Constitución*, 1.ª reimpr., Alianza, Madrid, 2015, pp. 183 y ss.

<sup>10</sup> *Vid.*, por todos, JELLINEK, G., *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, reimpr. de la 2.ª ed., Verlag von JCB Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1919, pp. 87 y 94 y ss.

<sup>11</sup> ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 419 y ss.

<sup>12</sup> GAVARA DE CARA, J.C., *Los derechos fundamentales como derechos de defensa. Reconstrucción jurisprudencial de su contenido prescriptivo*, cit., p. 64. De manera extremadamente sintética cabría afirmar que tales obligaciones surgen a resultas de la “cuestión social”, primero, y de la “creciente complejidad de las estructuras y funciones sociales”, después. *Vid.* a este respecto GRIMM, D., “¿Retorno a la comprensión liberal de los derechos fundamentales?”, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2006, pp. 161-167; DREIER, H., *Dimensionen der Grundrechte. Von der Wertordnungsjudikatur zu den objektivrechtlichen Grundrechtsgehalten*, Hennies & Zinkeisen, Hannover, 1993, pp. 27-38; o ISENSEE, J., *Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates*, Walter De Gruyter, Berlin 1983.

de los derechos de defensa. El argumento utilizado por Gavara para justificar esta preferencia –un argumento que está relacionado con la dificultad avanzada al final del párrafo precedente– puede condensarse en la siguiente reflexión.

Como consecuencia de la singular estructura de las obligaciones de protección (*ibid.*, pp. 47 y ss.)<sup>13</sup>, el legislador cuenta en principio con un amplio “margen de acción” para la “fijación de medios”<sup>14</sup>, un margen del que, por el contrario, no se dispone (o que es muy reducido) en el caso de la mayoría de las obligaciones de abstención. La ausencia de este margen de acción explica en gran medida la menos problemática exigibilidad judicial de los derechos fundamentales más próximos al tipo ideal de los de defensa. Con razón sostiene Gavara que, mientras que los últimos se definen “normativamente por la ausencia de coacción estatal, de forma que pueden desplegar su contenido prescriptivo sin un desarrollo infraconstitucional añadido” (*ibid.*, p. 34), los derechos de prestación han de ser delineados y articulados normativamente en consonancia con su objeto, porque, de lo contrario, la pretensión de protección sería inejecutable. Puede consistir este objeto en una prestación fáctica (cual la que asegura el artículo 27.9 CE) u normativa (tal y como resulta de los derechos a la organización y procedimiento reconocidos en los artículos 17.4 o 24.1 CE), pero en ambos casos es el legislador, sobre el que recae la obligación de actuar en beneficio del titular del derecho<sup>15</sup>, quien lo configura decisivamente.

## 2 Los elementos materiales del objeto de los derechos de defensa

En el capítulo 3, Gavara emprende un minucioso análisis del ámbito de protección de los derechos de defensa, esto es, de los “elementos materiales” característicos del objeto de aquellos. Es por esta razón por la que cabe considerar las casi tres docenas de páginas que componen este capítulo como el núcleo de la obra. El autor catalán incluye entre los “elementos materiales” característicos del objeto de los derechos de defensa (2.1) el bien o bienes jurídicos protegidos, (2.2) el supuesto de hecho y (2.3) el objeto material de protección.

<sup>13</sup> Mientras que las obligaciones negativas emanadas de los derechos de defensa tienen una “estructura conjunta” porque, en principio, prohíben cualquier intervención en el ámbito de protección de un derecho o libertad (“Cuando existe una prohibición de destruir o perjudicar algo, entonces está prohibido cualquier acto de destrucción o de perjuicio”), los deberes positivos derivados de los “derechos de prestación de carácter autónomo” presentan una “estructura alternativa” o “disyuntiva” porque “[...] no cualquier acto de protección o apoyo es exigido. La prohibición de matar implica, al menos *prima facie*, la prohibición de cualquier acto de matar, mientras que el mandato de rescate no implica el mandato de llevar a cabo todos los actos de rescate posibles. Puede ser posible rescatar a un hombre que se ahoga nadando hasta él, o lanzándole una balsa salvavidas, o incluso enviando un barco, pero no se requieren simultáneamente los tres. Lo que se precisa es que se lleve a cabo el primer acto o el segundo o el tercero” (ALEXY, R., “Sobre los derechos constitucionales a protección”, *Alexy, R., et al., Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, pp. 45-84, p. 55).

