

REVISTA VASCA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

<https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.120.2021>

15 En recuerdo de Pablo Pérez Tremps

ESTUDIOS

- 19 **Brufao Curiel, Pedro:** Funcionarios interinos y empleo público: análisis general de su controvertido régimen jurídico
- 61 **Cueto Pérez, Miriam:** Buen gobierno y buena administración en la sanidad pública
- 103 **Esteban Ríos, Javier:** Algunas reflexiones sobre las distintas alternativas existentes para financiar el mantenimiento y conservación de las carreteras españolas
- 137 **Tajadura Tejada, Javier:** El Estado de Derecho frente al COVID: reserva de ley y derechos fundamentales

JURISPRUDENCIA

- 179 **Alonso García, M.ª Consuelo:** El Supremo «alivia» la carga procesal del lesionado y determina el momento de la aparición del daño en la acción de responsabilidad patrimonial contra el legislador
- 209 **García Ureta, Agustín:** Métodos tradicionales de caza y Directiva de aves silvestres. Comentario al asunto C-900/19, One Voice, STJUE de 17-03-2021
- 231 **Leiva López, Alejandro:** La prohibición del enriquecimiento injusto de la Administración Pública y el reconocimiento extrajudicial de créditos
- 251 **Moreno García, Javier:** El alcance material de la reserva de jurisdicción del art. 117.3 CE: la STC 141/2020 y las medidas cautelares adoptadas por la Administración Tributaria en sede judicial
- 275 **Serrano Lasa, Iñaki:** El uso obligatorio de las mascarillas y su afectación a los derechos fundamentales en el Tribunal Supremo

NOTAS

- 319 **Ezquerria Huerva, Antonio:** Sobre la Administración competente para sancionar a los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional interinos
- 347 **Fernández-Espinar Muñoz, Carlos:** El régimen jurídico de los montes públicos y su inscripción en el Registro de la Propiedad: debate doctrinal e instrumentos jurídicos de protección
- 377 **García Lupiola, Asier:** Energia-trantsizioa Europar Batasunean: oinarritzko arauketa, helburuen betetze-maila eta Europako Itun Berdea garatzeko proposamenak
- 407 **Izu Beloso, Miguel José:** Los órganos administrativos transitorios

BIBLIOGRAFÍA

- 437 López Castillo, A. (Director): *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Diez años de jurisprudencia*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019. (Javier Tajadura Tejada)
- 442 Hernández López, Claudia: *Los fondos públicos. Estudio de su régimen jurídico-administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, 317 págs. (José Luis Burlada Echeveste)
- 448 Boto Álvarez, Alejandra: *Administración y doctrina de los actos propios. Incoherencias aplicativas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, 320 págs. (José Luis Domínguez Álvarez)

Los originales destinados a la publicación en esta REVISTA deberán dirigirse a la Secretaría de la misma: Instituto Vasco de Administración Pública - OÑATI (Gipuzkoa).

argitalpenak-ivap@ivap.eus

PRECIOS DE SUSCRIPCIÓN ANUAL:

Número suelto	España
<hr/> 26,00 €	<hr/> 62,40 €

Herri-Ardura
laritzako
Euskal
Aldizkaria

REVISTA VASCA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

www.ivap.euskadi.net/rvap

<https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.120.2021>

IVAP

HERRI ARDURALARITZAREN
EUSKAL ERAKUNDEA

Erakunde Autonomiaduna
Organismo Autónomo del



Oñati (Gipuzkoa)

MAIATZA
ABUZTUA

2021 MAYO
AGOSTO

120

El Instituto Vasco de Administración Pública no se identifica con los juicios y opiniones de los autores reproducidos en esta Revista.

Versión impresa ISSN: 0211-9560

Versión en línea ISSN: 2695-5407

Depósito legal: BI - 551-89

Fotocomposición: Ipar, S. Coop. Zurbaran, 2-4 (48007 Bilbao)

DIRECCIÓN DE LA REVISTA:

Director: Edorta COBREROS MENDAZONA (UPV/EHU)

Secretaria: Carmen AGOUÉS MENDIZABAL (UPV/EHU)

Secretaria técnica: Begoña ALBERDI EZPELETA (IVAP)

CONSEJO DE REDACCIÓN:

Vocales: Iñaki AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA (UPV/EHU).
Nieves ARRESE IRIONDO (UPV/EHU).
Peru BAZAKO ATUTXA (Diputación Foral de Gipuzkoa).
Elisabete BIZKARRALEGORRA OTAZUA (Ayuntamiento de Bilbao).
José Manuel CASTELLS ARTECHE (UPV/EHU).
Javier CORCUERA ATIENZA (UPV/EHU).
Josu ERKOREKA GERVASIO (Universidad de Deusto).
Miguel Ángel GARCÍA HERRERA (UPV/EHU).
Agustín GARCÍA URETA (UPV/EHU).
Juana GOIZUETA VÉRTIZ (UPV/EHU).
Juan Luis IBARRA ROBLES (Tribunal Superior de Justicia del País Vasco).
Gurutz JAUREGUI BERECIARTU (UPV/EHU).
Rafael JIMÉNEZ ASENSIO (Universidad Pompeu Fabra).
Henri LABAYLE (Universidad de Pau y de los Países del Adour).
Santiago LARRAZABAL BASAÑEZ (Universidad de Deusto).
Iñaki LASAGABASTER HERRARTE (UPV/EHU).
Alberto LÓPEZ BASAGUREN (UPV/EHU).
Maitena POELEMANS (Universidad de Pau y de los Países del Adour).
Martín M.º RAZQUIN LIZARRAGA (Universidad Pública de Navarra).
Alejandro SAIZ ARNAIZ (Universidad Pompeu Fabra).
Juan Ignacio UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA (UPV/EHU).
Maite URIARTE RICOTE (UPV/EHU).
Maite ZELAIA GARAGARZA (UPV/EHU).
Ángel ZURITA LAGUNA (Ayuntamiento de Bilbao).

CONSEJO ASESOR:

Luis AGUIAR DE LUQUE (Univ. Carlos III).
Eliseo AJA FERNÁNDEZ (Univ. de Barcelona).
Jokin ALBERDI BIDAGUREN (UPV/EHU).
Enoch ALBERTÍ ROVIRA (Univ. de Barcelona).
Juan Manuel ALEGRE ÁVILA (Univ. de Cantabria).
Ricardo ALONSO GARCÍA (Univ. Complutense de Madrid).
Consuelo ALONSO GARCÍA (Univ. de Castilla-La Mancha).
M.^a Rosario ALONSO IBÁÑEZ (Univ. de Oviedo).
Bertrand ANCEL (Univ. de Paris II, Francia).
Larry ANDRADE-ABULARACH (Univ. Rafael Landivar. Guatemala).
Estanislao ARANA GARCÍA (Univ. de Granada).
Esteban ARLUCEA RUIZ (UPV/EHU).
Xabier ARZOZ SANTISTEBAN (UPV/EHU).
José Luis ÁVILA ORIVE (Univ. de Deusto).
Géraldine BACHOUÉ PEDROUZO (Univ. de Pau, Francia).
José María BAÑO LEÓN (Univ. Complutense de Madrid).
Daniel BARCELÓ ROJAS (Univ. Autónoma de México).
Javier BARNÉS VÁZQUEZ (Univ. de Huelva).
Maggy BARRERE UNZUETA (UPV/EHU).
Concepción BARRERO RODRÍGUEZ (Univ. de Sevilla).
Francisco BASTIDA FREIJEDO (Univ. de Oviedo).
Miguel BELTRÁN DE FELIPE (Univ. de Castilla-La Mancha).
Joxerramon BENOETXEA CABALLERO (UPV/EHU).
Juan María BILBAO UBILLOS (Univ. de Valladolid).
Ignacio BORRAJO INIESTA (Tribunal Constitucional).
Iñigo BULLAIN LÓPEZ (UPV/EHU).
Francisco Javier CABALLERO HARRIET (UPV/EHU).
Arantza CAMPOS RUBIO (UPV/EHU).
Eloísa CARBONELL PORRAS (Univ. de Jaén).
Ana CARMONA CONTRERAS (Univ. de Sevilla).
Marc CARRILLO LÓPEZ (Univ. Pompeu Fabra).
José Luis CASCAJO CASTRO (Univ. de Salamanca).
Carlo CASONATO (Univ. de Trento, Italia).
Federico CASTILLO BLANCO (Univ. de Granada).
José Ignacio CUBERO MARCOS (UPV/EHU).
Miriam CUETO PÉREZ (Univ. de Oviedo).
Carmen CHINCHILLA MARÍN (Univ. de Alcalá de Henares).
Francisco DELGADO PIQUERAS (Univ. de Castilla-La Mancha).
Silvia DEL SAZ CORDERO (UNED).
Eva DESDENTADO DAROCA (Univ. de Alcalá de Henares).
Francisco Javier DíEZ REVORIO (Univ. de Castilla-La Mancha).
Luis M.^a DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ (Univ. de Castilla La Mancha).
Adriana DREYZIN DE KLOR (Univ. de Córdoba, Argentina).
Antonio EMBID IRUJO (Univ. de Zaragoza).
Eduardo ESPÍN TEMPLADO (Univ. de Castilla-La Mancha).
José ESTEVE PARDO (Univ. de Barcelona).
Javier EZQUIAGA GANUZAS (UPV/EHU).
Antonio FANLO LORAS (Univ. de La Rioja).
Severiano FERNÁNDEZ RAMOS (Univ. de Cádiz).
María del Carmen FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (UNED).
Juan Ramón FERNÁNDEZ TORRES (Univ. Complutense de Madrid).
Vicenzo FERRARI (Univ. de Milán, Italia).
Tomás FONT I LLOVET (Univ. de Barcelona).
Enric FOSSAS ESPADALER (Univ. Autónoma de Barcelona).
Mercedes FUERTES LÓPEZ (Univ. de León).
Eduardo GAMERO CASADO (Univ. Pablo Olavide).
Gerardo GARCÍA-ÁLVAREZ GARCÍA (Univ. de Zaragoza).
Zoraida GARCÍA CASTILLO (Univ. Autónoma de México).
Fco. Javier GARCÍA ROCA (Univ. Complutense de Madrid).
Nuria GARRIDO CUENCA (Univ. de Castilla-La Mancha).
Ángel GARRORENA MORALES (Univ. de Murcia).

Ángel GÓMEZ MONTORO (Univ. de Navarra).
Julio Víctor GONZÁLEZ GARCÍA (Univ. Complutense de Madrid).
Ana Rosa GONZÁLEZ MURUA (UPV/EHU).
Isabel GONZÁLEZ RÍOS (Univ. de Málaga).
Emilio GUICHOT REINA (Univ. de Sevilla).
Concepción HORGUÉ BAENA (Univ. de Sevilla).
Juan IGARTUA SALAVERRIA (UPV/EHU).
María Victoria ITURRALDE SESMA (UPV/EHU).
Manuel IZQUIERDO CARRASCO (Univ. de Córdoba).
Antonio JIMÉNEZ-BLANCO (Univ. Politécnica de Madrid).
Massimo LA TORRE (Univ. de Catanzaro. Italia).
Mariano LÓPEZ BENÍTEZ (Univ. de Córdoba).
Luis LÓPEZ GUERRA (Univ. Carlos III).
Fernando LÓPEZ RAMÓN (Univ. de Zaragoza).
Fernando LOUREIRO BASTOS (Univ. de Lisboa. Portugal).
Pablo LUCAS MURILLO DE LA CUEVA (Univ. de Córdoba).
Elisenda MALARET GARCÍA (Univ. de Barcelona).
Luis MARTÍN REBOLLO (Univ. de Cantabria).
Manuel MEDINA GUERRERO (Univ. de Sevilla).
Eva MENÉNDEZ SEBASTIÁN (Univ. de Oviedo).
Juan MESTRE DELGADO (Univ. de Valencia).
Antoni MILIAN i MASSANA (Univ. Autónoma de Barcelona).
Encarnación MONTOYA MARTÍN (Univ. de Sevilla).
José María MORALES ARROYO (Univ. de Sevilla).
Mariela MORALES ANTONIAZZI (Instituto Max Planck. Alemania).
Dário MOURA VICENTE (Univ. de Lisboa. Portugal).
Manuel MUNIZ (Univ. Sagrado Corazón. Puerto Rico).
Eva María NIETO GARRIDO (Univ. de Castilla-La Mancha).
Alba NOGUEIRA LÓPEZ (Univ. de Santiago de Compostela).
María Carmen NÚÑEZ LOZANO (Univ. de Huelva).
Carlos Newton PINTO DE SOUZA (Univ. Potiguar de Natal. Brasil).
José Luis PIÑAR MANAS (Univ. CEU-San Pablo).
Antonio PORRAS NADALES (Univ. de Sevilla).
Eunate PRIETO ETXANO (UPV/EHU).
Ramón PUNSET BLANCO (Univ. de Oviedo).
Tomás QUINTANA LÓPEZ (Univ. de León).
Luis RAIGOSA SOTELO (Instituto Tecnológico Autónomo de México).
Manuel REBOLLO PUIG (Univ. de Córdoba).
Miguel REVENGA SÁNCHEZ (Univ. de Cádiz).
Fernando REY MARTÍNEZ (Univ. de Valladolid).
Ricardo RIVERO ORTEGA (Univ. de Salamanca).
Orlando ROSELLI (Univ. de Florencia. Italia).
Agustín RUIZ ROBLEDO (Univ. de Granada).
Eduardo RUIZ VIEYTEZ (Univ. de Deusto).
Gerardo RUIZ-RICO (Univ. de Jaén).
Marco RUOTOLO (Univ. de Roma 3. Italia).
Miguel SÁNCHEZ MORÓN (Univ. de Alcalá de Henares).
René Javier SANTAMARÍA ARINAS (Univ. de La Rioja).
Francisco Javier SANZ LARRUGA (Univ. da Coruña).
Juan José SOLOZABAL ECHEVARRIA (Univ. Autónoma de Madrid).
Javier TAJADURA TEJADA (UPV/EHU).
Leopoldo TOLIVAR ALAS (Univ. de Oviedo).
Joaquín TORNOS MAS (Univ. de Barcelona).
M.ª Asunción TORRES LÓPEZ (Univ. de Granada).
Joan Manuel TRAYTER JIMÉNEZ (Univ. de Girona).
Roberto URIARTE TORREALDAI (UPV/EHU).
Iñigo URRUTIA LIBARONA (UPV/EHU).
Marcos VAQUER CABALLERÍA (Univ. Carlos III).
Diego VERA JURADO (Univ. de Málaga).
Francisco VILLAR ROJAS (Univ. de La Laguna).
María ZAMBONINO PULITO (Univ. de Cádiz).

KOLABORAZIOAK ARGITARATZEKO ARAUAK

RVAPen argitaratuak izan daitezen, bidalitako lanek baldintza hauek bete beharko dituzte:

Egilearen izen-abizenak eta erreferentzia akademiko edo profesionalak azaldu beharko dira, baita helbide elektronikoa ere. ORCID kodea ematea ere oso gomendagarria da. Datu horiek publiko egingo dira Aldizkarian, bidalitako lana argitaratuko duen zenbakian bertan.

Lanek ez dute izango berrogei orrialde baino gehiago, tarte eta erdirekin idatzita. Izenburuak ingeleserako itzulpena izango du, eta 100 eta 150 hitz bitarteko laburpen bat ere gehitu beharko da beti. Laburpen hori jatorrizko paragrafo bat izango da, eta hortxe egongo dira jasota lanaren aurkezpen labur bat, helburuak, metodologia eta ekarpen nagusiak, bai eta zenbait hitz gako ere (hiru eta bost bitartean). Bai paragrafoa eta bai hitz gakoak ingelesez eta EAEko bi hizkuntza ofizialetan argitaratuko dira (euskararako itzulpena RVAPek berak egin dezake, hala nahi izanez gero). Gainera, lanaren hasieran, lana nola aipatu behar den azalduko da: ABI-ZENAK, Izena (urtea), Lanaren izenburua, *Herri Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, zenbakia, hasierako-amaierako orrialdeak. Argitaratutako lanean bertan, bi data hauek zehaztuko dira: zein egunetan jaso zen lana, eta zein egunetan erabaki zen lana argitaratzea.

Lanek, izenburuaren ondoren, atalen aurkibidea izango dute.

Letra «lodia» izenburuetan eta epigrafeetan baino ez da erabiliko; testu barruan, hala behar denean, letra «etzana» baino ez da erabiliko. «Azpi-marra» ez da sekula erabiliko.

Erreferentzia bibliografikoek APA irizpideak jarraitu beharko dituzte. Aipamen-arau horien arabera, erreferentzia bibliografikoen sistema alfabetikoa erabili ahal izango da testu barruan, edo erreferentzia bibliografikoko sistema numerikoa (orri-oineko aipamenak). Baina, edonola ere, bibliografiari buruzko azken apartatu bat gehitu beharko da, eta hortxe jasoko dira testuan aipatutako lan guztiak (eta soilik horiek), oso-osorik eta alfabetikoki.

Lanak euskarri informatikoan bidali behar dira, posta elektronikoko bidez, Aldizkariaren Idazkaritzara: argitalpenak-ivap@ivap.eus. Inprentako proben zuzenketa, asko jota, probak jaso eta 72 orduko epean egin eta bidali beharko da. Ezin izango dira zuzenketa handiak edo funtsezkoak egin.

Bidalitako lana aurrez beste ezein aldizkaritara bidali gabekoa izango da, eta ez erretiratzeko konpromisoa hartu beharko da, baldin eta RVAPek

jakinarazten badu, ebaluatu ostean, argitaratzeko asmoa duela. Jakina, aurrez beste inon ez argitaratzeko konpromisoa ere hartu beharko da. Beraz, ezin da erretiratu beste aldizkari batera bidaltzeko, salbu eta RVAPek jakinarazten badu ez duela argitaratuko, edo desadostasunen bat badago lana argitaratzeko asmoa zeukan atalarekin edo sartu nahi diren aldaketekin, halakorik balego. Baldintza hori onartzea funtsezkoa da, Aldizkariak lana ebaluatzeko prozesua has dezan. Baldintza hori ez bada betetzen, RVAPek, beste zenbait neurriren artean, erabat baztertu ahal izango du egile berak bidalitako beste edozein lan.

Lanak, gutxienez, Herri Arduralaritzako Euskal Aldizkariaren Aholku Batzordeko bi espezialistak (kanpokoak) ebaluatuko dituzte, anonimatu bikoitzeko sistemaren bidez. Hala ere, RVAPen Zuzendaritzak lan bat baztertu ahal izango du ebaluazio-prozesua martxan jarri gabe, baldin eta lana, modu nabarmenean, ez bada sartzen bere tematikaren esparruan, edo ez bada egokitzen baldintzetan adierazitako edukietara edo formara. Txostenetan, ebaluatutako lanen alderdi positiboak eta negatiboak eskatuko dira, eta gomendatuko da argitaratzeko modukoak ote diren eta zein ataletan argitaratu behar diren, edo, hala badagokio, ez diren argitaratu behar. Txosten horiek aztertuta, Erredakzio Kontseiluak lana argitaratzeari buruzko behin betiko erabakia hartuko du. Lanak argitaratzeko bidaliz gero, Herri Arduralaritzako Euskal Aldizkariari, eta hari bakarrik, lagatzen zaizkio argitaratutako artikuluen erreproduktzio, banaketa eta komunikazio publikoko eskubideak, euskarri informatikoan argitaratzekoak barne.

Ebaluazio-prozesuaren eta Erredakzio Kontseiluaren erabakiaren ostean, RVAPek ofizialki helaraziko die egileei argitaratzeari buruzko erabakia, bai eta zein ataletan argitaratuko den ere —kontuan hartu beharreko aldaketekin, halakorik balego—. Bestela, jakinaraziko zaie ez dela argitaratuko.

HAEE argialetxe «urdin» gisa definitzen da, eta ez du ahalbidetzen aurre-printak zabaltzea (binakako ebaluazio-prozesua igaro ez duten artikulua).

RVAPek modu ireki, berehalako eta erabatekoan eskaintzen du edukia. IVAPek argitaratutako lanen ondare-eskubideak dauzka (*copyright*), eta aukera eta baimena ematen du lana Creative Commons BY-NC-ND lizentziapean berrerabiltzeko; beraz, kopiatu, erabili, hedatu, transmititu eta jendaurrean erakuts daiteke, baldin eta: 1) egilea eta argitalpenaren jatorrizko iturria aipatzen badira, 2) ez bada helburu komertzialetarako erabiltzen, eta 3) erabilera-lizentzia eta horren espezifikazioak aipatzen badira.

NORMAS PARA LA PUBLICACIÓN DE COLABORACIONES

Para su publicación en la RVAP, los trabajos enviados tendrán que reunir los siguientes requisitos:

Deberá figurar el nombre y apellidos del autor o autora, su referencia académica o profesional, así como su correo electrónico y es muy recomendable la indicación del orcid. Datos que se harán públicos en la propia Revista en la que se publique el trabajo.