<sup>14</sup> La voluntad de precisar este margen de acción ha llevado a algunos autores alemanes a desarrollar la noción de un “nivel mínimo de protección” más allá (o, mejor dicho, por encima) del cual el legislador podría actuar discrecionalmente. *Vid.*, a modo de ejemplo, ISENSEE, J., “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Pflicht”, *Isensee, J. y Kirchhof, P. (eds.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, tomo V, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 1992, pp. 143-242, nn. mm. 293-307.

<sup>15</sup> De las consecuencias de este tipo de obligaciones se ocupa el autor en GAVARA DE CARA, J.C., *Los derechos fundamentales como derechos de defensa. Reconstrucción jurisprudencial de su contenido prescriptivo*, cit., pp. 121-130.

## 2.1 El “bien” o “bienes jurídicos protegidos”

En primer lugar, el objeto de un derecho de defensa se caracteriza por que en la disposición en la que se lo enuncia se hace referencia a un *bien jurídico protegido*, es decir, se caracteriza por una “especificación del sector material o ideal protegido por el derecho fundamental” (*ibid.*, p. 81). Además de la identificación del último, la especificación del bien jurídico protegido permite su diferenciación respecto de otros derechos fundamentales. Siguiendo una conocida distinción elaborada por la doctrina alemana, Gavara sostiene que los bienes jurídicos pueden ser subjetivos u objetivos. Los primeros conllevan la “autodeterminación del titular en ámbitos materiales”, como ocurre con la práctica de la religión (artículo 16.1 CE) o la libertad de expresión (artículo 20.1.a CE). Existe en estos casos un ámbito constitucional inmune a la coacción estatal, lo que comporta tanto un deber de abstención de los poderes públicos como el reconocimiento de un *agere licere* para la o el titular del derecho fundamental: las personas pueden hacer o no hacer proselitismo de sus creencias religiosas (STC 141/2000, FJ 4), asociarse o no asociarse (STC 104/1999, FJ 2), sindicarse o no hacerlo (STC 44/2001, FJ 3), etc.

En este punto, la exposición del autor catalán reviste interés sobre todo a causa de una tesis controvertida. Gavara desvincula la antedicha potestad de decidir de los bienes jurídicos destinados a proteger cualidades físicas o posiciones jurídicas, pues considera a los últimos exclusivamente objetivos. El corolario de esta caracterización consiste en que se niega a la persona titular la autodeterminación en estos sectores materiales, que son “preestablecidos de antemano sin que exista ningún margen de acción subjetiva sobre el mismo”. Según Gavara, el ejemplo paradigmático de esta ausencia de autodeterminación lo ofrece el derecho a la vida, “que no es un derecho de libertad” ni un derecho “a decidir sobre la propia muerte”, lo que impide que una persona se autodetermine cuando lo que está en juego es su propia vida. Por esta razón, el autor catalán no duda en subrayar (*ibid.*, p. 95) que, “en la medida en que el bien objetivo de los derechos de defensa tiene una mayor repercusión en las relaciones sociales y, en consecuencia, aparecen mayores posibilidades de conflictividad, se trata más de una garantía institucional o de instituto”. En el caso de la vida o la salud, además, aunque también en el de la investigación científica o el arte, recae sobre el Estado una “obligación de neutralidad y distancia” que “no admite definiciones oficiales”; a este respecto caben únicamente medidas tuitivas destinadas a dotar de eficacia a los derechos fundamentales correspondientes.

Este planteamiento, excesivamente fiel a la STC 120/1990, FJ 7, ha sido recientemente modulado por el Tribunal Constitucional español. Para este, que la vida humana sea “condición de posibilidad del resto de derechos” y que el “derecho a la vida se configur[e] como el derecho a la protección de la existencia física de las personas, que comporta para el poder público deberes negativos, o de abstención, y positivos, de protección frente a ataques de terceros” no autoriza a atribuir “carácter absoluto a la vida” o imponer a los poderes públicos una obligación de protección “incondicional que implique un paradójico deber de vivir”; de ahí que no quepa

regap



RECENSIONES

impedir “el reconocimiento constitucional de decisiones autónomas sobre la propia muerte en situaciones de sufrimiento debido a una enfermedad o padecimiento incurable médicamente constatable y que la persona experimenta como inaceptable” (STC 19/2023, FJ 6, C, b, i).

## 2.2 El “supuesto de hecho”

En segundo lugar, alude Gavara al *supuesto de hecho* de un derecho fundamental. Dicho supuesto está integrado por las condiciones de aplicación materiales o formales de tal derecho o “acotaciones materiales” al mismo. En el artículo 21.1 CE, p. ej., se reconoce a las personas el derecho de reunirse únicamente cuando lo hacen “pacíficamente” y “sin armas”. Bien jurídico y supuesto de hecho facilitan entonces la determinación del “alcance potencial” del derecho fundamental (*ibid.*, p. 82). En esta alusión a un alcance potencial resuenan los ecos de lo que en Alemania se califica como concepción amplia del ámbito de protección de un derecho fundamental<sup>16</sup>. Tanto es así que, en un pasaje posterior, Gavara llega a asimilar el supuesto de hecho del derecho fundamental a su ámbito potencial, pues “no sirve para estructurar exclusivamente el contenido, ni determina de forma directa y plena el ejercicio del derecho fundamental” (*ibid.*, p. 97). A mi juicio, en esta apreciación radica otra de las virtudes del libro del autor catalán. Consiste esta virtud, como se detallará en apartados posteriores (4 y 5) de esta recensión, en llamar la atención sobre la conveniencia de reflexionar acerca de la secuencia o estructura del control de las actuaciones de los poderes públicos presuntamente lesivas de un derecho o libertad. Antes de ocuparse de esta estructura, no obstante, hace falta todavía precisar el tercero de los “elementos materiales” característicos del objeto de los derechos de defensa: el objeto material de protección.

## 2.3 El “objeto material de protección”

Mientras que bien jurídico y supuesto de hecho resultan únicamente de la interpretación de los preceptos en los que se enuncia un derecho fundamental, el tercero de los “elementos materiales” característicos del objeto de un derecho fundamental, el *objeto material de protección* resulta tanto de la exégesis de dicho precepto –el cual puede contener específicas “concreciones” del derecho fundamental– como del desarrollo normativo llevado a cabo, normalmente, a través de normas de rango legal<sup>17</sup>. A la primera se refiere Gavara como “delimitación” (STC 53/1985, FJ 5), mientras que para la segunda reserva el autor catalán la calificación de “intervención legislativa”.

La *delimitación* de un derecho fundamental es, para Gavara, una operación “estática”, por cuanto entraña una interpretación “abstracta” de la disposición de derecho

<sup>16</sup> *Vid.*, a modo de resumen, ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES, J., “Objeto y contenido de los derechos fundamentales: presupuestos e implicaciones de una nueva diferenciación dogmática”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 18, 2006, pp. 305-319.

<sup>17</sup> Una excepción a esta regla puede encontrarse en los supuestos de “reserva absoluta de resolución judicial”, “monopolio jurisdiccional” o “reserva de jurisdicción” de los arts. 18.3, 20.5 y 22.4 CE.

fundamental en la que están implicados numerosos conceptos extrajurídicos (*ibid.*, p. 100). Por lo que respecta a la interpretación de los preceptos constitucionales en los que se enuncian derechos de defensa, resalta el autor la existencia de dos concepciones, una subjetiva y otra objetiva. De acuerdo con la primera, la determinación del alcance de un derecho fundamental corresponde a su titular, por lo que el “ámbito de protección” de un derecho de defensa se configura en tales casos a partir de la comprensión propia del individuo. Gavara considera un inconveniente la importancia que esta concepción otorga a la arbitrariedad del sujeto, ya que hace perder al derecho fundamental su condición de “medida de la generalidad y de la libertad igual para todos”. Además, el autor catalán considera que esta concepción no permite resolver satisfactoriamente los desafíos planteados por la vinculación positiva del Estado a los derechos fundamentales y las colisiones entre estos, de suerte que se muestra más partidario del recurso a una concepción objetiva para la interpretación de las disposiciones de derechos fundamentales.