Los trabajos no deberán sobrepasar las cuarenta páginas a espacio y medio. Su título ha de incluir la traducción al inglés y siempre deberá acompañarse un resumen de entre 100 y 150 palabras, que será un párrafo original que contenga una sucinta presentación del trabajo, los objetivos, la metodología y las aportaciones principales, así como de tres a cinco palabras-clave. Tanto aquel como estas se publicarán en inglés y en las dos lenguas oficiales del País Vasco (la traducción al euskera la facilita la propia RVAP, si así se prefiere). Además, al comienzo del trabajo, se indicará cómo citar el trabajo: APELLIDOS, Nombre (año), Título del trabajo, *Revista Vasca de Administración Pública*, número, páginas inicial-final. En fin, en el propio trabajo publicado se precisará la fecha de recepción y la de la decisión favorable a su publicación.

Los trabajos deberán llevar, tras el título, un sumario con los diversos apartados que contengan.

El tipo de letra «negrita» sólo se podrá utilizar en los títulos y epígrafes; en el cuerpo del texto, cuando proceda, sólo se empleará el tipo de letra «cursiva» y nunca podrá utilizarse el «subrayado».

Las referencias bibliográficas deberán seguir los conocidos como criterios APA. Según tales normas de citación, puede seguirse el sistema alfabético de referencia bibliográfica en el cuerpo del texto o el sistema numérico de referencia bibliográfica (las más conocidas como citas a pie de página). Pero en todo caso se deberá incluir un apartado final dedicado a la bibliografía, en el que aparecerán todos (y solo) los trabajos citados a lo largo del texto de manera completa y ordenados alfabéticamente.

Los trabajos habrán de enviarse en soporte informático, por correo electrónico, a la Secretaría de la Revista: argitalpenak-ivap@ivap.eus. La corrección de las pruebas de imprenta deberá realizarse y reenviarse en un plazo máximo de 72 horas desde la recepción de las mismas. No se podrán efectuar correcciones amplias ni sustanciales.

El trabajo enviado no ha debido ser mandado para su publicación a ninguna otra revista e implica el compromiso de no retirarlo si la RVAP comunica su intención de publicarlo tras la correspondiente evaluación y, por supuesto, de no publicarlo previamente en lugar alguno. Así, no puede retirarse para enviarlo a otra revista, salvo que la respuesta de la RVAP sea negativa a su publicación o por desacuerdo con la sección en la que se va a publicar o con las modificaciones que tuviera que introducir, en su caso. La aceptación de esta condición es indispensable para que la Revista inicie el proceso de evaluación del trabajo. El incumplimiento de este requisito permitirá a la RVAP, entre otras acciones, rechazar de plano cualquier otro trabajo enviado por el mismo autor o autora.

Los trabajos serán evaluados por al menos dos personas especialistas (externas) pertenecientes al Consejo Asesor de la Revista Vasca de Administración Pública, por el sistema de doble anonimato. No obstante, la Dirección de la RVAP podrá rechazar un trabajo, sin poner en marcha el proceso de evaluación, cuando el trabajo ostensiblemente no entre en el ámbito de su temática o no se adapte a los requisitos de contenido o formales. En los informes se solicitarán los aspectos positivos y negativos de los trabajos evaluados y se recomendará su publicación y en qué sección o, en su caso, su no publicación. A la vista de tales informes, el Consejo de Redacción adoptará la decisión definitiva sobre su publicación. El envío de los trabajos para su publicación implica la automática cesión, en exclusiva, a la Revista Vasca de Administración Pública de los derechos de distribución, comunicación pública y reproducción de los artículos publicados, incluidos soportes informáticos.

Tras el proceso evaluatorio y la decisión del Consejo de Redacción, la RVAP comunica oficialmente a los autores la decisión sobre la publicación y en qué sección —con las modificaciones que deban tomarse en consideración, en su caso— o la negativa a publicarlo.

La RVAP se define como editorial «azul» y no permite que se difundan los pre-prints (artículos que no han pasado el proceso de evaluación por pares).

La RVAP proporciona su contenido con acceso abierto, inmediato y a texto completo. El IVAP conserva los derechos patrimoniales (*copyright*) de los trabajos publicados y favorece y permite su reutilización bajo la licencia Creative Commons BY-NC-ND, pudiendo copiarse, usarse, difundir, transmitir y exponer públicamente, siempre que 1.º) se cite la autoría y la fuente original de su publicación, 2.º) no se use para fines comerciales y 3.º) se mencione la existencia y especificaciones de esta licencia de uso.

Sumario

N.º 120/2021

En recuerdo de Pablo Pérez Tremps	15
Estudios	
BRUFAO CURIEL, Pedro: Funcionarios interinos y empleo público: análisis general de su controvertido régimen jurídico. DOI: https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.120.2021.01	19
CUETO PÉREZ, Miriam: Buen gobierno y buena administración en la sanidad pública. DOI: https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.120.2021.02	61
ESTEBAN RÍOS, Javier: Algunas reflexiones sobre las distintas alternativas existentes para financiar el mantenimiento y conservación de las carreteras españolas. DOI: https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.120.2021.03	103
TAJADURA TEJADA, Javier: El Estado de Derecho frente al COVID: reserva de ley y derechos fundamentales DOI: https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.120.2021.04	137
Jurisprudencia	
ALONSO GARCÍA, M.ª Consuelo: El Supremo «alivia» la carga procesal del lesionado y determina el momento de la aparición del daño en la acción de responsabilidad patrimonial contra el legislador DOI: https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.120.2021.05	179
GARCÍA URETA, Agustín: Métodos tradicionales de caza y Directiva de aves silvestres. Comentario al asunto C-900/19, One Voice, STJUE de 17-03-2021 DOI: https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.120.2021.06	209
LEIVA LÓPEZ, Alejandro: La prohibición del enriquecimiento injusto de la Administración Pública y el reconocimiento extrajudicial de créditos. DOI: https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.120.2021.07	231

MORENO GARCÍA, Javier: El alcance material de la reserva de jurisdicción del art. 117.3 CE: la STC 141/2020 y las medidas cautelares adoptadas por la Administración Tributaria en sede judicial 251
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.120.2021.08>

SERRANO LASA, Iñaki: El uso obligatorio de las mascarillas y su afectación a los derechos fundamentales en el Tribunal Supremo 275
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.120.2021.09>

Notas

EZQUERRA HUERVA, Antonio: Sobre la Administración competente para sancionar a los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional interinos 319
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.120.2021.10>

FERNÁNDEZ-ESPINAR MUÑOZ, Carlos: El régimen jurídico de los montes públicos y su inscripción en el Registro de la Propiedad: debate doctrinal e instrumentos jurídicos de protección 347
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.120.2021.11>

GARCÍA LUPIOLA, Asier: Energia-trantsizioa Europar Batasunean: oinarritzko arauketa, helburuen betetze-maila eta Europako Itun Berdea gartzeko proposamenak 377
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.120.2021.12>

IZU BELLOSO, Miguel José: Los órganos administrativos transitorios 407
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.120.2021.13>

Bibliografía

LÓPEZ CASTILLO, A. (Director): *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Diez años de jurisprudencia.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2019. (Javier TAJADURA TEJADA) 437
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.120.2021.14>

HERNÁNDEZ LÓPEZ, Claudia: *Los fondos públicos. Estudio de su régimen jurídico-administrativo.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, 317 págs. (José Luis BURLADA ECHEVESTE) 442
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.120.2021.15>

BOTO ÁLVAREZ, Alejandra: *Administración y doctrina de los actos propios. Incoherencias aplicativas.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, 320 págs. (José Luis DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ). 448
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.120.2021.16>

EN RECUERDO DE PABLO PÉREZ TREMP

A mediados del pasado mes de julio nos sobrecogió el fallecimiento del Catedrático de Derecho Constitucional Pablo Pérez Tremps y parecía de justicia recordarle en la *Revista Vasca de Administración Pública*.

Constitucionalista de profesión y vocación, vivió empeñado en el compromiso por los valores de libertad, pluralismo y centralidad de los derechos fundamentales. Y no solo como profesor universitario, ejerciendo en diversas universidades —la última, la Carlos III—, sino como Letrado (1988-1991) y luego como Magistrado del Tribunal Constitucional (2004-2013).

Su vinculación con esta revista fue directa, ya que era miembro de su Consejo Asesor y, hace solo unos meses, aún tuvo la generosidad de enviarnos el informe anónimo solicitado sobre un trabajo y lo hizo comenzando por pedir disculpas por el retraso, ya que la enfermedad no le daba «ni tiempo ni tranquilidad» para hacerlo debidamente. También publicó aquí sendos trabajos sobre dos temas que le preocuparon mucho y sobre los que siempre tuvo el mejor criterio: el primero, en la ya lejana fecha de 1994, se titulaba «La naturaleza del recurso de amparo y su configuración legal» (*RVAP* núm. 39); el segundo fue en 2003 sobre «Unidad del ordenamiento y Derecho comunitario» (*RVAP* núm. 65).

Mantuvo, además, una relación personal y académica muy estrecha y continuada con la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, en especial con el Derecho Constitucional donostiarra, participando en diversos tribunales de tesis doctorales y en numerosos cursos de verano.

Ya no podremos volver a disfrutar de su agradable compañía y de su estimulante conversación, pero nos queda el buen recuerdo de su agudeza intelectual, independencia de juicio y destacada bonhomía personal.

Edorta COBREROS MENDAZONA
Director de la *RVAP*

Estudios



Funcionarios interinos y empleo público: análisis general de su controvertido régimen jurídico

Temporary civil servants and public employment:
general analysis of their controversial legal regime

PEDRO BRUFAO CUIEL

Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Extremadura
pbrufao@unex.es
ORCID: 0000-0002-0407-4053

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.120.2021.01>

LABURPENEA: Lan honek Espainiako bitarteko funtzionarioen araubide juridiko zaila, aldakorra eta kontraesanekoa sistematizatzen du. Figura horren gehiegizko erabilerak eta funtzionario bilakatzeko prozesuek lausotu egin dituzte batzuen eta besteen arteko mugak, eta horri gehitu behar zaio lanbide-sektore batzuetan, hala nola osasunaren eta hezkuntzaren arloetan, enpleguaren aldi baterakotasun tasa handiak profesionalen eskubideak ez ezik, zerbitzu publikoaren egonkortasuna eta kalitatea ere jartzen dituela arriskuan. Milaka interesdunei eragiten dien egoera juridiko kezkarri horren xehetasunak argi eta garbi adierazi nahian, kritikoki azalduko dugu bitarteko funtzionarioei aplikatu beharreko araubidea, Europako zuzenbideak eta konstituzioko eta administrazioarekiko auzien jurisprudentziak moldatua; hau da, haiek izendatzea zein kargutik kentzeko baldintzak eta balizko kalte-ordainak, bai eta haiei esleitutako eskumenak eta lanbide-karreraren gorabeherak.

HITZ GAKOAK: Funtzionarioak. Bitarteko langileak. Enplegu publikoa. Administrazio-zuzenbidea.

ABSTRACT: This essay analyzes the confusing, changing and contradictory legal regime of interim or temporary civil servants in Spain. The abuse played upon this figure and the schemes related to turning public employees into civil servants have indeed blurred the limits raised between them, in addition to the risks posed by the highly temporality levels, specially suffered by public health and educational services, to both labour rights and job stability and quality. Thousands of public jobs are affected by this situation, and aiming at making clear the details of that situation a review of its legal regime is shown in this paper, framed by the EU law and constitutional and administrative case-law, beginning with job appointments and ending up with their dismissal and severance pay, along with their authority, jurisdiction, and career development.

KEYWORDS: Civil servants. Temporary jobs. Public employment. Administrative Law.

RESUMEN: Este trabajo sistematiza el complicado, cambiante y contradictorio régimen jurídico de los funcionarios interinos en España. El abuso de esta figura y los procesos de funcionarización han desdibujado los límites entre unos y otros, a lo que se le suma el que en ciertos sectores profesionales como el sanitario y el educativo la alta tasa de temporalidad en el empleo pone en riesgo no solo los derechos profesionales, sino la estabilidad y la calidad del servicio público. Con el fin de exponer con claridad los detalles de esta preocupante situación jurídica que afecta a decenas de miles de interesados, mostramos críticamente el régimen aplicable a los funcionarios interinos, moldeado por el Derecho europeo y la jurisprudencia constitucional y contencioso-administrativa, desde su nombramiento hasta las condiciones de cese y la eventualidad de una indemnización, pasando por las competencias atribuidas y las vicisitudes de su carrera profesional.

PALABRAS CLAVE: Funcionarios. Interinos. Empleo público. Derecho Administrativo.

Trabajo recibido el 18 de enero de 2021

Aceptado por el Consejo de Redacción el 21 de mayo de 2021

Sumario: Abreviaturas.—I. Introducción.—II. La normativa esencial de los funcionarios interinos. 1. La normativa básica española sobre los funcionarios interinos. 2. El Acuerdo Marco europeo sobre el trabajo de duración determinada.—III. Cuestiones principales que atañen a la configuración jurídica y al desarrollo de la condición de los funcionarios interinos. 1. El ingreso y mantenimiento de la condición de funcionario interino y la debatida cuestión de las competencias que pueda ejercer. 1.1. La incorporación como interino a la función pública y el desarrollo de su carrera profesional. 1.2. El ejercicio de la autoridad por los funcionarios interinos. 2. El cese de los funcionarios interinos y el problema de su indemnización.—IV. Conclusiones.—V. Bibliografía.

Abreviaturas

- AGE: Administración General del Estado.
 AMDD: Directiva 1999/70/CE, del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada.
 CE: Constitución Española.
 CEEP: Centro Europeo de la Empresa Pública.
 CES: Confederación Europea de Sindicatos.
 EBEP: Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, del Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público.
 EMSS: Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud.
 LBRL: Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.
 LMRFP: Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública.
 RIPAGE: RD 364/1995, de 10 de marzo, del Reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de la AGE y Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la AGE.
 TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.
 UNICE: Confederación de Empresas Europeas.

I. Introducción

La provisión del empleo público se rige en España por los criterios constitucionales del acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, basándose en los conocidos principios de mérito y capacidad. Como sucede en tantos casos del Derecho Constitucional y el Administrativo, la actual previsión constitucional tiene sus orígenes inmediatos en la Historia contemporánea española, en la que el logro de un

oficio implicaba un cierto prestigio profesional y en numerosas ocasiones vivir mal que bien o incluso la resolución de los problemas económicos. Como contrapartida, lo dicho implicaba de suyo el correspondiente deber de obediencia a quien con su decisión aligeraba de cargas y penas la fortuna de vivir en un país depauperado, carente de una burguesía liberal e ilustrada equiparable a la de otros países europeos, no propietaria como era el caso español, y donde la Corte con anterioridad o el Estado en sus incipientes estadios constitucionales, eran el destino de las esperanzas de muchos de nuestros antepasados y todavía lo es(1). El caso de las cesantías, como paradigma de la eventualidad y dependencia, es harto elocuente y ha marcado con su impronta la historia reciente de los empleados públicos.

Teniendo como referente en nuestro inconsciente colectivo la figura del funcionario de carrera, que accede a la función pública mediante la superación de una oposición, nos encontramos sin embargo con numerosas plazas cubiertas por personal funcionario interino, eventual o empleados sometidos al régimen laboral, también de forma estable o temporal(2). No

(1) Expuesta de modo sobresaliente por Alejandro Nieto en su conocido estudio sobre el Estado decimonónico del primer tercio del siglo XIX, en el que los empleos públicos se regían por la politización de su uso, el constante crecimiento careciendo de una política estructurada y un régimen jurídico racional y estable, o por las restricciones presupuestarias y la mala retribución. NIETO GARCÍA, A. (1996), *Los primeros pasos del Estado constitucional. Historia administrativa de la Regencia de María Cristina de Borbón*, Barcelona, Ariel, pág. 356 y ss. Nos remitimos a los distintos hitos de su regulación, como el Estatuto de López Ballesteros de 1825-1827, el de Bravo Murillo de 1852, el Estatuto de O'Donnell de 1866 y por supuesto al Estatuto de Maura de 1918, que creó la inamovilidad de los funcionarios frente a las cesantías, generalizando la antigüedad para la promoción en el escalafón y el sistema de oposiciones como medio de acceso a la función pública. La Ley Articulada de Funcionarios Civiles del Estado de 1964 incorporó los empleados públicos bajo el régimen laboral, a la vez que recogió los llamados «funcionarios de empleo», ya fueran interinos o eventuales, mientras que en el período democrático se aprobó la vigente Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública de 1984, que creó las relaciones de puestos de trabajo, y el actual Estatuto Básico del Empleado Público, que recoge las distintas figuras de empleados distintos de los funcionarios de carrera caracterizados por la interinidad o eventualidad de sus nombramientos. Vid. MUÑOZ LLINÁS, J. I. (2019), *La función pública en España (1827-2007)*, Madrid, Boletín Oficial del Estado. Recordemos que el art. 6 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 dispuso que «puesto que todos los ciudadanos son iguales ante la Ley, todos ellos pueden presentarse y ser elegidos para cualquier dignidad, cargo o empleo públicos, según sus capacidades y sin otra distinción que la de sus virtudes y aptitudes». Una visión general de la construcción de la Administración española se cuenta en: SÁNCHEZ MORÓN, M. (2008), *Las Administraciones españolas*, Madrid, Tecnos. Y desde un punto crítico, recomendamos: BLANCO HIGUERA, A. L. (2018), «La burocracia invertebrada», *CEF Legal*, núm. 209.

(2) Sin contar con otras vías al empleo público o al menos sostenido con fondos públicos: empresas y fundaciones públicas, licitación de contratos públicos con empresas que realizan típicas funciones administrativas, subvención sostenida en el tiempo de entidades del llamado tercer sector, el regreso al sector público de actividades externalizadas, como las llamadas «remunicipalizaciones», y las conocidas cohortes de asesores en la dirección política de nuestras Administraciones. Desde un punto de vista crítico, vid. FONDEVILA ANTOLÍN, J. (2018), «Algunas propuestas para una necesaria revisión de la cuestionable doctrina judicial del reconocimiento, al personal laboral temporal y funcionarios interinos, de la condición de “indefinidos no fijos”», *Gablex. Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, núm. 13.

es descabellado afirmar que numerosas personas han desarrollado su carrera profesional en la Administración pública durante años o décadas e incluso llegando a la jubilación como funcionarios interinos, encadenando nombramientos sin solución de continuidad lo cual contradice los criterios sobre la estabilidad en el empleo, los mismos principios de igualdad, mérito y capacidad y las normas sobre empleo de duración determinada.

Por otra parte, esta situación de interinidad, que de por sí debería ser mínima y provisional, ha alcanzado cotas estructurales en algunas Administraciones sectoriales como la enseñanza o la sanidad o incluso en los puestos directivos de la Administración, donde a pesar de las etapas y procesos funcionarización de los altos cargos, la asunción del criterio de la idoneidad de su nombramiento y el sometimiento a criterios objetivos de selección, nombramiento y cese arrastran el debate jurídico sobre la interinidad del empleo público, que han sido detallados con meridiana claridad en la STS, Sala 3.^a, Sección 4.^a, de 19 de septiembre de 2019(3).

Las diferencias de regímenes jurídicos parecían estar claras hasta no hace mucho, cuando en las dos últimas décadas, especialmente en virtud de una numerosa jurisprudencia y de la aprobación de normas de Derecho europeo, las entonces nítidas fronteras entre una y otra categoría se han ido difuminando progresivamente. La crisis económica, la pandemia(4) y las limitaciones presupuestarias sobre personal al servicio de las Administraciones públicas, paradójicamente, no han hecho sino agravar la situación actual como describiremos en este trabajo(5) con el análisis

(3) Esta sentencia diferencia los criterios de la libre designación de funcionarios de carrera y del personal eventual, mucho más estrictos en los primeros. SÁNCHEZ MORÓN, M. (2020), «“Libre” designación y “libre” cese en la función pública: los límites de la discrecionalidad», *Revista de Administración Pública*, núm. 211. SORIANO GARCÍA, J. E. (2013), «La racionalidad política y técnica en la selección de la alta Administración pública y gestión pública portuguesa: una experiencia útil para España», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 34. PÉREZ MONGUIÓ, J. M.^a y FERNÁNDEZ CAMPOS, S. (2017), *El estatuto de los altos cargos*, Pamplona, Aranzadi.

(4) *Vid.* el RD 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. Su art. 34 prevé que los departamentos ministeriales y los organismos encargados de la gestión de fondos europeos podrán reforzar sus plantillas con el nombramiento de personal estatutario temporal, personal funcionario interino o personal laboral con contratos de duración determinada.