La *intervención*, por su parte, fija el alcance del objeto material de protección de un derecho de defensa de forma “constitutiva, externa a las normas constitucionales” que los enuncian, y representa por ello una “injerencia” estatal que incide –reduciéndolo– en un ámbito previamente *delimitado*<sup>18</sup>. Entraña la intervención, por ende, una determinación del “alcance real y el objeto material de protección [del] derecho de libertad” que, por suponer normalmente una merma de la potencial libertad del individuo, debe presentar en todo caso “suficiente justificación y corrección constitucional”<sup>19</sup>. Como se explicará en un apartado posterior, esta exigencia comporta que la constatación de una intervención pone en marcha un minucioso “esquema de control”<sup>20</sup> o proceso de justificación constitucional de la misma. Antes de abordar este asunto (5) hace falta todavía precisar la intrincada noción “intervención” (4).

### 3 La intervención en los derechos de defensa

Con arreglo a una concepción clásica en el derecho constitucional alemán, se produce una intervención en un derecho de defensa cuando el Estado ejerce su potestad de coerción a través de una disposición normativa o de un acto jurídico con la finalidad de restringir el alcance de dicho derecho. *Contenido imperativo, forma jurídica, intencionalidad e inmediatez* constituyen, por ende, los rasgos tradicionalmente definitorios de una “intervención”, concepto jurídico al que Gavara dedica el capítulo

<sup>18</sup> Como consecuencia de ello, la prohibición de conductas ajenas al objeto material de protección de un derecho fundamental (como, p. ej., las reuniones no pacíficas) o de las que constituyan un abuso del mismo no tendrán la consideración de intervenciones, sino la de delimitaciones.

<sup>19</sup> GAVARA DE CARA, J.C., *Los derechos fundamentales como derechos de defensa. Reconstrucción jurisprudencial de su contenido prescriptivo*, cit., p. 142. Los derechos de defensa se caracterizan, en general, por su tendencia a aparecer como “normas constitucionales completas” (*ibid.*, p. 83), es decir, por no requerir un ulterior desarrollo normativo; de ahí que, cuando el legislador acota el “objeto material de protección”, este desarrollo sea percibido casi siempre como un límite o una restricción del “bien jurídico” y del “supuesto de hecho” del derecho fundamental.

<sup>20</sup> Se utiliza aquí la expresión de DREIER, H., “Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG”, Dreier, H. (ed.), *Grundgesetz-Kommentar*, 3.ª ed., Beck, München, 2013, pp. 42-153, n. m. 123.

4 del libro. La concepción antedicha, no obstante, se ha visto superada por otra –la moderna– más sensible a las condiciones requeridas para hacer efectiva la libertad jurídica<sup>21</sup>. Al contrario que el tradicional, el concepto moderno de intervención no presupone una “interferencia estatal en un bien jurídico protegido por un derecho fundamental en contra de la voluntad de su titular (*Einwirkung des Staates auf ein grundrechtliches Schutzgut gegen den Willen des Grundrechtsträgers*)”<sup>22</sup> que, además, revista forma jurídica, contenido imperativo y carácter inmediato e intencional. En nuestros días basta con que dicha interferencia tenga una «intensidad no insignificante (*nicht unerheblich*)»<sup>23</sup> para que se la considere una intervención en el mismo y, por consiguiente, ponga en marcha el “esquema de control” o proceso de justificación constitucional anteriormente aludido.

El planteamiento de Gavara en la obra aquí reseñada es deudor de la última de las concepciones descritas. En su opinión, a las intervenciones identificadas a partir de los criterios tradicionales se deben añadir las interferencias en el ámbito de protección de un derecho fundamental que, sin haberse buscado o aun no habiéndose materializado, alcancen una intensidad mínima a la luz de “la cualidad del bien protegido, la intensidad del peligro, los usos sociales y la adecuación social”, así como de la voluntad de evitar que se perjudique el “nivel de protección alcanzado con anterioridad”<sup>24</sup>. La frecuente contraposición de intereses de distintos titulares de derechos fundamentales<sup>25</sup> conlleva que la definitiva determinación del alcance de cada derecho dependa de las “necesidades coyunturales de inafectabilidad de cada derecho de defensa examinado en concreto” (*ibid.*, p. 73). En este tipo de colisiones entre derechos, corresponde primariamente al legislador delimitar aquellas “necesidades” en atención a las consecuencias perjudiciales que el ejercicio de cada uno de los derechos entraña para otros (principio *neminem laedere*) y, cuando esta solución sea oportunamente cuestionada, deberá el Tribunal Constitucional resolver la controversia sobre la base de una ponderación.

<sup>21</sup> La singular relación de los derechos fundamentales con la ley desaconseja concebir a la segunda en todos los casos con un mero ejercicio de injerencia estatal en la libertad de los individuos. Esto se debe a que la efectividad de los derechos en las relaciones *inter privatos* depende también de que se articulen mecanismos de garantía de los mismos a través, precisamente, de una ley. Al general deber de abstenerse de interferencias con la libertad personal que recae sobre todos los poderes públicos, por tanto, ha de añadirse la obligación de proteger dicha libertad frente a ataques de cualesquiera individuos. A esto se refiere Gavara al postular la vigencia de un “derecho a la seguridad en las relaciones jurídicas frente a cualquier destinatario” (GAVARA DE CARA, J.C., *Los derechos fundamentales como derechos de defensa. Reconstrucción jurisprudencial de su contenido prescriptivo*, cit., p. 135). Esta circunstancia no solo ha conducido a una relativización del concepto de “intervención” en un derecho fundamental, sino que lo ha ensanchado al incluir en él tanto acciones como omisiones de los poderes públicos que puedan ser causalmente enlazadas con un perjuicio para la o el titular de un derecho.

<sup>22</sup> ISENSEE, J., “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Pflicht”, cit., n. m. 106.

<sup>23</sup> *Vid.*, en este sentido, BETHGE, H., “Der Grundrechtseingriff”, *Der Grundrechtseingriff. Öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen einer Informationsordnung. Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Osnabrück vom 1. bis 4. Oktober 1997*, De Gruyter, Berlin 2013, p. 40; o SCHMIDT-ASSMANN, E., *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, INAP/Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 80 y ss. La protección otorgada por el BVerfG, por tanto, no alcanza a las intervenciones o «sacrificios mínimos» (ISENSEE, J., “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Pflicht”, cit., n. m. 106).

<sup>24</sup> GAVARA DE CARA, J.C., *Los derechos fundamentales como derechos de defensa. Reconstrucción jurisprudencial de su contenido prescriptivo*, cit., p. 144.

<sup>25</sup> *Vid.*, p. ej., la que se da entre el derecho a la vida y a la integridad física, por una parte, y el derecho a circular libremente (GAVARA DE CARA, J.C., *Los derechos fundamentales como derechos de defensa. Reconstrucción jurisprudencial de su contenido prescriptivo*, cit., pp. 206-210).

## 4 La justificación de las intervenciones en los derechos de defensa

De lo anterior se desprende que los conflictos entre derechos de defensa o entre estos y otros derechos, principios o bienes constitucionalmente relevantes se han vuelto no solo cada vez más frecuentes, sino inherentes a la dogmática contemporánea de los derechos fundamentales. Si esta no puede practicarse de espaldas a tales colisiones, la cuestión que entonces se plantea es la de cómo valorar la licitud de una intervención en un derecho de defensa, máxime en aquellos casos en que la restricción persigue la satisfacción de la vinculación positiva de los poderes públicos a otro derecho o libertad. Gavara defiende aquí que la constitucionalidad de la actuación estatal “se decide a partir de un proceso de justificación constitucional” (*ibid.*, pp. 138 y ss.).