(5) El II Acuerdo Gobierno-Sindicatos para la mejora del empleo público y las condiciones de trabajo (BOE, núm. 74, de 26 de marzo de 2018) previó para 2020 que la tasa de interinidad y temporalidad fuese del 8 por ciento. Sin embargo, se estima que la interinidad alcanza cotas superiores al veinte por ciento, siendo superior entre docentes y sanitarios. El *Boletín Estadístico del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas* de julio de 2019, (pág.7 y ss.) indicaba la existencia de 2.595.575 empleados públicos, de los que 1.453.564 eran funcionarios de carrera, 581.294 era personal laboral y 560.717 se recogían bajo la figura de «otro personal», en la que se encuentran interinos, eventuales y temporales. De ellos, en el sector público del Estado había 419.083 funcionarios

sistemático de las principales características del controvertido régimen jurídico del funcionario interino, que oscila entre la temporalidad y las pretensiones de estabilidad (6).

II. La normativa esencial de los funcionarios interinos

El ordenamiento jurídico de los empleados públicos se caracteriza por poseer un elevado nivel de desarrollo y detalle (7). Junto a los principios constitucionales ya reseñados contamos con las previsiones básicas de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública (LMRFP) (8) y del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, del Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) (9).

de carrera, 83.170 laborales y 11.701 «otro personal»; en las Comunidades Autónomas se contaba con 841.438 funcionarios de carrera, 176.586 laborales y, sorprendentemente 481.280 «otro personal», mientras que en la Administración local trabajaban 193.043 funcionarios de carrera, 321.538 laborales y 67.736 «otro personal». Estas cifras demuestran que el funcionario de carrera, como categoría, no ejerce su hegemonía en el sector público, especialmente en la Administración autonómica y la local.

(6) FUENTETAJA PASTOR, J. (2020), «El funcionario interino: entre la temporalidad y la estabilidad», *Documentación Administrativa*, núm. 7. Este autor distingue entre estabilidad causal, subjetiva, discontinua y estabilidad tuitiva, las cuales analiza con detalle.

(7) Nos remitimos a las siguientes obras generales sobre los empleados públicos: SÁNCHEZ MORÓN, M. (2019), *Derecho de la función pública*, Madrid, Tecnos, 12.ª ed. GONZÁLEZ-VARAS, S. (2020), *Tratado de Derecho Administrativo I*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 4.ª ed. PALOMAR OLMEDA, A. (2016), *Derecho de la función pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos*, Madrid, Dykinson, 11.ª ed.

(8) Norma, recordemos, cuya reforma por la Ley 23/1988, de 28 de julio, incorporó en la disposición transitoria decimoquinta la funcionarización del personal laboral fijo, aunque la normativa autonómica suavizó mucho este requisito, abriéndolo incluso a temporales o eventuales. SÁNCHEZ MORÓN, M. (1999), «Igualdad de oportunidades en el acceso a la función pública y estabilización funcionarial de los interinos (comentario a la Sentencia 12/1999, de 11 de febrero, del Tribunal Constitucional)», *Administración de Andalucía: Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 34.

(9) El art. 4 del EBEP se establece con carácter subsidiario y se remite a la legislación propia en los siguientes casos: a) Personal funcionario de las Cortes Generales y de las asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas. b) Personal funcionario de los demás órganos constitucionales del Estado y de los órganos estatutarios de las Comunidades Autónomas. c) Jueces, Magistrados, Fiscales y demás personal funcionario al servicio de la Administración de Justicia. d) Personal militar de las Fuerzas Armadas. e) Personal de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. f) Personal retribuido por arancel. g) Personal del Centro Nacional de Inteligencia. h) Personal del Banco de España y del Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito. El art. 5 del EBEP señala que el personal funcionario de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos se regirá por sus normas específicas y supletoriamente por lo dispuesto en el EBEP, mientras que su personal laboral se rige por la legislación laboral y demás normas convencionalmente aplicables. La STC 99/1987, de 11 de junio de 1987, interpretó la LMRFP y dio lugar a la reforma de la Ley 23/1988, de 28 de julio, criticada por el debilitamiento del carácter estatutario de la función pública.

Asimismo, hay que tener en cuenta la normativa autonómica sobre la función pública y los distintos convenios y acuerdos aprobados gracias a la negociación colectiva, sin olvidar el carácter estatuario de cuerpos o sectores específicos, como el sanitario, regulado de modo general por la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatuario de los Servicios de Salud (EMSS)(10). Y cobra importancia capital la Directiva 1999/70/CE, del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada (AMDD)(11).

Como se podrá apreciar, los matices y la casuística alcanzan un elevado grado en esta materia, de ahí la abundante jurisprudencia, a veces contradictoria y que ha logrado un notable alcance en los últimos años(12), lo cual ha motivado la reforma del ordenamiento jurídico en varias ocasiones.

1. La normativa básica española sobre los funcionarios interinos

El problema de los funcionarios interinos no es nuevo en nuestro Derecho. La LMRFP incluyó en su día la disposición transitoria sexta por la cual se establecía que el personal que hubiera prestado servicio como contratado administrativo de colaboración temporal o como funcionario de empleo interino podría participar en las pruebas de acceso para cubrir las plazas de nueva creación, respetándose en todo caso los criterios de mérito y capacidad, mediante las pruebas selectivas que reglamentariamente se determinasen, en las que se valorarían los servicios efectivos prestados por este personal, es decir, en las bases de cada convocatoria se incluirían los años de antigüedad y las características de estos servicios prestados, fuente de no pocas alegaciones de los que deseaban optar por una oposición libre, un asunto que todavía se hace sentir en los distintos programas de estabilización del empleo público.

(10) Otros aspectos del personal sanitario, como la carrera profesional, la evaluación de competencias o la movilidad de profesionales, se recogen en la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud. STS, Sala 3.ª, Sección 7.ª, de 30 de junio de 2014. MANZANA LAGUARDA, R. S. (2014), «Un nuevo paso en la equiparación entre el personal interino y el personal fijo: reconocimiento del complemento de carrera profesional a los interinos “de larga duración”», *Diario La Ley*, núm. 8433.

(11) En el asunto que nos ocupa, recomendamos la consulta de esta obra: FUENTETAJA PASTOR, J. A. (2018), *Función pública y Derecho europeo*, Pamplona, Aranzadi.

(12) En este sentido, *vid.* ROJO TORRECILLA, E. (2020), «Extinción de la relación de trabajo en el empleo público interino. El impacto de la jurisprudencia del TJUE (2016-2020)», *Estudios de Relaciones Laborales*, núm. 13.

Es el EBEP la norma que regula los criterios centrales de las distintas figuras del empleo público, pero reconociendo que se arrastraba una situación lejana ya en el tiempo sobre la consolidación del empleo temporal (13). Esta norma determina que los empleados públicos son quienes desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales (art. 8 del EBEP) y se clasifican en funcionarios de carrera, funcionarios interinos, personal laboral (fijo, por tiempo indefinido o eventual) y personal eventual. De este conjunto, nos interesa comparar las figuras del funcionario de carrera con la de su versión temporal, la del interino. Aquéllos son quienes, en virtud de nombramiento legal, están vinculados a una Administración pública por una relación estatutaria regulada por el Derecho Administrativo para el desempeño de servicios profesionales retribuidos de carácter permanente y a ellos se les atribuye el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones públicas (art. 9 del EBEP) (14). A su vez, el art. 10 del EBEP establece que los funcionarios interinos son los que, por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia, son nombrados para el desempeño de funciones propias de funcionarios de carrera, cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias:

- a) La existencia de plazas vacantes cuando no sea posible su cobertura por funcionarios de carrera.
- b) La sustitución transitoria de los titulares.
- c) La ejecución de programas de carácter temporal, que no podrán tener una duración superior a tres años, ampliable hasta doce meses más por las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto.

(13) En efecto, siguiendo la estela de la LMRFP de 1984, por la disposición transitoria cuarta del EBEP de 2015, titulada «consolidación del empleo temporal» las Administraciones públicas pudieron efectuar convocatorias de consolidación de empleo a puestos o plazas de carácter estructural correspondientes a sus distintos cuerpos, escalas o categorías, que estuviesen dotados presupuestariamente y se encontraran desempeñados interina o temporalmente con anterioridad a 1 de enero de 2005. Por supuesto, se repite la alusión a la garantía de que los procesos selectivos garantizaran el cumplimiento de los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, a lo que se añade que el contenido de las pruebas habían de guardar relación con los procedimientos, tareas y funciones habituales de los puestos objeto de cada convocatoria. pero hay que subrayar el que en la fase de concurso pudiera valorarse, entre otros méritos, el tiempo de servicios prestados en las Administraciones públicas y la experiencia en los puestos de trabajo objeto de la convocatoria. La Exposición de Motivos hablaba de «combatir la excesiva tasa de temporalidad en el empleo público que se ha alcanzado en algunas Administraciones y sectores».

(14) Previsión no exenta de problemas en cuanto a las debatidas potestades de los policías locales interinos, que también analizamos en este trabajo.

- d) El exceso o acumulación de tareas por plazo máximo de seis meses, dentro de un periodo de doce meses.

La redacción de esta norma sobre los interinos es muy clara y se rige bajo el principio de la provisionalidad y la premura, ya que por ejemplo se cubre interinamente una plaza vacante (15), dados los prolongados plazos para que se ocupe por un nuevo titular funcionario de carrera, o se sustituyen los titulares cuando éstos se encuentran en situación de servicios especiales o por una baja para el cuidado de hijos o dependientes, por ejemplo, a lo que se suman funciones con un plazo dado como aquellas que se acogen a proyectos específicos o por dicha acumulación de tareas.

Como es notorio, poco queda de estas previsiones cuando la situación de interinidad se prolonga durante años y alcanza porcentajes notables entre los empleados públicos de un determinado sector, como el sanitario, donde se acude a la concatenación de nombramientos temporales para situaciones estables. Es la situación reconocida recientemente en la STJUE, Sala Segunda, de 19 de marzo de 2020, *Sánchez Ruiz y Fernández Álvarez* (C-103/18 y C-429/18), dictada sobre los sucesivos nombramientos ininterrumpidos y durante varios años del personal estatutario de salud de la Comunidad de Madrid, afirmándose, ante la petición de los interesados de que se les reconociera la condición de personal estatutario fijo o subsidiariamente un estatuto similar ante el abuso de la concatenación de contratos aunque no hubieran superado ningún proceso selectivo, la obligación de la Administración de celebrar un proceso selectivo para proveer definitivamente las plazas vacantes, sin que existieran razones objetivas que permitiesen este incumplimiento (16), pero sin que por el Acuerdo Marco se les obligue a los Estados miembros a transformar en contratos por tiempo indefinido los contratos de duración determinada.

Asimismo, esta STJUE impone que los Estados prevean medidas efectivas que eviten o sancionen tal abuso en la concatenación de contratos, sin que se especifiquen cuáles hayan de ser, pero indicándose algunos criterios (17), como el número de años consecutivos prestando servicios en la Administración empleadora realizando tareas propias de la actividad normal del personal fijo; la inexistencia real de límites máximos de

(15) Siendo el caso más común por jubilación.

(16) En 2017 había en el sector sanitario público español 184.697 temporales frente a 289.492 funcionarios o laborales fijos, mientras que en 2019 se registraron 226.702 temporales frente a 271.523. Es decir, aumentaron los temporales e interinos en 42.005 personas, a la vez que disminuyeron los funcionarios y laborales fijos en 17.969. Fuente: «Redacción Médica», de 24 de enero de 2020.

(17) Apartado 79.

duración de los contratos temporales; o el incumplimiento por parte de la Administración empleadora de proveer las plazas servidas por personal temporal con personal fijo o de carrera, convocando los correspondientes procesos selectivos. A este respecto, la STJUE(18) indica que corresponde a «los juzgados remitentes apreciar en qué medida los requisitos de aplicación y la ejecución efectiva de las disposiciones pertinentes del Derecho interno hacen que éstas constituyan una medida apropiada para prevenir y, en su caso, sancionar el uso abusivo de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada», a lo que se suma el reconocimiento de que la normativa española no recoge tal exigencia y que «a diferencia de la transformación, en el sector privado, de los sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en contratos de trabajo por tiempo indefinido, la transformación de los empleados públicos con nombramiento de duración determinada en indefinidos no fijos no les permite disfrutar de las mismas condiciones de trabajo que el personal estatutario fijo».

Esto último ha dado pie a que la jurisprudencia menor haya dictado resoluciones muy dispares. En un caso, la Sentencia del Juzgado núm. 4 de lo Contencioso-Administrativo de Alicante, núm. 252/2020, de 8 de junio de 2020, dictada sobre una funcionaria interina municipal de larga duración que ocupó esta plaza tras superar un proceso selectivo, declara el abuso de la temporalidad(19) prolongada durante más de 13 años de forma consecutiva y estable, sin que se hubieran establecido límites máximos de duración de los contratos temporales ni se hubiesen convocado los procesos selectivos en el plazo máximo de tres años establecidos en la normativa y que ni tampoco se amortizara dicha plaza, y reconoce como situación jurídica individualizada y como respuesta efectiva, proporcionada y disuasoria, el derecho de la recurrente al reconocimiento de su condición de empleado público fijo y a permanecer en el puesto de trabajo que actualmente desempeña con los mismos derechos y con sujeción al mismo régimen de estabilidad e inamovilidad que rige para los funcionarios de carrera comparables, pero, y aquí es lo importante, sin adquirir la condición de funcionaria de carrera. Se estima así una suerte de compensación, como ejemplo del principio del derecho a la estabilidad en el empleo, y se sanciona esa situación de abuso mediante su declaración como empleado público fijo equivalente al funcionario de carrera.

(18) Apartado 90.

(19) Aplicando el principio de supremacía del Derecho de la UE y la Directiva 1999/70/CE, de 28 de junio, sobre el Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre trabajo de duración determinada.

Deteniéndonos en esta novedosa sentencia, vemos que muy acertadamente (FJ 7) «recoge el testigo del TJUE» y analiza las posibles soluciones al abuso de la contratación temporal. Una de ellas es «ordenar la organización de procesos selectivos o de estabilización para cubrir de manera definitiva las plazas ocupadas por el personal público temporal». Esta medida la descarta, de acuerdo con la doctrina sentada por la citada sentencia del TJUE de 19 de marzo de 2020, en cuyos apartados 97 a 101, expresamente indica que no se ajusta a la Directiva 1999/70, «ni para prevenir la utilización abusiva de las sucesivas relaciones de servicio de duración determinada, —pues su convocatoria dependería de la arbitrariedad del empleador causante del abuso—, ni para sancionar estos abusos y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión, ya que su aplicación ni tiene efecto negativo para el empleador (apartado 97), ni supone una compensación para las víctimas del abuso, en la medida en que el resultado de los mismos es incierto, al estar tales procesos selectivos abiertos a otros candidatos que no han sido víctimas del abuso, que pudieran participar en el mismo. Luego la circunstancia de que la plaza que ocupa la recurrente haya sido incluida en la Oferta de Empleo Público del 2018 para su futura provisión, no reuniría las notas de proporcionada, efectiva y disuasoria, que exige la jurisprudencia».

Una segunda opción es la de «es la de la transformación de los empleados públicos que hayan sido nombrados de manera abusiva en el marco de relaciones de servicio de duración determinada, en indefinidos no fijos, por analogía con el Derecho Laboral». Esta opción, dice la sentencia del juzgado alicantino, «también es expresamente rechazada por la citada Sentencia del TJUE, la cual, en su apartado 102 afirma que esta medida en modo alguno cumple con los fines perseguidos por la Directiva, dado que esta transformación se produce «sin perjuicio de que el empleador amortice la plaza o cese al empleado público con nombramiento de duración determinada de que se trate cuando la plaza se cubra por el reingreso del funcionario sustituido», con lo cual estaríamos sancionando el abuso de la temporalidad con más temporalidad y más abuso, incumpliendo así los objetivos y el efecto útil de la Directiva de aplicación (...) «la transformación de los empleados públicos con nombramientos de duración determinada en indefinidos no fijos no les permite disfrutar de las mismas condiciones de trabajo que el personal estatutario fijo», puesto que unos y otros quedan sometidos a diferentes causas de cese, no cumpliendo así con el fin perseguido por la Directiva, que no es otro que la estabilidad en el empleo».

La tercera medida que plantea, y en la que nos detenemos al final de este trabajo, es, según el Juzgado, «la de conceder una indemnización a favor de los empleados públicos víctimas del abuso». Si bien, como se-

ñala la sentencia, ésta sí que podría ser una medida legal equivalente, en los términos señalados por la Cláusula 5 del Acuerdo Marco, lo cierto es que para que así fuera, deberían concurrir los siguientes requisitos, a saber: en primer lugar, que la indemnización esté específicamente prevista para sancionar los abusos incompatibles con la Directiva, y en segundo lugar, que la misma no sólo sea proporcionada, sino que además sea lo suficientemente efectiva y disuasoria.

Ninguno de estos requisitos concurrió en el supuesto de Autos. En primer lugar, dice el Juzgado, «por cuanto que nuestro Ordenamiento Jurídico no prevé ni establece indemnización alguna a favor de los empleados públicos en caso de abuso en la temporalidad sucesiva, a excepción de las previstas en el artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores para el caso de despidos de personal laboral privado. Respecto de la misma, ya se ha pronunciado el TJUE en su Sentencia de 21 de noviembre de 2018 (Asunto C-936/2018) y de 22 de enero de 2020 (Asunto *Baldonado*, apartados 61-63), en el sentido de indicar que la misma no constituye una medida legal equivalente en los términos que exige la Directiva, dado que la misma no tiene por objeto sancionar el abuso en la temporalidad, sino compensar la ruptura imprevista y brusca del vínculo laboral en un contrato indefinido. Y en segundo lugar por cuanto que esta indemnización tampoco sería efectiva y disuasoria, puesto que como ha indicado la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2019: «(...) no sólo no constituye una sanción por el uso abusivo, sino que ni siquiera posee, por sí sola, el efecto disuasivo frente a esa utilización abusiva de la contratación temporal».

Rechazadas estas tres alternativas, el Juzgado entiende «que la medida sancionadora más acorde y equilibrada, para dar cumplimiento a los fines de la Directiva comunitaria —con la debida protección de los empleados públicos víctimas del abuso—, es el de la transformación de la relación temporal abusiva en una relación fija», basándose además en la Resolución del Parlamento Europeo de 31 de mayo de 2018 (2018/2600 RSP), en la que se indica que «la transformación de la relación temporal sucesiva en el sector público en un contrato fijo debe considerarse la medida más idónea para prevenir y sancionar de manera efectiva el abuso de la contratación temporal». Y afirma además el Juzgado que se considera la idónea «por cuanto que, de esta manera, se garantiza definitivamente el derecho a la estabilidad en el empleo —como componente primordial de protección de los trabajadores— y se evita la precariedad de los funcionarios; se sanciona efectivamente a la Administración por su comportamiento abusivo, eliminando así tal situación; se disuade a la Administración de que siga abusando de la contratación temporal forzándola a que convoque procesos selectivos con la perio-

dicidad necesaria para proveer las plazas vacantes, y se compensa adecuadamente a los funcionarios temporales a través de esta sanción proporcionada».

Por el contrario, otras sentencias divergen de esta solución. La Sentencia del Juzgado núm. 3 de lo Contencioso-Administrativo de Murcia, núm. 94/2020, de 18 de junio de 2020 (20), recoge una de las controversias más notables de la situación de interinidad: el que en algunos casos los interesados no deseen participar en los oportunos procesos selectivos, dado el riesgo a perder el empleo que desarrollan. En este supuesto solo hubo un nombramiento para una plaza que había salido a concurso anteriormente en varias ocasiones sin que se ocupara por funcionarios de carrera, convirtiéndose en un funcionario interino de larga duración, con más de diez años de servicio, y pretendiendo que se le reconociera su condición de funcionario de carrera o, subsidiariamente que se excluyera su plaza de un proceso selectivo libre, sino limitado a los interinos y evaluándose el concurso de méritos como medio de consolidación del empleo (21), algo que el juzgado entiende que es competencia del Gobierno autonómico y que no puede convocarse un proceso selectivo atendiéndose a las circunstancias personales del interesado, pues hay que atender al criterio principal de optar por una oposición de acceso libre y el rechazo a las oposiciones restringidas y mucho más a la integración automática en la función pública (FJ 3). Eso sí, el Juzgado tacha «las dudas del recurrente sobre la posibilidad o no de superar un proceso selectivo» y recuerda que «el recurrente parte con la ventaja de los puntos correspondientes al concurso de méritos, de los que carecen, en principio, los aspirantes que se presentan por el turno libre, lo que supone ya tener en cuenta su situación de funcionario interino y el tiempo trabajado para la Administración pública en el puesto al que aspira o en otros similares».

De modo importante, se basa en la jurisprudencia europea que dio lugar al caso de Alicante y rechaza su conversión en funcionario de carrera y el deber de participar en los oportunos procesos selectivos y el derecho a mantenerse en la plaza que se ocupa mientras tanto. Y también se pone de manifiesto que dicha plaza había salido a concurso de méritos en varias ocasiones, sin que se hubiera cubierto por un funcionario de carrera, lo que lleva al Juzgado a desestimar la pretensión de que se reconociera la comisión de fraude por la Administración. De igual modo, en cuanto a la alegación de la promoción de la estabilidad en el empleo, este Juzgado de Murcia rechaza expresamente la solu-

(20) Comentada por RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. (2020), «Funcionario interino de larga duración: posibilidades y límites de la estabilización», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 6.

(21) Haciendo referencia al Acuerdo para la Mejora del Empleo Público de 29 de marzo de 2017.

ción dada por el Juzgado de Alicante, empleado público fijo, *tertium genus* cuya creación solo compete al legislador y no a los órganos jurisdiccionales, al tiempo que la restricción del acceso a los procesos selectivos es una cuestión que compete discrecionalmente a la Administración en los supuestos excepcionales en que sea posible y que hay que estar a cada convocatoria por lo que respecta al contenido de las pruebas(22).

Tras este excursus sobre las medidas contra el abuso en la precariedad de los funcionarios interinos, recordamos que una derivada de esta situación es el cese repetido en vacaciones de verano de profesores interinos, con el consiguiente ahorro en salario para las arcas públicas(23). Una situación repetida a lo largo y ancho de España y que bien se refleja en la jurisprudencia que acabamos de comentar, fenómeno calificado como «monstruosidad» por el TS(24): «Desde otro punto de vista y con cierta importancia, en cuanto apunta a cuál pueda ser la práctica administrativa, no es inoportuno indicar, dado que su sentido no se niega en el escrito de contestación, que en el de demanda se califica como «una monstruosidad prohibida por el Derecho Laboral» la de «contratar a un trabajador para que realice sus funciones mientras la empresa está abierta y, cuando ésta cierra en verano, despedirle y volverle a contratar en septiembre para no pagarle las retribuciones ubicadas en el periodo vacacional».

Sobre su retribución, recordemos que el art. 25 del EBEP declara que los funcionarios interinos percibirán las retribuciones básicas y las pagas extraordinarias correspondientes al subgrupo o grupo de adscripción, en el supuesto de que éste no tenga subgrupo. Perciben asimismo las retri-

(22) Otras sentencias recientes que rechazan la conversión en fijos del personal funcionario interino son: La Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Vigo, núm. 106/2020, de 2 de junio de 2020; la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 10 de Valencia, núm. 238/2020, de 16 de junio de 2020, y la STSJ de Baleares, Sala de lo Contencioso-Administrativo, núm. 271/2020, de 10 de junio de 2020. La STS, Sala 3.ª, Sección 4.ª, de 28 de septiembre de 2020, ha zanjado la cuestión al validar los planes de estabilización de la Administración, ofreciendo estas plazas en las oportunas ofertas de empleo público mediante el oportuno concurso-oposición.

(23) Dado que su sueldo es menor, la Administración educativa autonómica se ahorra esos meses de vacaciones y la prestación por desempleo, que la sufragan las arcas del Estado. Ahora bien, la STS, Sala 3.ª, Sección 4.ª, de 12 de mayo de 2021, rechaza que los funcionarios docentes interinos no universitarios cesados el 30 de junio y readmitidos al inicio del curso siguiente, tengan derecho a percibir retribuciones de julio, agosto y días proporcionales de septiembre cuando no hay norma, pacto o acuerdo que así lo reconozca, y hayan aceptado el cese por no haberlo recurrido en tiempo y forma, negándose la alegación de discriminación respecto de los funcionarios de carrera.

(24) FJ 11 de la STS, Sala 3.ª, Sección 4.ª, núm. 966/2018, de 11 de junio de 2018. Sentencia comentada en MATEOS MARTÍNEZ, J. (2020), «El derecho a la no discriminación de los funcionarios interinos: estado de la cuestión tras la más reciente jurisprudencia comunitaria», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 117.

buciones complementarias a que se refieren los apartados b), c) y d) del art. 24(25) y las correspondientes a la categoría de entrada en el cuerpo o escala en el que se le nombre. Además, se les reconocerán los trienios correspondientes a los servicios prestados antes de la entrada en vigor del EBEP en 2007, aunque solamente han tenido efectos retributivos desde ese año.

En definitiva, en la mayoría de los casos, la única diferencia en el ejercicio material de sus funciones por los interinos radica en la temporalidad de su ejercicio respecto de los funcionarios de carrera y no la especial naturaleza en que pueden consistir sus atribuciones, llegándose incluso a la denominación de los «interinos de larga duración», oxímoron y expresión que demuestra por sí misma el grado de difuminación de los contornos que perfilan estas figuras. Esta figura de los interinos de larga duración tiene su origen, de creación jurisprudencial, en la STC 240/1999, de 20 de diciembre de 1999, sobre el caso de una médico interina, personal estatutario del EMSS, que solicitó una excedencia por

(25) Que son: b) La especial dificultad técnica, responsabilidad, dedicación, incompatibilidad exigible para el desempeño de determinados puestos de trabajo o las condiciones en que se desarrolla el trabajo. c) El grado de interés, iniciativa o esfuerzo con que el funcionario desempeña su trabajo y el rendimiento o resultados obtenidos. d) Los servicios extraordinarios prestados fuera de la jornada normal de trabajo. Lo cual deja fuera de su sistema de retribuciones «la progresión alcanzada por el funcionario dentro del sistema de carrera administrativa», algo que podría estimarse coherente si se atuvieran a las verdaderas causas del nombramiento de interinos y su estricta temporalidad. Se cuenta con la retribución básica (STC 71/2016, de 14 de abril de 2016, que anula la reducción de jornada laboral y retribución adoptada por la Comunidad Autónoma de Canarias en 2013), el complemento de formación permanente (STC 232/15, de 5 de noviembre de 2015, que reconoce a un profesor interino de secundaria los sexenios por formación permanente), el reconocimiento de antigüedad y la promoción profesional como «condiciones de trabajo» en sentido estricto y han de aplicarse en condiciones de igualdad, como explicamos más adelante. Los trienios a percibir por el personal temporal fueron reconocidos por la STJUE, Sala Segunda, *Del Cerro Alonso*, C-307/05, de 13 de septiembre de 2007 y por la STJUE, Sala Segunda, *Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres*, C-44/09 y C-456/09, de 22 de diciembre de 2010, trienios reconocidos también al personal eventual, como trabajador de duración determinada, por la STJUE, Sala Tercera, *Regojo Dans*, C-177/14, de 9 de julio de 2015, por la que se acuerda que la falta de percepción de trienios no se justifica por la razón de confianza que dio lugar al nombramiento (en el litigio principal, STS, Sala 3.ª, Sección 7.ª, de 21 de junio de 2016, se manifestó en su FJ 9 sin embargo que: «no cualquier puesto desempeñado por personal eventual se halla necesariamente en una situación comparable a la de los funcionarios de carrera, sino que habrá que estarse a las singularidades de cada caso y, en especial, al específico cometido profesional del puesto de que se trate»). El complemento de formación permanente o sexenio fue reconocido por el ATJUE, *Lorenzo Martínez*, C-556/11, de 9 de febrero de 2012, que declaró que el AMDD se opone a una normativa nacional que reserva, sin ninguna justificación por razones objetivas, el derecho a percibir el complemento retributivo por formación permanente únicamente a los profesores funcionarios de carrera, excluyendo a los profesores funcionarios interinos, cuando, en relación con la percepción de dicho complemento, ambas categorías de trabajadores se hallan en situaciones comparables. E incluso en sentido contrario: el funcionario de carrera al que se le reconocen los trienios prestados como magistrado suplente, de acuerdo con la STS, Sala 3.ª, Sección 1.ª, de 13 de mayo de 2016. MARÍN ALONSO, I. (2017), «El trabajador indefinido no fijo y condiciones de trabajo en régimen de interinidad. Abuso en la contratación temporal de la Administración pública», *Trabajo y Derecho*, núm. 30.

cuidado de una hija, y de ella se colige la aplicación misma del principio constitucional de igualdad (26).

2. El Acuerdo Marco europeo sobre el trabajo de duración determinada

El AMDD es fruto de la preocupación a nivel europeo por la diversas condiciones de trabajo (27) y se caracteriza por establecer los principios generales y las condiciones mínimas para los contratos de trabajo de duración determinada (28) y las relaciones laborales derivadas de esta clase de contratos, garantizando la aplicación del principio de no discriminación con el fin de establecer un marco para impedir los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada o de relaciones laborales de este tipo (29).

Como se refleja en el Preámbulo del AMDD, el modelo por el que se opta como guía son los contratos de duración indefinida y fijos, entendidos como «la forma más común de relación laboral entre empresarios y trabajadores» y que «contribuyen a la calidad de vida de los trabajadores afectados y a mejorar su rendimiento» (30). Pero, obviamente, se

(26) Esta STC declara: «Dicho con otras palabras, no existe justificación objetiva y razonable desde la perspectiva del art. 14 CE para, en orden al disfrute de un derecho legal relacionado con un bien constitucionalmente relevante como el del cuidado de los hijos, dispensar, a un funcionario interino que lleva más de cinco años ocupando una plaza, un tratamiento jurídico diferente y perjudicial respecto del dispensado a los funcionarios de carrera, con el único argumento de que legalmente su relación con la Administración es provisional *en tanto no se provea por funcionarios de carrera*. Con ello no se trata de afirmar que ante situaciones de interinidad de larga duración las diferencias de trato resulten en todo caso injustificadas desde la perspectiva del art. 14 CE, sino de destacar que pueden serlo en atención a las circunstancias del caso y, muy especialmente, a la trascendencia constitucional del derecho que recibe un tratamiento desigual». Esta doctrina fue ratificada por la STC 203/2000, de 24 de julio de 2000, recaída sobre otra médico interina con hijos pequeños.

(27) Como reflejaba el art. 7 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 9 de diciembre de 1989, que ya recogía la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, en particular en relación con «las formas de trabajo distintas del de por tiempo indefinido, como el trabajo de duración determinada, el trabajo a tiempo parcial, el trabajo interino y el trabajo de temporada».

(28) PÉREZ REY, J. (2019), «La contratación de duración determinada», en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. *et al.* (coords.), *Derecho social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, Madrid, Ed. Francis Lefebvre.

(29) Considerando 14.º de la Directiva del AMDD. No se aplica a los trabajadores puestos a disposición de una empresa usuaria por una agencia de trabajo temporal.

(30) Evidentemente, por trabajador y empresario se acude a términos amplios, lo que incluye Administraciones o sector público en general, dada la disparidad de regímenes en la UE, donde el sistema funcional es uno de los existentes. Así se colige de la interpretación de la cláusula 2.1 y 3.1 del AMDD, cuestión que ha corroborado el TJUE en su Sentencia de 4 de julio de 2006, *Adeneler y otros*, C-212/04, donde se dice que «en efecto, las disposiciones de estas dos normas no contienen indicación alguna de la que pueda deducirse que su ámbito de aplicación se limita exclusivamente a los contratos de duración determinada celebrados por los trabajadores con empresarios del sector privado. Por el contrario, por una parte, como muestra el tenor literal de la cláusula 2, apar-

reconoce que los contratos de trabajo de duración determinada responden, en ciertas circunstancias, a las necesidades de los empresarios y de los trabajadores, sin que por ello se eluda garantizar «la igualdad de trato a los trabajadores con un contrato de duración determinada, protegiéndolos contra la discriminación, y con el fin de utilizar contratos laborales de duración determinada sobre una base aceptable para los empresarios y los trabajadores», reconociendo también que su aplicación detallada debe tener en cuenta la realidad de las situaciones nacionales, sectoriales y estacionales específicas, buscando el equilibrio entre flexibilidad y seguridad y aplicando criterios objetivos para evitar abusos, criterio que aparece en múltiples ocasiones al alegar el AMDD ante reclamaciones derivadas del trabajo por duración determinada.

La cláusula 1 del AMDD establece que su objeto es mejorar la calidad del trabajo de duración determinada garantizando el respeto del principio de no discriminación y crear un marco para evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada, que se definirán por la legislación, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en cada Estado miembro (cláusula 2). A su vez, la interpretación auténtica de «trabajador con contrato de duración determinada» es aquella que lo define como el trabajador con un contrato de trabajo o una relación laboral concertados directamente entre un empresario y un trabajador, en los que el final del contrato de trabajo o de la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado; mientras que un «trabajador con contrato de duración indefinida comparable» es aquél con un contrato o relación laboral de duración indefinido, en el mismo centro de trabajo, que realice un trabajo u ocupación idéntico o similar, teniendo en cuenta su cualificación y las tareas que desempeña (cláusula 3) (31).

tado 1, del Acuerdo marco, el ámbito de aplicación de éste se ha definido con amplitud, pues en él se incluyen «los trabajadores con un trabajo de duración determinada cuyo contrato o relación laboral esté definido por la legislación, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en cada Estado miembro». Además, la definición a efectos del Acuerdo marco del concepto de «trabajador con contrato de duración determinada», formulada en la cláusula 3, apartado 1, de dicho Acuerdo, engloba a todos los trabajadores, sin establecer diferencias en función del carácter público o privado del empleador para el que trabajan». Esta cuestión se ha reiterado, entre otras, por la STJUE, Sala Segunda, *Marrosu y Sardino*, C-53/04, de 7 de septiembre de 2006, y la STJUE, Sala Segunda, *Vassallo*, C-180/04, de 7 de septiembre de 2006. Más recientemente, la STJUE, Sala Primera, *Santoro*, C-494/16, de 7 de marzo de 2018, o la STJUE, Sala Décima, *Martínez Andrés y Castrejana López*, C-184/15 y C-197/15, de 14 de septiembre de 2016, muestran que el AMDD se aplica sin objeción al empleo público.

(31) Se añade que en caso de que no exista ningún trabajador fijo comparable en el mismo centro de trabajo, la comparación se efectuará haciendo referencia al convenio colectivo aplicable o, en caso de no existir ningún convenio colectivo aplicable, y de conformidad con la legislación, a los convenios colectivos o prácticas nacionales.

El que el trabajo fijo se considere como punto de referencia se predica a su vez en lo relativo al principio de no discriminación. La importante cláusula 4 impone que las condiciones de trabajo no podrán tratar a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por «razones objetivas» (32), sin que los criterios de antigüedad causen diferencias que no puedan salvar razones objetivas. Es decir, no se aplica un régimen estricto de igualación, ya que el *iter* lógico que hay que seguir cuenta con las siguientes fases (33): ante todo hay que estar ante el ámbito objetivo de aplicación del AMDD, posteriormente hay que fijar el término de comparación, que en nuestro caso sería el empleado público indefinido o fijo, para determinar el llamado «juicio de comparabilidad»; posteriormente, se ha de atender a las «condiciones de trabajo», que lógicamente han de aplicarse, esta vez sí, de modo igual, siempre que no se dé alguna razón objetiva que permita exceptuar esta aplicación igual de las condiciones de trabajo. Y la disposición de medios para evitar los abusos (34), como la reiteración de contratos, se recoge en la no menos importante cláusula 5, por la que los acuerdos colectivos, las prácticas nacionales y/o los interlocutores sociales, cuando no existan medidas legales equivalentes para prevenir estos abusos, han de incluir de forma que se tengan en cuenta las necesidades de los distintos sectores y/o categorías de trabajadores, una o varias de las siguientes medidas:

- a) Razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales.
- b) La duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada.
- c) El número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales.

(32) Aplicándose el principio de *pro rata temporis* cuando resulte adecuado. Las disposiciones para la aplicación de la cláusula 4 se deja en manos de los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales, y/o los interlocutores sociales, según la legislación europea y de la legislación, los convenios colectivos y las prácticas nacionales, foco de no pocos problemas. Esta cláusula ha dado lugar a una abundante jurisprudencia, recogida en GÓMEZ GORDILLO, R. (2017), «Prohibición de discriminación e indemnización por finalización de los contratos de trabajo de duración determinada», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 56. A lo que hay que sumar la discutida diferencia, en cuanto a indemnización, despido o cese de trabajadores públicos sometidos al régimen laboral o al administrativo.

(33) GÓMEZ GORDILLO, R. (2017), pág. 239.

(34) Advertimos ya de que el hecho de que el empleado público haya consentido el establecimiento o la renovación de dichas relaciones no priva, desde ese punto de vista, del carácter abusivo al comportamiento del empleador de modo que dicho Acuerdo Marco no sea aplicable a la situación de ese empleado público. Así lo establece la ya citada STJUE, Sala Segunda, *Sánchez Ruiz y Fernández Álvarez*, C-103/18 y C-429/18, de 19 de marzo de 2020.

Todo ello, sin que tengan acogida en Derecho las pretensiones de que una Administración que cuente con «necesidades permanentes de sustitución» en un determinado grado (cubrir plazas vacantes por el desarrollo normal: servicios especiales, bajas por cuidados de hijos, etc.), las pueda transmutar en cubrir «necesidades permanentes de la Administración», como estableció la STJUE, Sala Segunda, *Bianca Küçük*, C- 586/10, de 26 de enero de 2012.

En definitiva, estos son los instrumentos normativos principales con los que analizar la controvertida situación de los funcionarios interinos, cuyos elementos principales pasamos a estudiar a continuación.

III. Cuestiones principales que atañen a la configuración jurídica y al desarrollo de la condición de los funcionarios interinos

El régimen jurídico de los funcionarios interinos adolece de un verdadero régimen estructurado, serio, bien planteado y con racionalidad interna, que aquí tratamos de sistematizar. Es más, se ha empleado como vía expedita para el aumento de las plantillas de las Administraciones públicas, eludiendo o intentando evitar las supuestas rigideces del acceso a la función pública de los funcionarios de carrera, el pilar central del empleo público en España. Así, el desarrollo de la Administración pública, especialmente en el ámbito local y autonómico, se ha debido en parte gracias al aumento del personal nombrado interinamente a costa en muchas ocasiones del mérito y la capacidad⁽³⁵⁾, sin que hubiera una respuesta cabal destinada a dar un golpe de timón para reconducir la situación a medio o a largo plazo. Por tanto, se habla de este modo de la exigencia de repensar y reconfigurar este tipo de empleado público, reduciendo al máximo la discrecionalidad de los órganos de selección y reconduciendo la valoración de méritos a una cuestión técnica, donde el criterio temporal sea la única diferencia material apreciable sin que lleve a la discriminación no justificada por razones objetivas ni al abuso de la figura del interino⁽³⁶⁾.

(35) Situación descrita por MAURI I MAJÓS, J. (2018), «El acceso irregular a los empleos públicos», en Ponce Solé, J. (coord.), *Empleo público, derecho a una buena administración e integridad*, Valencia, Tirant lo Blanch. En este trabajo se habla, además, de la selección de personal no permanente, del indefinido no fijo y de la consolidación del empleo no fijo. Indicamos también que los méritos se predicen también del nombramiento y promoción: SORIANO GARCÍA, J. E. (2012), *El poder, la administración y los jueces (a propósito de los nombramientos por el Consejo General del Poder Judicial)*, Madrid, Iustel. Traemos a colación la STS, Sala 3.ª, Sección 1.ª, de 27 de noviembre de 2007, en la que se establece que el juicio técnico de la Administración habrá de motivar por qué la aplicación de unos criterios determinados conduce a un determinado resultado, en este caso de promoción para ocupar diversos cargos de magistrado.

(36) Algunos autores hablan del «fracaso estrepitoso» del EBEP y abogan por la reelaboración de la institución de los oficios públicos desde el primer estadio, el de la selección. *Vid.* JIMÉNEZ ASEN-

A continuación, desgranaremos en sus aspectos principales el debatido régimen de los funcionarios interinos, atendiendo a sus criterios generales, ya que dada la enorme casuística y una más que abundante jurisprudencia, hemos de sistematizar estos elementos. El desarrollo actual de la carrera profesional de un funcionario interino ha sufrido un vuelco considerable y todavía está a la espera de nuevos cambios, gracias sobre todo a la jurisprudencia europea, que no sin sobresaltos ha marcado los cambios en el régimen jurídico de este sector profesional de los empleados públicos.

1. El ingreso y mantenimiento de la condición de funcionario interino y la debatida cuestión de las competencias que pueda ejercer

1.1. LA INCORPORACIÓN COMO INTERINO A LA FUNCIÓN PÚBLICA Y EL DESARROLLO DE SU CARRERA PROFESIONAL

Como todo empleado, o como todo empleado público, el interino desarrolla su carrera profesional hasta su término, ya sea por cese o incluso por jubilación, situación motivada por el abuso de esta figura en la práctica de personal de las Administraciones públicas(37). Sin embargo, la

SIO, R. (2018), «“Repensar” la selección de empleados públicos. Momento actual y retos de futuro», *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. extraordinario 2. CANTERO MARTÍNEZ, J. (2017), «El funcionario interino en la jurisprudencia: sobre la necesidad de repensar la figura», *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. 17.