En primer lugar, forma parte de este proceso la comprobación consistente en verificar que se ha respetado el principio de legalidad y, en su caso, la correspondiente reserva de ley. En este punto, sin embargo, el autor no ofrece una explicación general de la relación entre las reservas de ley contenidas en los artículos 53.1 y 81.1 CE, por una parte, y las reservas de ley enunciadas en específicas disposiciones de derecho fundamental (artículos 16.1, 28.2, 33.2, 37.2, etc.), por otra. En segundo lugar, forma parte del proceso de justificación constitucional una “ponderación oportuna” de las cargas y beneficios. Aunque no examina exhaustivamente los elementos que han de formar parte de tal ponderación, Gavara se refiere a algunos de los criterios que deberían orientarla. Entre los criterios de ponderación cualitativos, se encuentra “la cualidad del bien protegido, la intensidad del peligro, los usos sociales y la adecuación social”, así como el mayor respeto posible por “el nivel de protección alcanzado con anterioridad en los derechos de libertad”. En general, persiguen todos estos criterios que la valoración de la actuación impugnada no se lleve a cabo de acuerdo con “fórmulas generales”, sino que se atienda al caso concreto. En este sentido, señala todavía el autor catalán que la interpretación de los tres elementos precedentes y el control de las eventuales restricciones efectuadas sobre un derecho fundamental no deben tener lugar aisladamente, “sino en el contexto de la norma y en conexión con su sentido y función constitucional”<sup>26</sup>.

De conformidad con tales criterios, Gavara dedica los capítulos 5, 6 y 7 del libro a reconstruir el objeto del derecho a la libertad ideológica, religiosa y de culto; de las libertades comunicativas; de los derechos a circular y a escoger la residencia libremente; de los “derechos de libertad conectados al fenómeno asociativo con

<sup>26</sup> GAVARA DE CARA, J.C., *Los derechos fundamentales como derechos de defensa. Reconstrucción jurisprudencial de su contenido prescriptivo*, cit., pp. 144 y ss. Recuerda esta advertencia a los temores de quienes tempranamente denunciaron el peligro de una “abstención frente a los hechos” en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: “Esta ausencia de análisis de la realidad fáctica (que frecuentemente es resultado también de una normación jurídica) es, a mi juicio, uno de los rasgos más preocupantes de la obra del Tribunal. En ausencia de tal análisis, en efecto, la interpretación constitucional se sitúa en un plano extremadamente formal en el que apenas puede valerse de otros instrumentos que los ofrecidos por los ‘métodos’ tradicionales, cuya insuficiencia debilita el razonamiento que, cuando no conduce a aceptar pura y simplemente la decisión del legislador, no ofrece fundamento suficiente para invalidarla, si no es por consideraciones formalistas con las que, a mi juicio, no siempre se sirve con eficacia al espíritu de la Constitución” (RUBIO LLORENTE, F., “Problemas de la interpretación constitucional en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español”, *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, CEC, Madrid, 1993, p. 622).

carácter participativo o económico”; de los derechos a la vida y a la integridad física y moral; de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen; del derecho a la propiedad privada; del derecho de petición; y del derecho a la huelga. Para ello, se apoya Gavara básicamente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, aunque también (y a pesar de la falta de un consenso doctrinal generalizado) en las opiniones de diversos especialistas. Dado que una síntesis del esfuerzo de clarificación de cada uno de estos derechos no tiene cabida dentro de los estrechos márgenes de esta recensión, a continuación se hará referencia, a modo de ejemplo y para finalizar, a una cuestión de notable interés debido a su relación con los nuevos desafíos planteados para los derechos fundamentales por la creciente complejidad de las estructuras sociales.

Sostiene Gavara que, como consecuencia de la vinculación positiva de los poderes públicos, los derechos fundamentales son “indisponibles” e “inembargables”. En particular, Gavara afirma que “ninguna persona puede ser privada de sus derechos fundamentales como principio, *ni siquiera en el ejercicio de su autonomía de la voluntad*” (*ibid.*, pp. 78, 273 y ss.), ya que eso vulneraría la dignidad de la persona (artículo 10.1 CE). Para ilustrar su opinión, Gavara aclara que nadie puede “vender con efectos transmisivos definitivos su intimidad o su cuerpo” (*ibid.*, pp. 79 y 274); sin embargo, las “tesis de la indisponibilidad” y de la “inembargabilidad” corren el riesgo de verse superadas, p. ej., por los nuevos escenarios planteados por la ciencia y la tecnología o por la progresiva extensión del espacio de disposición que el ordenamiento jurídico español reconoce a las “partes separadas del cuerpo”<sup>27</sup>. Libros como el aquí analizado obligan a continuar reflexionando con el máximo rigor sobre las amenazas que estas nuevas realidades pueden generar al desplazar las fronteras de los derechos fundamentales y, con ellas, las de nuestra igual libertad.