(37) Que puede llegar a casos insólitos en tiempo críticos, como el de la Resolución de 14 de abril de 2020, de la Dirección General de Recursos Humanos y Función Pública de la Junta de Andalucía, por la que se establecen las bases que articulan el procedimiento de emergencia para la selección del personal funcionario interino y laboral temporal necesario en el marco de la emergencia de salud pública ocasionada por el COVID-19 (BOJA de 21 de abril de 2020). Esta resolución se ampara en el Decreto-ley 3/2020, de 16 de marzo, de medidas de apoyo financiero y tributario al sector económico, de agilización de actuaciones administrativas y de medidas de emergencia social, para luchar contra los efectos de la evolución del coronavirus (COVID-19), reformado por el Decreto-ley 6/2020, de 30 de marzo, y conforme a la Orden del Consejero de la Presidencia, Administración Pública e Interior de 15 de marzo de 2020, por la que se determinan los servicios esenciales afectados. Gracias a estas medidas, se abrieron distintos procedimientos para el nombramiento de funcionarios interinos y personal laboral de las distintas bolsas de trabajo y una convocatoria con un plazo máximo de 24 horas para los solicitantes, se eximió de la fiscalización previa de la Intervención General y se limitó a una declaración responsable del interesado el cumplimiento de los requisitos profesionales y se suspendió la vigencia de la Resolución de esta Dirección General de 18 de julio de 2014, por la que se regulan los procedimientos de selección y las bolsas de trabajo del personal funcionario interino y se derogó la Resolución de 18 de marzo de 2020, por la que se establecen las bases que articulan el procedimiento de emergencia para la selección del personal funcionario interino y laboral temporal necesario en el marco de la emergencia de salud pública ocasionada por el COVID-19. El llamamiento a los seleccionados sería por vía telefónica, debiéndose personarse en su destino el siguiente día hábil o incluso el mismo día. De modo sorprendente se previó: «En el caso de que la persona a la que se contacte no atienda de forma inmediata la llamada, se pasará a la persona que figure como siguiente en el orden correspondiente. A la persona candidata se le in-

ya aludida confusión o comparación con otras figuras de contratación, como las reguladas por el Derecho laboral, ha motivado que la situación se haya complicado aún más(38). La incorporación de los interinos en la función pública cuenta con unas normas específicas recogidas en el Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, del Reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de la AGE y Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la AGE (RIPAGE)(39), cuyo art. 27 establece para su selección y nombramiento que, no puede ser de otra forma, se efectuará, con arreglo a los principios de mérito y capacidad, favoreciendo «la máxima agilidad», debido a la urgencia para cubrir transitoriamente los puestos de trabajo en tanto se destinan a los mismos a funcionarios de carrera. En cualquier supuesto, se exige que deban reunir los requisitos generales de titulación y las demás condiciones exigidas para participar en las pruebas de acceso a los correspondientes Cuerpos o Escalas como funcionarios de carrera, siendo de aplicación supletoria las normas sobre selección de los funcionarios de carrera siempre que resulte adecuado a la naturaleza de éstos(40). Como

dicará el puesto a cubrir, sus características esenciales y sus requisitos, debiendo aquélla aceptar o rechazar el puesto ofertado en el mismo momento del contacto telefónico». De modo también sorprendente, se excluyó a quienes sufrieran algunas enfermedades, como la diabetes, o a las mujeres embarazadas, según la Resolución de 13 de marzo de 2020 de la Secretaría General para la Administración Pública complementaria a la Resolución de 12 de marzo de 2020 por la que se adoptan medidas respecto a todo el personal de toda la Administración de la Junta de Andalucía con motivo del Covid-19.

(38) Recomendamos *in totum*: CAMPOS DAROCA, J. M.^o (2017), *Empleo público y fraude en la contratación temporal*, Madrid, Dykinson. *Vid.* también: CANAL FERNÁNDEZ, L. (2017), «La interinidad como criterio determinante de la especial valoración de la experiencia en los procedimientos de acceso a la función pública», *Actualidad Administrativa*, núm. 2. La STS, Sala 4.^o, Sección 1.^o, de 9 de septiembre de 2020, dictada en un recurso de casación para la unificación de la doctrina, sobre un caso de despido de un trabajador indefinido no fijo de la Xunta de Galicia al reincorporarse un funcionario de carrera, declara improcedente tal despido, ya que «la única vía válida para la extinción de los contratos de trabajo de los indefinidos no fijos será la de cobertura de la plaza de personal laboral que corresponda con la que ocupen en su calidad de tales, o, en su caso, la amortización de tal plaza con la exigencia de que la Administración acuda a la vía de los arts. 51 y 52 ET». (FJ 3).

(39) En las entidades locales se aplica, entre otros, el RD 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de la Administración local con habilitación de carácter nacional, carácter este último muy mermado. El art. 1 d) amplía su aplicación al concurso, la excepcional libre designación, así como a los nombramientos provisionales, las comisiones de servicios, las acumulaciones, los nombramientos de personal interino y los de carácter accidental. El art. 53 prevé la designación interina de funcionarios con la titulación exigida para el acceso al subgrupo A1, pudiéndose crear listas de candidatos por las Comunidades Autónomas y cuyo nombramiento se realizará cuando la corporación local no proponga funcionario previamente seleccionado por ella. Desde un punto de vista crítico, *vid.* BOLTAINA BOSCH, X. (2018), «Los funcionarios interinos y los funcionarios con nombramientos accidentales de habilitados nacionales según el RD 128/2018, de 16 de marzo. Aspectos legales», *La Administración práctica: Enciclopedia de Administración Municipal*, núm. 5.

(40) El art. 35 contiene una previsión parecida, *mutatis mutandis*, respecto del personal laboral no permanente.

ya sabemos, poco queda de dicha transitoriedad, pero lo que nos interesa sobre todo es que una vez que se ingresa como interino, las circunstancias pueden modificarse por efecto del ejercicio de la llamada carrera profesional, la promoción interna o los concursos de traslados, a lo que se le añaden los efectos de la antigüedad, nueva paradoja dada la pretensión inicial del legislador de considerar la temporalidad como esencia de esta figura.

En efecto, la provisión de puestos de trabajo regulada en el RIPAGE no diferencia entre funcionarios de carrera o interinos, de acuerdo con la relación de puestos de trabajo establecida y llevada a cabo a través del concurso o la libre designación(41) y, temporalmente mediante la comisión de servicios y la adscripción provisional. La aplicación del principio general del Derecho que indica que donde no se distingue no hay por qué distinguir (*ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*) no debería ocasionar mayores consecuencias, pero hay ocasiones en las que se especifica el que los candidatos sean funcionarios de carrera y el que solo se valore la antigüedad como tales(42).

Sobre el particular contamos con la STJUE, Sala Segunda, *Rosado Santana*, C-177/10, de 8 de septiembre de 2011, basada en la aplicación del art. 4 del AMDD y el cómputo de la antigüedad como interino(43) a los efectos de lograr la condición de funcionario de carrera mediante promoción interna. El litigio principal se basó en si una normativa nacional que, aun tomando como términos de comparación dos funcionarios de carrera, excluyera la valoración del período de servicios de uno de ellos por la mera razón de ser en el momento de haberlos prestado como personal temporal, resultaría contraria a la cláusula 4 del AMDD, sin que se den razones objetivas que justifiquen un trato diferente(44).

(41) Art. 20 de la LMRFP.

(42) Ley 78/1978, de 26 de diciembre, de Reconocimiento de Servicios Previos en la Administración Pública, cuyo art. 1.2 declara que se considerarán servicios efectivos todos los indistintamente prestados tanto en calidad de funcionario de empleo (eventual o interino) como los prestados en régimen de contratación administrativa o laboral, se hayan formalizado o no documentalmente dichos contratos. Esta misma Ley era la que otorgaba el reconocimiento y devengo de trienios solo a los funcionarios de carrera. De modo específico sobre el ámbito educativo. *Vid.* PERONA MATA, C. (2017), «El acceso del funcionario interino docente en las Comunidades Autónomas», *Actualidad Administrativa*, núm. 12.

(43) En este litigio se manifestó que se sigue por gran parte de los tribunales españoles cierta línea doctrinal que, aunque no unánimemente, viene entendiendo en los supuestos de convocatorias públicas de concurso, en las cuales se publican las bases con los requisitos de admisión y puntuación, que éstas constituyen la «ley» del concurso, y si dichas bases no fueron impugnadas por el interesado en el plazo hábil para ello, con posterioridad no se puede invocar la ilegalidad de las bases del concurso para impugnar su resultado en lo que afecta al interesado.

(44) O incluso el contar con una experiencia profesional ajena al sistema oficial de enseñanza para poder optar a una plaza de profesora interina en un conservatorio de música, como aclaró la STS, Sala 3.ª, Sección 7.ª, de 21 de junio de 2016.

El TJUE declaró que el AMDD se opone a que los períodos de servicio cumplidos por un funcionario interino de una Administración pública no sean tenidos en cuenta para el acceso de éste, que entre tanto ha tomado posesión como funcionario de carrera, a una promoción interna en la que sólo pueden participar los funcionarios de carrera, a menos que dicha exclusión esté justificada por razones objetivas, en el sentido del apartado 1 de dicha cláusula. El mero hecho de que el funcionario interino haya cumplido dichos períodos de servicio sobre la base de un contrato o de una relación de servicio de duración determinada no constituye tal razón objetiva.

De esta manera, la convocatoria de procesos de selección a empleos públicos de duración indefinida no puede discriminar a quien prestó servicios con un empleo de duración determinada, como recordó la STJUE, Sala Sexta, *Rosanna Valenza y otros*, C-302/11 a 305/11, de 18 de octubre de 2012, que incide en el juicio de comparabilidad de las dos situaciones teniendo en cuenta la naturaleza del trabajo, los requisitos de formación y las condiciones laborales, y que puede considerarse que estas personas se encuentran en una situación comparable, a la vez que el hecho de que no hayan superado una oposición de acceso a la función pública no puede implicar que se hallen en una situación diferente (45). Con base en una reiterada jurisprudencia, esta sentencia declara que para que la discriminación sea reconocida por el AMDD, se requiere que la desigualdad de trato esté justificada por la existencia de elementos precisos y concretos que caractericen la condición de trabajo de que se trata, en el contexto específico en que se enmarca y con arreglo a criterios objetivos y transparentes, a fin de verificar si dicha desigualdad responde a una necesidad auténtica, si permite alcanzar el objetivo perseguido y si resulta indispensable al efecto.

Tales elementos pueden tener su origen, en particular, en la especial naturaleza de las tareas para cuya realización se celebran los contratos de duración determinada y en las características inherentes a las mismas o, eventualmente, en la persecución de un objetivo legítimo de política social por parte de un Estado miembro, diferencias que no se dieron en este litigio. Eso sí, la referencia a la mera naturaleza temporal de la relación de servicio no es conforme a estos requisitos y, por tanto, no puede

(45) La STC 111/2014, de 26 de junio de 2014, anula la Ley Foral 19/2013, de 29 de mayo, por la que se autoriza la apertura de un nuevo proceso de funcionarización de las Administraciones públicas de Navarra, dado que daba preferencia al personal laboral fijo, excluyendo los aspirantes libres, mucho de los cuales eran funcionarios interinos, vulnerando así los principios constitucionales de mérito y capacidad y la normativa básica del EBEP que garantiza que las convocatorias tienen que ser con carácter general abiertas o libres, rechazando los llamados turnos u oposiciones restringidas, como de las excepciones a dicha regla general, que participan de la misma naturaleza básica (STC 174/1998, de 23 de julio de 1998). MARTÍNEZ GIRÓN, J. (2018), *La funcionarización del personal laboral de las Administraciones públicas*, Barcelona, Atelier.

constituir, por sí sola, una «razón objetiva», mostrándose así de tajante: en efecto, suponer que la mera naturaleza temporal de una relación laboral basta para justificar tal diferencia privaría de contenido a los fines de la Directiva 1999/70 y los del AMDD y equivaldría a perpetuar el mantenimiento de una situación desfavorable para los trabajadores con contrato de duración determinada (46).

Una cuestión muy problemática es la conocida reserva de plazas a los funcionarios interinos en las ofertas públicas de empleo, que trae como consecuencia el que se reduzcan las oportunidades a quienes optan por el acceso libre, a la vez que quienes ocupan interinamente esas plazas se enfrentan al riesgo de perderla en una oposición, lo cual se le añade la presión en las mismas entrañas de la Administración para dar preferencia a quienes, por una causa u otra y especialmente en el ámbito autonómico y local, consiguieron un puesto de trabajo interinamente (47). Así, da mayor cuenta en todos los sentidos la preponderancia del concurso-oposición (art. 61 del

(46) Naturaleza estrictamente temporal y que puede justificarse en tiempos de pandemia, pero algo más difícil de comprender ante la necesidad de personal disponible para la gestión de los fondos europeos creados para paliar sus efectos, como se prevé en el art. 34 del RD-Ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. Esta previsión se justifica «dado el incremento de la carga de trabajo derivado de la gestión de los fondos ligados a la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, los departamentos ministeriales y los organismos encargados de la gestión de fondos europeos podrán reforzar sus plantillas con el nombramiento de personal estatutario temporal, personal funcionario interino o personal laboral con contratos de duración determinada, de acuerdo con lo establecido en su instrumento de planificación estratégica de gestión, el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público y el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores» y, como claro efecto de la jurisprudencia que analizamos en este trabajo, se advierte que «los nombramientos y contratos de este personal se formalizarán sólo por el tiempo imprescindible para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia».

(47) *Vid.* La STC 38/2021, de 18 de febrero de 2021, sobre policías locales interinos del País Vasco, que declara inconstitucional la celebración de unas pruebas restringidas a este tipo de agentes por vulnerar las bases estatales. La convocatoria estableció «de existir en la categoría correspondiente del cuerpo de policía local un porcentaje de interinidad superior al 40 por 100» en un proceso especial de consolidación de empleo, «un turno diferenciado de acceso para quienes acreditasen un mínimo de ocho años de antigüedad en la Administración convocante en la categoría de la policía local a la que pertenecen las plazas convocadas, reservando para dicho turno diferenciado de acceso hasta el 60 por 100 de las plazas ofertadas». El FJ 4 de esta sentencia declara que a configuración de un proceso selectivo de acceso a la función pública reservado a quienes tengan una previa experiencia en puestos de policía local, ha de calificarse de restringido y cerrado, pues reserva las plazas convocadas a quienes acrediten un mínimo de antigüedad en la administración convocante, en la categoría de la policía local a la que pertenecen las plazas convocadas, y excluye de las pruebas selectivas a quienes no tengan dicha antigüedad o carezcan de vínculo temporal con la administración. Dicha exclusión de las pruebas selectivas de quienes no estén previamente unidos a la administración por no haber prestado servicios para la misma, supone eliminar de la posibilidad de participar en el proceso selectivo a los «aspirantes libres», que no han prestado servicios ni en la administración convocante ni en la categoría de la policía local a la que pertenece la plaza convocada. Dichas pruebas no pueden calificarse de libres o abiertas y por tanto son contrarias al precepto básico estatal contenido en el art. 61.1 TRLEEP, sin que el caso regulado por la disposición recurrida reúna las condiciones excepcionales que el propio precepto admite».

EBEP), en el que la antigüedad y el perfil previo sea lo que decida el resultado final con la evidente merma en la calidad del servicio público y la objetividad de la actividad administrativa derivada de una precaria independencia de criterio respecto de la cúpula política (48). Por otro lado, la restricción de plazas en las ofertas públicas de empleo, eliminando las que ya se ocupan interinamente, no implican un ahorro efectivo en gastos de personal, pues cuentan ya con su propia dotación presupuestaria (49).

No olvidemos que la aplicación del art. 10.4 del EBEP (50) ha sido objeto de una interpretación laxa, que más allá de una cuestión de mera legalidad afecta al principio de igualdad del art. 23 de la CE, con el fin de imponer las limitaciones de gasto previstas durante la crisis (51). La cuestión reside en el cambio de criterio del Tribunal Supremo, que, en definitiva, supone el estimar el punto de vista o ámbito de la correspondiente oferta de empleo público y su exclusión o no de los interinos, afectando al principio de igualdad constitucional de acceso a los cargos públicos si se entiende que dicha exclusión, operada por las leyes presupuestarias, favorece a los que ya se encuentran en el servicio público (52), oferta que ha de concretarse en la

(48) Se ha permitido también así que se eviten los efectos de las limitadas tasas de reposición impuestas por las leyes presupuestarias (STS, Sala 3.ª, Sección 4.ª, de 25 de septiembre de 2017). LÓPEZ PÉREZ, J. F. (2018), «Funcionarios, preferiblemente interinos», *Diario La Ley*, núm. 9134. BOLTAJNA BOSCH, X. (2018), «Los procesos selectivos “blandos” y sus efectos sobre la profesionalización del empleo público», *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. extraordinario 2.

(49) Y que cuenta con sentencias desfavorables, como la STC 78/2018, de 5 de julio de 2018, que declara inconstitucional la previsión de la Ley 10/2016, de 27 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para 2017, que permitió la contratación de personal laboral temporal, estatutario temporal o funcionario interino destinada a reforzar la plantilla existente «para hacer efectiva la aplicación de la jornada laboral ordinaria de 35 horas semanales de promedio en cómputo anual, garantizando el normal funcionamiento de las unidades o centros públicos». *Vid.* también la STC 178/2006, de 6 de junio de 2006, sobre el uso de las leyes presupuestarias para limitar la política de empleo público.

(50) Que establece que las plazas vacantes desempeñadas por funcionarios interinos, cuando no se cubran por funcionarios de carrera, deberán incluirse en la oferta de empleo correspondiente al ejercicio en que se produce su nombramiento y, si no fuera posible, en la siguiente, salvo que se decida su amortización.

(51) Vía la aprobación de tasas de reposición en las Leyes de Presupuestos, aunque, de nuevo paradójicamente, ha supuesto la sustitución de funcionarios de carrera por interinos como alternativa fácil a la débil, en definitiva, limitación de contratación de personal indefinido.

(52) CARBONERO REDONDO, J. J. (2018), «El derecho de acceso a la función pública en tiempo de crisis: la progresiva flexibilización del mandato previsto en el art. 10.4 del EBEP por razones de contención de gasto», *Actualidad Administrativa*, núm. 2. Este estudio recoge dicha evolución jurisprudencial, desde la STS, Sala 3.ª, Sección 7.ª, de 29 de octubre de 2010 a la STS, Sala 3.ª, Sección 4.ª, de 21 de abril de 2017. Más recientemente, la STS, Sala 3.ª, Sección 4.ª, de 18 de abril de 2018 ha declarado que la reserva plazas para promoción interna en un determinado porcentaje no debe calcularse sumando el total de plazas de turno libre y promoción interna, sino solo las destinadas a turno libre, una pica más en el terreno de la interpretación del art. 23 de la CE. La oferta de empleo público tiene como fin no el establecer las condiciones de ingreso en los distintos cuerpos o escalas, sino ceñirse a la planificación de recursos humanos, así lo dispone la STS, Sala 3.ª, Sección 4.ª, de 20 de marzo de 2019.

oportuna convocatoria mediante la reserva de plazas para la promoción interna. Es más, incluso se permite el privilegio en la valoración de la experiencia previa similar en instituciones públicas frente a la desarrollada en entidades privadas(53).

La controversia sobre el régimen jurídico de los interinos no se acaba aquí, pues la «especial valoración» del período prestado interinamente en los procesos de selección puede considerarse una desventaja frente a quienes hayan carecido de tal experiencia. Veamos el porqué: en efecto se trata de casos(54) donde se celebran pruebas «excepcionales» de convocatorias «adecuadas» mediante turnos de reserva especial por concurso-oposición libre, con el doble de puntos por el mismo período para los interinos, destinadas en el ejemplo al cuerpo de farmacéuticos titulares, no solo vulneraría la legalidad ordinaria, sino que iría más allá y atentaría contra el principio de igualdad en el acceso a las funciones y a los cargos públicos del art. 23.2 de la CE, tras el oportuno juicio de relevancia constitucional, razón por la que el TS elevó la oportuna cuestión de constitucionalidad ante el TC(55). Esta sentencia constitucional deja meridianamente claro que esta igualdad es un derecho de configuración legal que supone que las normas reguladoras del proceso selectivo hayan de asegurar una situación jurídica de igualdad en el acceso a las funciones públicas, con la inmediata interdicción de requisitos de acceso que tengan carácter discriminatorio o de referencias individualizadas.

No obstante, el mismo TC reconoce que los principios de mérito y capacidad no siempre han sido los goznes sobre los que girasen las puertas de acceso al empleo público. El TC afirma que, en determinados supuestos extraordinarios, se ha considerado acorde con la CE que se establezca un trato de favor a unos participantes sobre otros, en los que las especiales circunstancias de una Administración y el momento concreto en el que se celebraban estas pruebas, justificaban la desigualdad de trato entre los participantes, beneficiando a aquéllos que ya habían prestado en el pasado servicios profesionales en situación de interinidad en la Administración convocante(56) y así se hubiera manifestado en la oportuna convocatoria, puesto que en otro caso se provocaría la desigualdad de

(53) STS, Sala 3.ª, Sección 4.ª, de 5 de julio de 2019, recaída sobre el RD 84/2018, de 23 de febrero, por el que se modifica el RD 276/2007, de 23 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de ingreso, acceso y adquisición de nuevas especialidades en los cuerpos docentes, que desarrolla la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.

(54) STS, Sala 3.ª, Sección 4.ª, de 10 de noviembre de 2016, sobre un caso de personal estatutario farmacéutico interino de la salud pública de Cataluña. *Vid.* CANAL FERNÁNDEZ, L. (2017).

(55) Que dio lugar a la STC 86/2016, de 28 de abril de 2016.

(56) El mismo TC se basa en sus anteriores decisiones de la STC 67/1989, de 18 de abril; 185/1994, de 20 de junio; 12/1999, de 11 de febrero; 83/2000, de 27 de marzo, 107/2003, de 2 de junio o la STC 27/2012, de 1 de marzo.

trato. Entre esas causas, cita el TC estaría «la singular, puntual y transitoria necesidad de tener que poner en funcionamiento una nueva forma de organización de las Administraciones autonómicas resultante de la asunción de competencias que antes correspondían al Estado», es decir, la consolidación en su día de la plantilla funcional autonómica (57), siempre que se acudiera por una sola vez a estos procedimientos excepcionales y que tuvieran cobertura jurídica mediante por norma con rango formal de ley.

Acerca de la valoración de la experiencia previa como interino, el TC se remite a jurisprudencia anterior (58) y recuerda que «la consideración de los servicios prestados no es ajena al concepto de mérito y capacidad, pues el tiempo efectivo de servicios puede reflejar la aptitud o capacidad para desarrollar una función o empleo público y, suponer además, en ese desempeño, unos méritos que pueden ser reconocidos y valorados». Pero tal criterio no puede ser que excluya a terceros ni el «límite de lo tolerable» en la valoración (59) ni que se acepten los intentos de dotar definitivamente con profesionales la Administración convocante (60), sobre todo cuando la causa determinante de la valoración es-

(57) Precisamente lo más criticado por erosionar los principios básicos de igualdad, mérito y capacidad, creando no pocas situaciones clientelares.

(58) STC 11/2014, de 26 de junio de 2014.

(59) STC 107/2003, de 2 de junio de 2003, recaída sobre la Resolución de 24 de septiembre de 1999 de la Secretaría de Estado para la Administración Pública, por la que se nombraron funcionarios de carrera del Cuerpo Auxiliar de la Administración de la Seguridad Social mediante el proceso de consolidación de empleo de carácter temporal. Es decir, que en la fase de concurso sobre la de oposición se permite alrededor de un tercio de la puntuación por los servicios prestados a favor de quienes hubieran trabajado en la Administración con carácter temporal. Su FJ 5 dice: «La máxima puntuación que puede obtenerse por servicios previos (40 puntos con cinco o más años de servicio) supone un 27,58 por 100 de la puntuación máxima que podría obtenerse en total en el proceso selectivo (hasta 100 puntos en la fase de oposición, más 5 puntos por poseer un grado académico superior al exigido en la convocatoria, más un máximo de 40 puntos por servicios previos). De ahí que la relevancia cuantitativa otorgada a dicho mérito no pueda considerarse desproporcionada ni que traspase «el límite de lo tolerable». Vid. CUENCA CERVERA, J. J. (2018), «La temporalidad en el empleo público local: estrategias para su reducción tras el acuerdo para la mejora del empleo público», *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. 12.

(60) STC 38/2004, de 11 de mayo de 2004, que rechaza los argumentos de la Administración a favor de la excepcionalidad de la medida así: «no se aprecia justificación razonable, basada en una situación excepcional, para la diferencia de trato que, en cuanto a la valoración de los servicios de los participantes en el proceso selectivo, resulta de la disposición legal cuestionada en los términos expuestos. Las alegaciones de las Letradas de la Generalitat y del Parlamento de Cataluña van, precisamente, en la línea de intentar demostrar la concurrencia, en el caso de los farmacéuticos interinos, de esa situación excepcional a la que hemos hecho referencia. En este sentido, abundan en la singularidad del régimen de incompatibilidades de los farmacéuticos al que asocian la complejidad y prolongación en el tiempo de la integración de estos interinos en el cuerpo autonómico de técnicos superiores y afirman que, en última instancia, la situación excepcional que justificaría la especial valoración de los servicios de este colectivo sería la necesidad de dar respuesta a la anómala situación de interinidad existente durante muchos años en este grupo y de culminar el proceso de implantación de la Administración autonómica sanitaria».

pecial «no fue la naturaleza de los servicios, ni su fecha de prestación, ni siquiera la interinidad del empleado público al tiempo de prestarlos, sino el lapso temporal en que se ostentó la condición de interino, definido por la vigencia de dos leyes y en todo caso muy anterior a la fecha de celebración del proceso selectivo», por lo que no hubo óbice a que se proveyeran de forma ordinaria esas plazas. Y de esta experiencia previa también se derivan otras consecuencias, como la de que se le asimile el tiempo logrado por los profesores de religión para, esta vez, cubrir en régimen de interinidad vacantes o sustituciones en los cuerpos de maestros (61).

Con esta respuesta a la cuestión de inconstitucionalidad, el TS no tuvo sino que acordar la misma valoración a todos los aspirantes, anulando la base de la convocatoria que puntuaba por el doble tal experiencia y ordenando retrotraer las actuaciones (62) a este momento de la valoración a todos los aspirantes que hubieran alcanzado esta fase del proceso de selección, con la advertencia de que el aspirante que recurrió «tras esas operaciones, mereciera una puntuación que le situara entre los sesenta y un primeros aspirantes, tendrá derecho a ser nombrado funcionario con todos los efectos procedentes desde el momento en que se produjeron para los que fueron nombrados en virtud de este proceso selectivo». No solo contamos con eso, sino que el TS aplica criterios temporales y de equidad a los que, conforme a la valoración anulada, hubieran adquirido la condición de funcionario (63).

En definitiva, una muestra más de que las complicaciones derivadas del actual sistema de empleo público traen a veces consecuencias no deseadas por la misma Administración en cuanto al sostenimiento de las plantillas y su organización, al incluir, en definitiva, más plazas que las convocadas originariamente. Como ya hemos apuntado, hay

(61) STS, Sala 3.ª, Sección 7.ª, de 24 de julio de 2012. STS, Sala 3.ª, Sección 7.ª, de 7 de octubre de 2013. STS, Sala 3.ª, Sección 7.ª, de 15 de septiembre de 2014.

(62) Con los consabidos problemas de la «contaminación» del tribunal o comisión evaluadora. *Vid.* STS, Sala 3.ª, Sección 7.ª, de 24 de marzo de 2015: «Hay que dejar constancia de la dificultad de ejecutar una sentencia que ordena a un Tribunal Calificador efectuar una nueva valoración de un proceso selectivo deficientemente motivado, pues lo procedente hubiera sido que el actor hubiera solicitado que la revisión de los exámenes se realizara por otro Tribunal Calificador distinto, pues es evidente que no puede exigirse al Tribunal Calificador que cambie sus calificaciones, aunque pudiera hacerlo, ya que en la valoración de las pruebas actúa con discrecionalidad, aunque puedan ser objeto de posterior control de legalidad. En cualquier caso el recurrente pudo recusar a los miembros del Tribunal Calificador y no lo hizo».

(63) El TS afirma que «razones de seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima, además de consideraciones de equidad, justifican esta solución —ya seguida en supuestos similares por las sentencias de la Sección Séptima núm. 991/2016, de 4 de mayo (casación 3221/2014) y de 29 de junio de 2015 (casación 438/2014)— pues no puede desconocerse ni el tiempo transcurrido desde que se celebró el proceso selectivo ni que son del todo ajenos a la causa determinante de la estimación de este recurso».

sectores profesionales en los que el desarrollo profesional de la carrera cuenta con particularidades especialmente acusadas. Una vez más, el ámbito académico sale a la palestra, en concreto el papel investigador del profesorado universitario, donde la precariedad laboral es una de sus características, existiendo múltiples variaciones en cuanto a su retribución, según el régimen jurídico de cada figura (64), como los conocidos sexenios universitarios y de científicos del CSIC, que evalúan la actividad investigadora, y que han sido objeto de la jurisprudencia gracias a los recursos planteados por los profesores interinos y científicos con contrato temporal (65).

Un ejemplo lo tenemos en la STSJ de Galicia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, La Coruña, Sección 1.ª, de 13 de noviembre de 2019, en la que se reconoce el derecho de un profesor interino a ser evaluado para obtener este tipo de complemento retributivo, cuya denegación se motivó por «no acreditar estar integrado en el cuadro del personal docente funcionario o contratado doctor en cualquiera de las Universidades de Galicia». Esta prolija sentencia argumenta, con apoyo entre otros antecedentes en el ATJUE, *Lorenzo Martínez*, C-556/11, de 9 de febrero de 2012 y en la STJUE, Sala Segunda, *Ustáriz Aróstegui*, C-72/18, de 20 de junio de 2019, que ha existido una vulneración del principio de no discriminación del art. 4 del AMDD, pues se trata de una plaza equivalente a la de un profesor titular funcionario, y que la jurisprudencia europea ha reiterado que el tiempo desempeñado en el ejercicio profesional tenía que ser retribuido por igual a quien así lo acreditase, con independencia de la naturaleza de su vínculo con la Administración. Y añade que la exigencia de «razones objetivas» para permitir tal discriminación no permite justificar una diferencia de trato entre trabajadores con un contrato de duración determinada y trabajadores fijos por el hecho de que esté prevista por una norma nacional general y abstracta, como una ley o un convenio colectivo. Tal exigencia precisa que la desigualdad de trato esté justificada por la existencia de elementos concretos, que caractericen la condición de trabajo en el contexto específico en que se enmarca y con arreglo a criterios objetivos y transparentes, a fin de verificar si dicha desigualdad responde a una necesidad auténtica, si permite alcanzar el objetivo perseguido y si resulta indispensable. Pero lo único que ha alegado la Administración es la interinidad del profesor, cuestión que rechaza el Tribunal.

(64) Regulada principalmente por el RD 1086/1989, de 28 de agosto, sobre retribuciones del profesorado universitario. Vid. PERONA MATA, C. (2018), «La discriminación de los investigadores temporales en las Universidades españolas», *Actualidad Administrativa*, núm. 4.

(65) Destinados los sexenios originalmente a los investigadores funcionarios de carrera, su ámbito subjetivo se amplió a los profesores del régimen laboral.

La vida profesional del funcionario interino cuenta con otras vicisitudes, como las relativas a la carrera profesional (66), que demuestran nuevamente la diferencia de trato respecto de los funcionarios de carrera, con resultados también paradójicos (67) en cuanto al trato no discriminatorio de esta condición de trabajo según el art. 4 del AMDD. A este fin, se trae a colación de nuevo el juicio de comparabilidad ya citado y si existe en su caso una razón objetiva que permita tal separación de criterio. La jurisprudencia europea ha sentenciado (68) que la diferencia de trato y la consecuente exclusión de los funcionarios interinos y del personal laboral temporal como beneficiarios de tales mejoras en la carrera profesional viene esencialmente determinada por la naturaleza temporal de su relación de servicio y que no hay razones objetivas que justifiquen la diferencia de trato pues ésta se apoya en un aspecto que no guarda relación con elementos precisos y concretos que caracterizan la condición de trabajo de la carrera profesional horizontal ni resulta indispensable para lograr los objetivos perseguidos por la Administración ni tampoco para cumplir con los requisitos generales relativos a los servicios prestados que se valoran en el diseño de esa carrera profesional (69).

Otra muestra más de la disparidad de criterios es el hecho de que a la vez que se le reconoce la carrera profesional a los interinos (70), se le re-

(66) Art. 16 del EBEP, que se refiere únicamente a los «funcionarios de carrera», con las especialidades de la carrera horizontal (la progresión de grado, categoría, escalón u otros conceptos análogos, sin necesidad de cambiar de puesto de trabajo), carrera vertical (el ascenso en la estructura de puestos de trabajo por los procedimientos de provisión establecidos en el EBEP), la promoción interna vertical (el ascenso desde un cuerpo o escala de un subgrupo, o grupo de clasificación profesional en el supuesto de que éste no tenga subgrupo, a otro superior) y la promoción interna horizontal (el acceso a cuerpos o escalas del mismo subgrupo profesional). La STS, Sala 3.ª, Sección 4.ª, de 17 de noviembre de 2020, en un caso de personal estatutario de la salud interinos, reconoce el derecho a la carrera horizontal y al complemento retributivo de carrera profesional son «condiciones de trabajo» de la cláusula 4.ª del AMDD: «la carrera profesional horizontal forma parte de las condiciones de trabajo a que se refiere la cláusula 4.ª del Acuerdo Marco anexo a la Directiva 1999/70/CE y que tiene acceso a ella el personal vinculado a la Administración por tiempo determinado que realiza las mismas funciones que el fijo de categoría comparable» (FJ 5).

(67) Art. 70 y ss. del RIPAGE. *Vid.* FERNÁNDEZ PIEDRALBA, E. (2019), «La conquista de derechos de los funcionarios interinos al amparo de la Directiva 1999/70/CE. El reconocimiento del grado personal como último hito en dicha conquista: ¿se está haciendo de peor derecho al funcionario de carrera que al funcionario interino?», *Actualidad Administrativa*, núm. 5.

(68) ATJUE, Sala Décima, *Álvarez Santirso*, C-631/15, de 21 de septiembre de 2016, sobre docentes interinos con cinco años al menos de antigüedad a los que se les excluía de los planes de evaluación docente.

(69) STS, Sala 3.ª, Sección 4.ª, de 18 de febrero de 2020, que cita otras como la STS, Sala 3.ª, Sección 4.ª, de 18 de diciembre de 2018. Asimismo, la jurisprudencia de esta misma Sala y Sección del TS es muy abundante sobre el particular: SSTS 1482/2019, 304/2019, 293/2019, por citar unos ejemplos.

(70) El derecho a la carrera profesional lo ha reconocido para los funcionarios interinos la STSJ de Galicia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, sede de La Coruña, núm. 320/2020, de 25 de junio de 2020, así como por la la STSJ de Castilla-La Mancha, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, sede de Albacete, núm. 92/2020, de 30 de junio de 2020.

chaza la misma a los funcionarios de carrera que de manera provisional y siempre que no lleguen a consolidar grado, se encuentra en una posición superior a las que les corresponde, de acuerdo con el art. 70.6 del RIPAGE (71), cuando se esté en comisión de servicios o bajo una adscripción provisional, en cobertura provisional de un puesto vacante, y no se logre este puesto o cualquier otro superior tras finalizar el trámite oportuno bajo los principios de igualdad, mérito y capacidad, aplicables igualmente en los ascensos. Hay que decir que esta figura de la comisión de servicio es la vía idónea para evitar la celebración del oportuno concurso que cubra esas plazas vacantes. Por tanto, todo lo dicho supone una doble discriminación de los funcionarios de carrera en comisión de servicio: frente a los interinos y frente a los funcionarios de carrera que han logrado sus puestos definitivos tras los debidos procesos (72).

1.2. EL EJERCICIO DE LA AUTORIDAD POR LOS FUNCIONARIOS INTERINOS

El ejercicio en condiciones de interinidad de funciones públicas no sólo se refiere a las condiciones de ingreso y al desarrollo de la vida profesional en cada plaza, sino también al conjunto de potestades inherentes a su cargo (73), especialmente en el ejercicio de la autoridad en su sentido más estricto. Ya hemos visto que en la práctica totalidad de los supuestos que hemos examinado no se estima diferencia material alguna entre las funciones que puede desarrollar un funcionario interino del de uno de carrera. Sin embargo, las cosas cambian en el ámbito de la autoridad referente por ejemplo al ámbito sancionador o disciplinario o la compulsión sobre las personas o el orden público, especialmente respecto del uso de la fuerza y el orden público (74).

Ya sabemos que art. 9.2 del EBEP reserva a los «funcionarios», sin más, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa

(71) Art. 70. 6 del RIPAGE: «Una vez consolidado el grado inicial (...), el tiempo prestado en comisión de servicios será computable para consolidar el grado correspondiente al puesto desempeñado siempre que se obtenga con carácter definitivo dicho puesto u otro de igual o superior nivel. Si el puesto obtenido con carácter definitivo fuera de nivel inferior al del desempeñado en comisión y superior al del grado consolidado, el tiempo de desempeño en esta situación se computará para la consolidación del grado correspondiente al nivel del puesto obtenido. No se computará el tiempo de desempeño en comisión de servicios cuando el puesto fuera de nivel inferior al correspondiente al grado en proceso de consolidación. Las previsiones contenidas en este apartado serán de aplicación asimismo cuando se desempeñe un puesto en adscripción provisional en los supuestos previstos en este reglamento».

(72) Como expone con claridad FERNÁNDEZ PIEDRALBA, E. (2019), *ob. cit.*, pág. 10.

(73) Seguimos a CHAMORRO GONZÁLEZ, J. M.^a (2020), «El ejercicio de potestades administrativas por funcionarios interinos», *Actualidad Administrativa*, núm. 2.

(74) BAUZÁ MARTORELL, F. J. (2019), *El uso de la fuerza en Derecho Administrativo*, Madrid, Iustel.

o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones públicas. Como vemos, no se hace ninguna referencia a los interinos, cuando este mismo artículo en su párrafo primero define el concepto de funcionario de carrera y el art. 10 recoge la figura de los interinos, los cuales se nombran «para el desempeño de funciones propias de los funcionarios de carrera» en las circunstancias extraordinarias que ya conocemos.

Esta falta de concreción no la tenemos, sin embargo, en materia local, donde el art. 92.3 de la LBRL (75) examina la cuestión en un grado mucho mayor y establece que «corresponde exclusivamente a los funcionarios de carrera al servicio de la Administración local el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales. Igualmente son funciones públicas, cuyo cumplimiento queda reservado a funcionarios de carrera, las que impliquen ejercicio de autoridad, y en general, aquellas que en desarrollo de la presente Ley, se reserven a los funcionarios para la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función». A pesar de esta claridad, ante el ejercicio de funciones relativas a la intervención en la esfera personalísima de los ciudadanos, en la seguridad ciudadana y el orden público, sale a la palestra la existencia de auxiliares temporales de fuerzas policiales locales o conformadas por funcionarios interinos(76) y problemas como el derecho a portar armas(77). En este contexto, la STS, Sala 3.^a, Sección 5.^a, de 2 de marzo de 2020, resuelve la denegación por la Guardia Civil de la expedición de la guía de pertenencia de armas y la retirada de otra con la prohibición de entrega a policías locales interinos, y tras realizar una detallada interpretación extensiva, no literal y con amplio apoyo en jurisprudencia anterior, del concepto de funcionarios de carrera de la Administración local y, por tanto, del ámbito subjetivo de la regulación de armas por los policías autonómicos y locales, concluye que los poli-

(75) Tras la modificación practicada por la Ley 27/2013, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local.

(76) *Vid.* p. ej: la Ley 4/2013, de 17 de julio, de Coordinación de las Policías Locales de Baleares; la Ley 4/2007, de 20 de abril, de Coordinación de Policías Locales de Galicia; Ley Foral 23/2018, de 19 de noviembre, de las Policías de Navarra; Ley 1/2018, de Coordinación de Policías Locales de la Comunidad de Madrid, o la Ley 7/2017, de 1 de agosto, de Coordinación de Policías Locales de Extremadura, que en una disposición transitoria previó la integración de estos auxiliares y de guardas o alguaciles, al igual que lo prevé la Ley 17/2017, de 13 de diciembre, de Coordinación de Policías Locales de la Comunidad Valenciana, y la balear ya citada. La STC 154/2017, de 21 de diciembre de 2017, anula la integración automática de los policías auxiliares en la policía local, mientras que la STC 178/2019, de 18 de diciembre de 2019, les niega a los auxiliares el carácter de autoridad.

(77) RD 740/1983, de 30 de marzo, que regula la licencia de armas correspondiente a los miembros de las Policías de las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales.

cías locales interinos, ya nombrados, pueden portar armas de fuego, lo que implica el reconocimiento de tales (78).

Esto último no es baladí, ya que en pocos meses hemos sido testigos de cómo el TS rechazaba la posibilidad de que pudieran cubrirse (79) plazas de policías locales de forma interina y el TC (80) sentenciaba justo lo contrario en su interpretación del art. 92.3 de la LBRL, gracias a la cual interpretaba de forma sistemática su evolución normativa y los antecedentes de su reforma de 2013, advirtiéndose que nunca se había interpretado el ordenamiento jurídico local de forma que se excluyera la participación de interinos en el ejercicio de las tareas reservadas a funcionarios de carrera, ya que, de ser así, «implicaría que una interpretación del mismo como norma prohibitiva del nombramiento de funcionarios interinos para todas esas funciones reservadas impediría no solo el nombramiento de funcionarios interinos para los cuerpos de policía local, sino en general para cualquier Cuerpo o Escala de las entidades que integran la Administración local, aunque esos Cuerpos no ejerzan funciones de las estrictamente reservadas a funcionarios en el art. 9.2» del EBEP.