---

<sup>27</sup> Algunos de los problemas dogmáticos planteados por tales fenómenos han sido recientemente analizados por PASCUAL MEDRANO, A., “El derecho a disponer del propio cuerpo: las partes separadas del cuerpo”, Chueca, R. (dir.), *Las fronteras de los derechos fundamentales en la Constitución normativa*, CEPC, Madrid, 2019, pp. 296-307. En el mismo volumen pueden verse también CHUECA, R., “Debilidades estructurales del derecho fundamental”, Chueca, R. (dir.), *Las fronteras de los derechos fundamentales en la Constitución normativa*, CEPC, Madrid, 2019, p. 47; y RUIZ LAPEÑA, R.M., “Autodeterminación individual y derechos fundamental”, Chueca, R. (dir.), *Las fronteras de los derechos fundamentales en la Constitución normativa*, CEPC, Madrid, 2019, pp. 185-209.

# 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 “Comentarios e Crónicas”.
4. Os traballos que se propoñen para a súa publicación como artigos deberán incluír, por esta orde:
  - a) Un título descritivo do contido. Xunto co nome, apelidos, profesión ou cargo do 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 "Comentarios y Crónicas".
4. Los trabajos que se proponen para su publicación como artículos deberán incluir, por este orden:
  - a) Un título descriptivo del contenido. Junto con el nombre, apellidos, profesión o cargo del 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 reseña) recibido, los derechos exclusivos e ilimitados para reproducir y distribuir los trabajos en cualquier forma de reproducción, idioma y país serán transferidos a la *Escola Galega de Administración Pública* (EGAP).





## SELECTION AND EVALUATION PROCESS OF ORIGINALS

The selection of texts that will be included in the *Galician Magazine of Public Administration* is based on the following criteria; originality, novelty, relevance and accuracy. Original texts that do not meet requirements listed below will be returned to the authors to be corrected before being submitted for evaluation. Once originals have been received and checked that comply with publication requirements, the Secretary will confirm that the original texts have been received and give an estimated date to be accepted. Texts will be reviewed by two (Phd or equivalent) experts from out of the editorial board. Evaluation process will be anonymous to ensure the independence in the selection. The texts will be evaluated as accepted, accepted with modifications or rejected. In the case the text is accepted with modifications, the publishing team will be in charge of following up the resubmission of the text (author will be informed). In the case of the text being rejected, the original will be returned to the author together with the evaluation assessment. Before the text is published the author will receive by email a final copy to make any changes on the final edition if needed in the next fifteen days.

## PUBLICATION REQUIREMENTS

1. Proposals of collaboration with the *Galician Magazine of Public Administration* will be through the electronic platform available at the following link: <https://egap.xunta.gal/revistas/REGAP>
2. The original texts will be received before 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 "Comments and Chronicles".
4. The works proposed as articles will include in the following order:
  - a) A title describing contents together with name, surnames, profession, position, name and country of the institution, and email address of the author(s).
  - b) A summary (maximum of 120 words) in the language in which the main text is submitted and translation to English language if this wasn't the language of choice.
  - c) A minimum of five key words, and a maximum of ten, stressing the contents of the main text. They will be translated to the English language if this wasn't the language of choice.
  - d) Index would follow a CDU structure. (Example: 1, 1.1, 1.1.1, 1.1.1.a ...).



- e) Text's main body.
  - f) Bibliography.
5. The works should be checked carefully by the author(s) in regards with style. In addition, the originals should comply with the following requirements:
- a) All the works will have to be presented to a space and to a half, with format of source *Times New Roman*, size 12.
  - b) Notes will appear as footnotes and keeping a correlative numeration in all the work. Notes should be adjusted to the next model:
    - BOOK: AUTHOR, *Title of the publication*, number. Publish, place of publication, editor, year, page.
    - AUTHOR, "Title of the article", *Title of the source* (magazine or review), number, year, pages.
  - c) Bibliography must include all information sources consulted and mentioned in the work (authorship, completed title, editor, city and year of publication; should the source belong to a serie, the number of the volume will be also included).
  - d) Documents, online sources and/or databases will contain its URL and date of last. For example: <http://egap.xunta.es/publicacions/publicacionsPorCategoria/12> (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).