Asimismo, se ha discutido la legalidad de que un funcionario interino pueda instruir un expediente disciplinario. La equiparación progresiva de los funcionarios de carrera y los interinos no llega a alcanzar este punto, dado que cierta jurisprudencia entiende que tal equiparación se refiere a derechos profesionales y no al conjunto de competencias que le pueden ser encomendadas a un funcionario interino como la de instruir expedientes de este cariz. Así lo estima la STS, Sala 3.^a, Sección 7.^a, de 14 de julio de 2017, basándose principalmente en que en el caso de autos, el instructor interino no solo no pertenecía al mismo cuerpo o escala que

(78) Un comentario extenso a la jurisprudencia recaída se encuentra en CANTERO MARTÍNEZ, J. (2020), «El ejercicio de funciones de autoridad por funcionarios interinos (a propósito de la jurisprudencia sobre la policía local)», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 14.

(79) STS, Sala 3.^a, de Sección 4.^a, de 18 de junio de 2019, la cual aplica criterios de la doctrina de la constitucionalidad indirecta o mediata en los que la norma autonómica controvertida no vulnera directa o frontalmente un precepto de la Constitución, sino que lo hace de manera secundaria o derivada, por infringir una norma de rango infraconstitucional dictada por el Estado en el ejercicio de sus competencias propias, concretamente caracterizado por el hecho de que el legislador autonómico balear al desarrollar legislación básica, reproduce también esa normativa, y ésta es modificada después en términos incompatibles con la legislación autonómica aprobada (art. 92 de la LBRL en su versión de 2013), requiriéndose las dos siguientes condiciones: por un lado, que la norma estatal infringida por la ley autonómica sea, en el doble sentido material y formal, una norma básica y, por tanto, dictada legítimamente al amparo del correspondiente título competencial que la Constitución haya reservado al Estado y, por otro, que la contradicción entre ambas normas, estatal y autonómica, sea efectiva e insalvable por vía interpretativa (STC 104/2018, de 4 de octubre de 2018, FJ 3, y las allí citadas). En este mismo sentido denegatorio se dictó la STS, Sala 3.^a, Sección 4.^a, de 14 de junio de 2019, recaída sobre los policías locales interinos del País Vasco.

(80) STC 106/109, de 19 de septiembre de 2019, recaída sobre el mismo caso de los policías locales interinos de las Islas Baleares y la creación de una bolsa de interinos por la ley autonómica.

el del inculpado, sino que no pertenecía a Cuerpo o Escala alguna (81), al igual que dice que «por no pertenecer a un cuerpo o escala y ser temporal su relación con la Administración, quedan vinculados al puesto al que transitoriamente están adscritos y no tienen a su alcance, entre otras, las posibilidades de carrera horizontal o vertical que, sin embargo, sí poseen los funcionarios de carrera ni, tampoco, pueden formar parte de los tribunales calificadoros de procesos selectivos para el ingreso en los cuerpos y escalas de funcionarios», pertenencia que no es igual a la ocupación de una plaza de interino.

2. El cese de los funcionarios interinos y el problema de su indemnización

Siguiendo el *iter* lógico del régimen jurídico de los interinos, llega el momento de explicar lo relativo a su cese, algo que no deja de ser problemático porque la cuestión arrastra consigo el problema de la duración determinada y de la prolongación de los nombramientos (82).

Como resulta lógico, el cese ha de producirse en relación con las causas de su nombramiento y correlativamente tendremos el que la plaza se cubra por un funcionario de carrera cuando se amortiza la plaza, cuando acaba la reserva del puesto de trabajo del funcionario sustituido, cuando desaparece la razón de urgencia, cuando llegue el fin de los programas o cuando desaparecen las acumulaciones o excesos de tareas (83). No obstante, ya sabemos y hemos mostrado que en gran parte de las ocasiones la situación de interinidad se prolonga incluso hasta la jubilación y que de la perspectiva del cese surge el dilema de la continuación *sine die* de la de interinidad, ante la perspectiva de perder la plaza en una convo-

(81) El art. 30 del RD 33/1986, de 10 de enero, del Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado, ordena que en la resolución por la que se incoe el procedimiento se nombre instructor, «que deberá ser un funcionario público perteneciente a un cuerpo o escala de igual o superior grupo al del inculpado» de los del art. 25 de la LMRFP. En contra de esta tesis, con citas jurisprudenciales, *vid.* GARCÍA SÁNCHEZ, Á. (2012), «¿Puede un funcionario interino ser nombrado instructor de un expediente disciplinario?», *Actualidad Administrativa*, núm. 17.

(82) PLEITE GUAMILLAS, F. (2019), «Consecuencias jurídicas del cese de los interinos», *Actualidad Administrativa*, núm. 1.

(83) Interpretadas en sentido restrictivo. La STS, Sala 3.ª, Sección 4.ª, de 20 de enero de 2020, acerca del cese de un funcionario interino nombrado para cubrir la vacante de un funcionario de carrera concreto con reserva del puesto de trabajo, y que fue removido por otro funcionario de carrera, declara que el cese de un funcionario interino debe vincularse a alguna de las circunstancias expresamente contempladas en la norma de aplicación y, particularmente, el cese funcionario interino nombrado por sustitución de un funcionario de carrera con reserva de plaza o puesto solo debe producirse con ocasión de la ocupación efectiva de la plaza o puesto por el funcionario de carrera sustituido o por otro funcionario de carrera para el caso de que el titular inicial pierda el derecho a la reserva del puesto de trabajo y se realice una convocatoria al efecto o existe un mecanismo legal de adjudicación.

catoria de acceso libre que, aunque interina, no deja de ser un puesto de trabajo y pese a la existencia de abusos que implica, salvo que existan causas objetivas para la prolongación en el tiempo de esta situación, en relación con el art. 5 del AMDD.

La jurisprudencia ha tratado las consecuencias del cese desde la perspectiva de la existencia del abuso del nombramiento de interinos ante situaciones permanentes y estructurales. La ya citada la STJUE, Sala Décima, *Martínez Andrés y Castrejana López*, C-184/15 y C-197/15, de 14 de septiembre de 2016, muestra algunas paradojas, como la del reconocimiento del mantenimiento de la relación profesional con la Administración, que sí es posible en el caso del personal temporal laboral (84) como «personal indefinido no fijo», figura de creación jurisprudencial del orden social que no puede aplicarse a los interinos que cesan en su cargo. Esta sentencia se ha utilizado en ocasiones como argumento para lograr la indemnización (85) por el cese de interinos, pero se ha descartado esta tesis aplicando el criterio del conocido juicio de la comparabilidad, por el que no ha lugar a que se produzcan las consecuencias del régimen laboral al personal funcionario (86): el cese de empleados temporales de régimen laboral sí conlleva una indemnización, pero no en el caso de los funcionarios interinos, los cuales, por comparación con el ordenamiento de los funcionarios de carrera, carecen de tal compensación económica. A lo que sí se tiene derecho, y no hay que confundir, es a la concesión de una indemnización por los daños derivados de tal situación de abuso.

La detallada STS, Sala 3.ª, Sección 4.ª, de 26 de septiembre de 2018 (rec. 1305/2017), recoge esta jurisprudencia europea y declara (87), en

(84) Que declaró que la cláusula 5.1 del AMDD «debe interpretarse en el sentido de que se opone a que una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, sea aplicada por los tribunales del Estado miembro de que se trate de tal modo que, en el supuesto de utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada, se concede a las personas que han celebrado un contrato de trabajo con la Administración un derecho al mantenimiento de la relación laboral, mientras que, con carácter general, no se reconoce este derecho al personal que presta servicios para dicha Administración en régimen de Derecho administrativo, a menos que exista una medida eficaz en el ordenamiento jurídico nacional para sancionar los abusos cometidos respecto de dicho personal, lo que incumbe al juez nacional comprobar».

(85) En el régimen laboral de empleados públicos, nos referimos al famoso caso de la STJUE, Sala Décima, *De Porras*, de 14 de septiembre de 2016, que reconoció el derecho a la misma indemnización por cese que a los trabajadores indefinidos, criterio corregido en la STJUE, Gran Sala, *Montero Mateos*, C-677/16, de 5 de junio de 2018, y la conocida sentencia *De Porras II* (STJUE, Sala Sexta, de 21 de noviembre de 2018) que sí consideran que haya razones objetivas para diferenciar la indemnización por extinción a término de la relación laboral (12 días de salario por año de servicio para el trabajador temporal y ninguna indemnización para el trabajador interino) de la extinción del contrato de trabajo por circunstancias objetivas (20 días de salario por año de servicio para el personal laboral).

(86) STJUE, Sala Décima, *Pérez López*, C-16/15, de 14 de septiembre de 2016.

(87) En el mismo sentido, de la misma fecha y ponente, pero esta vez referida a personal estatutario sanitario, la STS, Sala 3.ª, Sección 4.ª, de 26 de septiembre de 2018 (rec. 785/2017), FJ 16.

su FJ 18, que el reconocimiento de este derecho depende de las circunstancias singulares del caso; debe ser hecho en el mismo proceso en que se declara la existencia de la situación de abuso; y requiere que la parte demandante deduzca tal pretensión; invoque en el momento procesal oportuno qué daños y perjuicios, y por qué concepto o conceptos le fueron causados; y acredite la realidad de tales daños y/o perjuicios, de suerte que sólo podrá quedar para ejecución de sentencia la fijación o determinación del *quantum* de la indemnización debida. Además, los conceptos dañosos y/o perjudiciales que se invoquen deben estar ligados al menoscabo o daño, de cualquier orden, producido por la situación de abuso, pues ésta es su causa, y, de modo muy importante, no a hipotéticas «equivalencias», al momento del cese e inexistentes en aquel tipo de relación de empleo, con otras relaciones laborales o de empleo público (88). Y sobre el mantenimiento de la situación profesional del afectado, no ha lugar a su conversión en funcionario de carrera ni en la denominada y contradictoria figura del «funcionario interino fijo», sino que se debe continuar en esa situación de relación profesional con la Administración, con los mismos derechos y retribución reconocidos cuando se ordenó su cese como interino hasta que deje de existir la causa que justificó su nombramiento como interino (art. 10 del EBEP) (89).

La jurisprudencia europea ha dado un paso más con la STJUE, Sala Segunda, *Baldonado Martín*, C-177/18, de 22 de enero de 2020 (90), por la cual se planteó la indemnización tras el fin de una situación de interinidad, comparándola con la situación de Derecho Laboral de extinción unilateral por el empresario de una relación laboral (91), cuestión que

(88) Vid. el extenso comentario de SÁNCHEZ MORÓN, M. (2019), «La consagración del funcionario interino indefinido», *Revista de Administración Pública*, núm. 208.

(89) Seguimos aquí a CHAMORRO GONZÁLEZ, J. M.^o (2019), «Consecuencias de la contratación temporal fraudulenta», *Actualidad Administrativa*, núm. 5. Sin embargo, la STJUE, Sala Séptima, de 11 de febrero de 2021 (C-760/18) parece que matiza la jurisprudencia española, ya que en relación con la cláusula 5 del AMDD afirma que cuando se haya producido una utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada, la obligación del órgano jurisdiccional remitente de efectuar, en la medida de lo posible, una interpretación y aplicación de todas las disposiciones pertinentes del Derecho interno que permita sancionar debidamente ese abuso y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión incluye la apreciación de si pueden aplicarse, en su caso, a efectos de esa interpretación conforme, las disposiciones de una normativa nacional anterior, todavía vigente, que autoriza la conversión de los sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en un contrato de trabajo por tiempo indefinido, aunque existan disposiciones nacionales de naturaleza constitucional que prohíban de modo absoluto dicha conversión en el sector público.

(90) Sobre una funcionaria interina de la Administración local, que cubrió una plaza vacante hasta que fue cubierta por un funcionario de carrera. FUENTETAJA, J. (2020), «La utilización abusiva de los funcionarios interinos ante el derecho europeo: entre la transformación en funcionarios de carrera y el derecho a indemnización», *Revista de Administración Pública*, núm. 212.

(91) Indemnizables con 33 días de salario por año de servicio en el caso de que sea fija y de 12 en el caso de que sea temporal. Art. 49 y ss. del Estatuto de los Trabajadores.

se rechaza al negar, basándose en las cláusulas 3, 4 y 5 del AMDD(92), tal comparación entre regímenes jurídicos distintos, funcional y laboral, siendo que el primero no prevé en ningún caso la indemnización por cese y que esta diferencia no descansa en cuestiones de temporalidad sino en la propia naturaleza del servicio que se presta, cuestión que no recoge el AMDD. Tampoco se aprecia vulneración del Acuerdo Marco por el abuso en la sucesión de diferentes relaciones de servicio de duración determinada para cubrir necesidades permanentes, porque esa plaza se ocupó una sola vez de modo constante, por lo que no hay tampoco razón para conceder una indemnización por ningún daño ocasionado por tal abuso. En definitiva, esta sentencia revisa la doctrina creada por el caso *De Diego Porras*(93) y marca una frontera entre los regímenes de Derecho Administrativo y el Laboral de los empleados públicos temporales(94).

Para terminar, la doctrina del caso *Baldonado Martín* y del caso *De Diego Porras* (STJUE, Sala Décima, C-596/14, de 14 de septiembre de 2016) ha servido de base para que la STS, Sala 3.^a, Sala 4.^a, de 28 de mayo de 2020, deniegue la indemnización a un auxiliar administrativo, al argumentar que el cese de un funcionario interino, con una única relación de servicios, no determina derecho a indemnización de 20 días de año de trabajo desempeñado previsto en la legislación laboral y no en la legislación funcional(95). Además, dado que la cuestión se planteó con referencia a la sentencia del caso *De Diego Porras*, se aprecia la diferencia con este supuesto de sucesión de nombramientos concatenados, ya

(92) Y los arts. 151 y 153 del TFUE, sobre la política social europea, y los arts. 20 y 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, normas generales que se rechaza que sean de aplicación al caso porque no se trata del Derecho de la UE, sino que se intenta aplicar una norma nacional como el Estatuto de los Trabajadores.

(93) MONEREO PÉREZ, J. L. y ORTEGA LOZANO, P. G. (2020), «Cumplimiento de la prohibición de discriminación (cláusula 4 del Acuerdo Marco) pero dudas sobre las medidas destinadas a evitar la utilización abusiva de la contratación temporal (cláusula 5), la doctrina De Diego Porras II», *La Ley Unión Europea*, núm. 66.

(94) MONEREO PÉREZ, J. L. y GUINDO MORALES, S. (2020), «Funcionarios y personal laboral. ¿Quiénes tiene derecho a una indemnización por finalización de la relación a la luz del TJUE?», *La Ley Unión Europea*, núm. 79. CASAS BAAMONDE, M. E. y ÁNGEL QUIROGA, M. (2020), «De nuevo la temporalidad del empleo en el sector público sujeto al Derecho administrativo. El cese de funcionaria interina sin indemnización no se opone al Derecho de la Unión Europea (Directiva 1999/70/CE)», STJUE (Sala Segunda) de 22 de enero de 2020 (asunto C-177/18)», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 2.

(95) En el mismo sentido, la STS, Sala 3.^a, Sala 4.^a, de 23 de noviembre de 2020, recaída sobre un ingeniero industrial adscrito al Instituto Catalán de la Salud, como personal estatutario interino, con dos nombramientos, uno de varios meses y otro de siete años, sigue la jurisprudencia de aquella STS de 28 de mayo de 2020 y declara que no hubo abuso en los nombramientos y que su cese de un funcionario interino, con la antedicha relación de servicios prolongada durante siete años y una previa de pocos meses, no determina derecho a indemnización de 20 días por año de trabajo desempeñado previsto en la legislación laboral y no en la legislación funcional.

que no concurrió un supuesto de sucesivos contratos o relaciones laborales, sino que se trataba de una única vinculación funcional funcionario interino, que sirvió durante solo once meses en una Comunidad Autónoma. El TS cita abundante jurisprudencia europea sobre este particular, que también recoge que corresponde a los Estados miembros determinar en qué condiciones los contratos o relaciones laborales de duración determinada se consideran «sucesivos», régimen laboral estudiado por la STJUE de los casos acumulados *Sánchez Ruiz y Fernández Álvarez* (C-103/18 y C-429/18) y muy recientemente *Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario* (C-726/19), inaplicables a este supuesto (96).

IV. Conclusiones

Se trata de una situación estructural, con altas tasas de ocupación, que lastra tanto los derechos profesionales de los interesados como la propia calidad de los servicios públicos que se prestan y los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad. El problema no ha hecho sino aumentar incluso con las tasas de reposición impuestas al empleo público por mor de la crisis económica y las restricciones presupuestarias, ya que estas han fomentado el nombramiento de funcionarios interinos, de modo paradójico.

Por otra parte, se ha abusado de los requisitos por los que pueden nombrarse los funcionarios interinos, desvirtuando su naturaleza y acudiendo, sin razones objetivas que lo avalen, a esta figura para satisfacer necesidades permanentes de la Administración a un menor coste salarial e incluso para ofrecer una alternativa a las limitaciones que ofrece el acceso a la condición de funcionario de carrera.

Hay que subrayar la importancia de haberse dictado una interesante jurisprudencia, generalmente por el Tribunal de Justicia de la UE y el Tri-

(96) Esta STJUE, Sala Séptima, de 3 de junio de 2021 (C-726/19), declara que la cláusula 5.1 del AMDD, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, tal como ha sido interpretada por la jurisprudencia nacional, que, por un lado, permite, a la espera de la finalización de los procesos selectivos iniciados para cubrir definitivamente las plazas vacantes de trabajadores en el sector público, la renovación de contratos de duración determinada, sin indicar un plazo preciso de finalización de dichos procesos, y, por otro lado, prohíbe tanto la asimilación de esos trabajadores a «trabajadores indefinidos no fijos» como la concesión de una indemnización a esos mismos trabajadores. En efecto, esta normativa nacional, sin perjuicio de las comprobaciones que corresponde efectuar al órgano jurisdiccional remitente, no parece incluir ninguna medida destinada a prevenir y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada. También acuerda que aquella cláusula 5.1 del AMDD debe interpretarse en el sentido de que consideraciones puramente económicas, relacionadas con la crisis económica de 2008, no pueden justificar la inexistencia, en el Derecho nacional, de medidas destinadas a prevenir y sancionar la utilización sucesiva de contratos de trabajo de duración determinada.

bunal Constitucional, que, de formas a veces vacilante y otras de forma contradictoria, ha interpretado el ordenamiento jurídico para definir cuándo nos encontramos ante situaciones legítimas de duración determinada y cuáles son sus condiciones de trabajo y efectos, especialmente desde el punto de vista del ejercicio de funciones de autoridad, el cese, la eventualidad de una indemnización y su diferencia respecto del régimen laboral de los empleados públicos. Sin embargo, las últimas decisiones jurisprudenciales han supuesto un duro revés para quienes defienden las tesis que acercan la figura del funcionario interino a las del empleado de régimen laboral. Se muestra así un intento serio de reconducción de la situación actual.

V. Bibliografía

- BAUZÁ MARTORELL, F. J. (2019), *El uso de la fuerza en Derecho Administrativo*, Madrid, Lustel.
- BLANCO HIGUERA, A. L. (2018), «La burocracia invertebrada», en *CEF Legal*, núm. 209.
- BOLTAINA BOSCH, X. (2018), «Los procesos selectivos «blandos» y sus efectos sobre la profesionalización del empleo público», en *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. extraordinario 2.
- (2018), «Los funcionarios interinos y los funcionarios con nombramientos accidentales de habilitados nacionales según el RD 128/2018, de 16 de marzo. Aspectos legales», en *La Administración práctica: Enciclopedia de Administración Municipal*, núm. 5.
- CAMPOS DAROCA, J. M.^a (2017), *Empleo público y fraude en la contratación temporal*, Madrid, Dykinson.
- CANAL FERNÁNDEZ, L. (2017), «La interinidad como criterio determinante de la especial valoración de la experiencia en los procedimientos de acceso a la función pública», en *Actualidad Administrativa*, núm. 2.
- CANTERO MARTÍNEZ, J. (2017), «El funcionario interino en la jurisprudencia: sobre la necesidad de repensar la figura», en *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. 17.
- (2020), «El ejercicio de funciones de autoridad por funcionarios interinos (a propósito de la jurisprudencia sobre la policía local)», en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 14.
- CARBONERO REDONDO, J. J. (2018), «El derecho de acceso a la función pública en tiempo de crisis: la progresiva flexibilización del mandato previsto en el art. 10.4 del EBEP por razones de contención de gasto», en *Actualidad Administrativa*, núm. 2.
- CASAS BAAMONDE, M. E. y ÁNGEL QUIROGA, M. (2020), «De nuevo la temporalidad del empleo en el sector público sujeto al Derecho administrativo. El cese de funcionaria interina sin indemnización no se opone al De-

- recho de la Unión Europea (Directiva 1999/70/CE), STJUE (Sala Segunda) de 22 de enero de 2020 (asunto C-177/18)», en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 2.
- CHAMORRO GONZÁLEZ, J. M.^a, (2019), «Consecuencias de la contratación temporal fraudulenta», en *Actualidad Administrativa*, núm. 5.
- (2020), «El ejercicio de potestades administrativas por funcionarios interinos», en *Actualidad Administrativa*, núm. 2.
- CUENCA CERVERA, J. J. (2018), «La temporalidad en el empleo público local: estrategias para su reducción tras el acuerdo para la mejora del empleo público», en *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. 12.
- FERNÁNDEZ PIEDRALBA, E. (2019), «La conquista de derechos de los funcionarios interinos al amparo de la Directiva 1999/70/CE. El reconocimiento del grado personal como último hito en dicha conquista: ¿se está haciendo de peor derecho al funcionario de carrera que al funcionario interino?», en *Actualidad Administrativa*, núm. 5.
- FONDEVILA ANTOLÍN, J. (2018), «Algunas propuestas para una necesaria revisión de la cuestionable doctrina judicial del reconocimiento, al personal laboral temporal y funcionarios interinos, de la condición de “indefinidos no fijos”», en *Gabilex. Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, núm. 13.
- FUENTETAJA, J. (2020), «La utilización abusiva de los funcionarios interinos ante el derecho europeo: entre la transformación en funcionarios de carrera y el derecho a indemnización», en *Revista de Administración Pública*, núm. 212.
- FUENTETAJA PASTOR, J. A. (2018), *Función pública y Derecho europeo*, Cizur Menor, Aranzadi.
- FUENTETAJA PASTOR, J. (2020), «El funcionario interino: entre la temporalidad y la estabilidad», en *Documentación Administrativa*, núm. 7.
- GARCÍA SÁNCHEZ, Á. (2012), «¿Puede un funcionario interino ser nombrado instructor de un expediente disciplinario?», en *Actualidad Administrativa*, núm. 17.
- GÓMEZ GORDILLO, R. (2017), «Prohibición de discriminación e indemnización por finalización de los contratos de trabajo de duración determinada», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 56.
- GONZÁLEZ-VARAS, S. (2020), *Tratado de Derecho Administrativo I*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 4.^a ed.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R. (2018), «“Repensar” la selección de empleados públicos. Momento actual y retos de futuro», en *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. extraordinario 2.
- LÓPEZ PÉREZ, J. F. (2018), «Funcionarios, preferiblemente interinos», en *Diario La Ley*, núm. 9134.
- MANZANA LAGUARDA, R. S. (2014), «Un nuevo paso en la equiparación entre el personal interino y el personal fijo: reconocimiento del comple-

- mento de carrera profesional a los interinos “de larga duración”», en *Diario La Ley*, núm. 8433.
- MARÍN ALONSO, I. (2017), «El trabajador indefinido no fijo y condiciones de trabajo en régimen de interinidad. Abuso en la contratación temporal de la Administración pública», en *Trabajo y Derecho*, núm. 30.
- MARTÍNEZ GIRÓN, J. (2018), *La funcionarización del personal laboral de las Administraciones públicas*, Barcelona, Atelier.
- MATEOS MARTÍNEZ, J. (2020), «El derecho a la no discriminación de los funcionarios interinos: estado de la cuestión tras la más reciente jurisprudencia comunitaria», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 117.
- MAURI I MAJÓS, J. (2018), «El acceso irregular a los empleos públicos», en Ponce Solé, J. (coord.), *Empleo público, derecho a una buena administración e integridad*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- MONEREO PÉREZ, J. L. y GUINDO MORALES, S. (2020), «Funcionarios y personal laboral. ¿Quiénes tienen derecho a una indemnización por finalización de la relación a la luz del TJUE? », en *La Ley Unión Europea*, núm. 79.
- MONEREO PÉREZ, J. L. y ORTEGA LOZANO, P. G. (2020), «Cumplimiento de la prohibición de discriminación (cláusula 4 del Acuerdo Marco) pero dudas sobre las medidas destinadas a evitar la utilización abusiva de la contratación temporal (cláusula 5), la doctrina De Diego Porras II», en *La Ley Unión Europea*, núm. 66.
- MUÑOZ LLINÁS, J. I. (2019), *La función pública en España (1827-2007)*, Madrid, Boletín Oficial del Estado.
- NIETO GARCÍA, A. (1996), *Los primeros pasos del Estado constitucional. Historia administrativa de la Regencia de María Cristina de Borbón*, Barcelona, Ariel.
- PALOMAR OLMEDA, A. (2016), *Derecho de la función pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos*, Madrid, Dykinson, 11.ª ed.
- PÉREZ MONGUIÓ, J. M.ª y FERNÁNDEZ CAMPOS, S. (2017), *El estatuto de los altos cargos*, Pamplona, Aranzadi.
- PÉREZ REY, J. (2019), «La contratación de duración determinada», en García-Perrote Escartín, I. et al. (coords.), *Derecho social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, Madrid, Ed. Francis Lefebvre.
- PERONA MATA, C. (2017), «El acceso del funcionario interino docente en las Comunidades Autónomas», en *Actualidad Administrativa*, núm. 12.
- (2018), «La discriminación de los investigadores temporales en las Universidades españolas», en *Actualidad Administrativa*, núm. 4.
- PLEITE GUAMILLAS, F. (2019), «Consecuencias jurídicas del cese de los interinos», en *Actualidad Administrativa*, núm. 1.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. (2020), «Funcionario interino de larga duración: posibilidades y límites de la estabilización», en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 6.
- ROJO TORRECILLA, E. (2020), «Estudio de la extinción de la relación de trabajo en el empleo público interino. El impacto de la jurisprudencia del TJUE (2016-2020)», en *Estudios de Relaciones Laborales*, núm. 13.

- SÁNCHEZ MORÓN, M. (1999), «Igualdad de oportunidades en el acceso a la función pública y estabilización funcional de los interinos (comentario a la Sentencia 12/1999, de 11 de febrero, del Tribunal Constitucional», en *Administración de Andalucía: Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 34.
- (2008), *Las Administraciones españolas*, Madrid, Tecnos.
 - (2019), *Derecho de la función pública*, Madrid, Tecnos, 12.ª ed.
 - (2019), «La consagración del funcionario interino indefinido», en *Revista de Administración Pública*, núm. 208.
 - (2020), «“Libre” designación y “libre” cese en la función pública: los límites de la discrecionalidad», en *Revista de Administración Pública*, núm. 211.
- SORIANO GARCÍA, J. E. (2012), *El poder, la administración y los jueces (a propósito de los nombramientos por el Consejo General del Poder Judicial)*, Madrid, Iustel.
- (2013), «La racionalidad política y técnica en la selección de la alta Administración pública y gestión pública portuguesa: una experiencia útil para España», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 34.



Buen gobierno y buena administración en la sanidad pública (1)

Good governance and good administration at public Health

MIRIAM CUETO PÉREZ

Catedrática de Derecho Administrativo
Universidad de Oviedo
mcuetop@uniovi.es

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.120.2021.02>

LABURPENA: Osasunaren eremua sektorerik garrantzitsuenetako bat da herri-tarrentzat, oraingo krisiak agerian utzi duen bezala, eta horregatik, zerbitzu publiko hori egoki kudeatzea bermatzen duten aurrerapenak gertatu behar dira. Egiturazko aldaketak eskatu dira aspalditik, eta gobernu onaren printzipioetatik bultzatu ahal dira horietako asko, bai eta administrazio on baterako eskubidea benetan eta eraginkortasunez ezarri ere. Gobernu onaren ikuspegitik aurrerapen handiagoak behar dira zenbait alderdi bermatzeko, hala nola ekitatea, erabakiak hartzeko prozesuaren profesionalizatzea eta jokabide-kode etikoen ezarpena. Eremu sanitarioko administrazio onak, berriz, arau sanitarioetan aurretiaz aitortutako eskubideak lorzea dakar, bai eta pazientearen egoera juridikoa indartzea ere.

HITZ GAKOAK: Administrazio ona. Gobernantza ona. Zerbitzu publikoak. Osasun publikoa.

ABSTRACT: Health is one of the most important sectors for citizenship, as the ongoing crisis has shown, and accordingly some advances have to be introduced in order to ensure the adequate managing of this public service. For some time now some structural changes have been called which many of them can be promoted both from the principle of good government and from a real and effective implementation of the right to good administration. From the perspective of the good government, some advances are necessary to ensure issues as equity, the professionalization of the decision making process and the implantation of the ethic codes of conduct. For its part, good administration within the health sector implies the realization of rights previously acknowledged by the health laws and the strengthening of the legal position of the patient.

KEYWORDS: Good administration. Good governance. Public services. Public Health.

(1) Este trabajo se realiza en el marco del proyecto de investigación del Plan Nacional MCIU-19-RTI2018-097840-B-I00, bajo el título *Gestión indirecta de servicios socio-sanitarios a la luz de la nueva regulación de contratos del sector público: el paradigma de la buena administración*.

RESUMEN: El ámbito sanitario constituye uno de los sectores que presentan una mayor importancia para la ciudadanía, como ha puesto en evidencia la actual crisis. por ello se deben producir avances que garanticen la adecuada gestión de este servicio público. Desde hace tiempo se han venido reclamando cambios estructurales muchos de los cuales se pueden impulsar desde los principios de buen gobierno como desde una implantación real y efectiva del derecho a una buena administración. Desde la perspectiva del buen gobierno son necesarios unos mayores avances que garanticen aspectos como la equidad, la profesionalización de la toma de decisiones y la implantación de códigos éticos de conducta. Por su parte, la buena administración en el ámbito sanitario implica la consecución de derechos previamente reconocidos en las normas sanitarias y el refuerzo de la posición jurídica del paciente.

PALABRAS CLAVE: Buena administración. Buen gobierno. Servicios públicos. Sanidad pública.

Trabajo recibido el 8 de febrero de 2021

Aceptado por el Consejo de Redacción el 21 de mayo de 2021

Sumario. I. Introducción.—II. Buen gobierno en el ámbito sanitario: necesidad de avances. 1 Algunas previsiones normativas. 2. Necesidad de reforzar la salud pública. 3. Universalidad versus equidad. 4. La participación de profesionales y pacientes en la toma de decisiones. 5. Descentralización y profesionalización de los órganos de decisión. 6. Implantación de códigos éticos que eviten los conflictos de intereses.—III. Buena administración en el SNS: configuración jurídica. 1. Delimitación de contenidos. 2. La posición jurídica del paciente en el ejercicio de ciertos derechos. 2.1. Derecho a la atención en un tiempo máximo de espera. 2.2 Derecho a la libre elección de facultativos y centros y derecho a obtener una segunda opinión médica.

I. Introducción

El sector público sanitario constituye, sin duda, uno de los principales pilares del Estado social, y es a la vez uno de los servicios públicos más valorados por la ciudadanía, lo que inevitablemente lleva a que el grado de exigencia sobre su funcionamiento sea mayor. Si esto era así con anterioridad al desencadenamiento de la pandemia provocada por el COVID 19, en estos momentos es evidente que la gestión de la sanidad se ha colocado en el epicentro de las políticas públicas. La crisis sanitaria ha puesto en jaque la propia seguridad de los Estados, la vida de sus ciudadanos, su actividad económica, así como los propios principios democráticos de un Estado de Derecho. En nuestro país esto implica poner en valor el conjunto del Sistema Nacional de Salud (SNS), tanto en su vertiente asistencial ligada a las prestaciones sanitarias, como en su vertiente preventiva, ligada al ámbito de la salud pública (la vigilancia epidemiológica, así como las medidas educativas van a tener un protagonismo propio en los próximos años). A pesar de que España cuenta con un buen sistema sanitario ampliamente reconocido internacionalmente(2), la crisis sanitaria actual ha puesto también en evidencia carencias e importantes debilidades. Las sucesivas olas de contagios que se han sucedido durante la pandemia han puesto en evidencia cómo en algunas CCAA la capacidad de respuesta para atender el gran número de enfermos resultó insuficiente, habiendo tenido incluso que llegar a la priorización de enfermos (los llamados triajes) e incluso a la denegación de asistencia, con todo lo que esto implica de fracaso, tanto para los profesionales, como para los enfermos y sus familias, así como

(2) HERNÁNDEZ AGUADO, I. (2018), «Diseño institucional y buen gobierno: avances y reformas pendientes», *Cuadernos Económicos ICE*, n 96, (ejemplar dedicado a: Sistema Nacional de Salud: retos y tareas pendientes tras la gran Recesión), págs. 145-164.

para la sociedad en su conjunto (3). De igual forma, ha sido palpable que la falta de inversión, de previsión y de planificación en el ámbito de las políticas de salud pública impidió una reacción más anticipada a la situación, lo cual sin duda hubiese aliviado en buena medida los momentos de mayor gravedad (4).

Si desde hace tiempo se viene reclamando la necesidad de reforma, de mejora y de fortalecimiento del SNS (5), en estos momentos resulta imprescindible que los poderes públicos den los pasos necesarios para satisfacer dicha demanda, corrigiendo las debilidades que se han puesto de manifiesto (falta de capacidad como país de producir o adquirir medios y equipos materiales, insuficientes medios humanos disponibles, carencias en atención primaria, falta de planes de vigilancia en salud pública, coordinación estatal insuficiente...) y logrando un eficaz funcionamiento de todos los instrumentos que sirven para satisfacer el derecho a la protección de la salud de las personas. La incorporación de los principios de buen gobierno y buena administración al ámbito sanitario puede ser un buen punto de partida para lograr sistemas sanitarios más eficaces y más eficientes, teniendo en cuenta que los recursos económicos no son infinitos y que nos acercamos de nuevo a una época de fuertes restricciones presupuestarias cuando todavía nos lastran los recortes de la anterior crisis económica (6). El sector público sanitario siempre ha tenido un especial impacto económico, desde el punto de vista del gasto presupuestario que supone para las Administraciones, pero también desde otros ángulos: es un sector estratégico que genera empleo altamente cualificado, una gran demanda de productos y servicios y que tiene un enorme potencial como sector innovador en el ámbito tecnológico, en el ámbito de la I+D+i y en el de su propia organización y funcionamiento. Lograr una mejora de la gestión, implicando tanto a los profesionales como a los pacientes mediante una participación activa, concienciar a la población de la necesidad de adoptar hábitos saludables a lo largo de las dis-

(3) GONZÁLEZ SUÁREZ, G. (2020), «Análisis ético y jurídico sobre los criterios de priorización de enfermos en las unidades de cuidados intensivos», *Derecho y Salud*, vol. extraordinario 30, núm. 2, págs. 44-56; GONZÁLEZ CARRASCO, C. (2020), «Responsabilidad patrimonial y civil por contagios del SARS-COV-2 en residencias de mayores: Nexo causal y criterios de imputación», *Derecho y Salud*, vol. 30, extraordinario núm. 1, págs. 22-35; MARTÍNEZ NAVARRO, J.A. (2021), *Los efectos de la Covid-19 en las residencias de mayores*, RVAP, núm. 119, págs. 127-166.

(4) Sobre la falta de desarrollo de la LGSP *vid.* CIERCO SEIRA, C. (2020), «El letargo de la Ley General de Salud Pública», en *Retos del derecho a la salud, de la salud pública en el siglo XXI*, (Dir.: Laura SALAMERO TEIXIDÓ), Thomson Reuters Aranzadi, 2020.

(5) ORTÚN-RUBIO, V. (2002), «Reforma de la sanidad», *Las estructuras del bienestar: propuestas de reforma y nuevos horizontes* (coord. por Santiago MUÑOZ MACHADO, José Luis GARCÍA DELGADO, Luis GONZÁLEZ SEARA), Ed. CIVITAS, págs. 159-208.

(6) REPULLO LABRADOR, J.R. (2012), «La sostenibilidad de las prestaciones sanitarias públicas» en *Crisis económica y atención a las personas vulnerables* (M.A. PRESNO LINERA, coord.), Oviedo.

tintas etapas de la vida, actualizar las funciones y cometidos de los distintos profesionales en el ámbito asistencial, reforzar el papel que juega el acceso a la sanidad como elemento de cohesión social, así como avanzar en una verdadera coordinación y colaboración de los Servicios de Salud autonómicos, puede contribuir al logro de estos objetivos.

La Unión Europea ha incluido la salud pública en el ámbito de sus políticas sectoriales, pero con una incidencia irregular y desigual en relación con los distintos aspectos que afectan a las políticas de los Estados. En el Tratado de Funcionamiento de la UE (7) varios preceptos abordan las cuestiones relativas al ámbito de la salud pública. Así en su art. 6 se señala que «la Unión dispondrá de competencia para llevar a cabo acciones con el fin de apoyar, coordinar o complementar la acción de los Estados miembros». Incluyendo dentro de los ámbitos de estas acciones: «la protección y mejora de la salud humana». Igualmente, se apunta la necesidad de aproximar las legislaciones de los Estados miembros en materia de salud «teniendo en cuenta especialmente cualquier novedad basada en hechos científicos» (art. 114), la necesidad de proteger la salud pública en relación con la protección de consumidores y usuarios (art. 169) y también en materia medio ambiental (art. 191), pero sin duda el precepto más importante es el art. 168 que otorga a la salud pública un carácter transversal e informador de todas las políticas y acciones de la Unión (8). Especial importancia se da a la lucha contra las pandemias transfronterizas y a la adopción de medidas que tengan directamente como objetivo la protección de la

(7) Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, tras las modificaciones introducidas por el Tratado de Lisboa firmado el 13 de diciembre de 2007 en Lisboa y que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009.

(8) Art. 168. «1. La acción de la Unión, que complementará las políticas nacionales, se encaminará a mejorar la salud pública, prevenir las enfermedades humanas y evitar las fuentes de peligro para la salud física y psíquica, incluyendo la lucha contra las enfermedades más graves y ampliamente difundidas, apoyando la investigación de su etiología, de su transmisión y de su prevención, así como la información y la educación sanitarias, y la vigilancia de las amenazas transfronterizas graves para la salud, la alerta en caso de tales amenazas y la lucha contra ellas.

La Unión complementará la acción de los Estados miembros dirigida a reducir los daños a la salud producidos por las drogas, incluidas la información y la prevención.

2. La Unión fomentará la cooperación entre los Estados miembros en los ámbitos contemplados en el presente artículo y, en caso necesario, prestará apoyo a su acción. Fomentará, en particular, la cooperación entre los Estados miembros destinada a mejorar la complementariedad de sus servicios de salud en las regiones fronterizas.

Los Estados miembros, en colaboración con la Comisión, coordinarán entre sí sus políticas y programas respectivos en los ámbitos a que se refiere el apartado 1. La Comisión, en estrecho contacto con los Estados miembros, podrá adoptar cualquier iniciativa útil para fomentar dicha coordinación, en particular iniciativas tendentes a establecer orientaciones e indicadores, organizar el intercambio de mejores prácticas y preparar los elementos necesarios para el control y la evaluación periódicos. Se informará cumplidamente al Parlamento Europeo.

3. La Unión y los Estados miembros favorecerán la cooperación con terceros países y las organizaciones internacionales competentes en materia de salud pública».

salud pública en lo que se refiere al tabaco y al consumo excesivo de alcohol, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros. El precepto deja claro que la acción de la Unión en el ámbito de la salud pública respetará las responsabilidades de los Estados miembros por lo que respecta a la definición de su política de salud, así como a la organización y prestación de servicios sanitarios y atención médica, y la asignación de los recursos que se destinan a dichos servicios, rigiendo por lo tanto el principio de subsidiaridad en esta materia. Por su parte, el art. 35 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE recoge que toda persona tiene derecho a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales y que «al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana».

En nuestra Constitución el art. 43 recoge el derecho a la protección de la salud como principio rector de la política económica y social, desde dos planos complementarios, el asistencial y el preventivo, señalando que compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios, remitiéndose a la Ley para la concreción de los derechos y deberes al respecto. Por lo tanto, ambos planos deben ser atendidos por las distintas Administraciones implicadas en la gestión sanitaria, sin olvidar, que en el reparto competencial que fija el art. 149.1.16 CE si bien la prestación de la asistencia sanitaria pasa a ser competencia de las CCAA si sus Estatutos así lo recogen, la coordinación de toda la sanidad es del Estado, el cual está llamado también a fijar las bases del marco jurídico, teniendo la competencia exclusiva en materia de sanidad exterior y en la legislación sobre productos farmacéuticos.

Este trabajo tratará de establecer cómo en el ámbito sanitario se han incorporado de forma temprana algunos principios que en la actualidad podrían formar parte del llamado buen gobierno y del derecho a una buena administración. Muchas veces se utilizan estos términos en un sentido amplio y de forma poco precisa, sin una distinción clara entre ambos planos(9), lo que permite que algunos principios se puedan identificar tanto en el marco del buen gobierno como en el de la buena administración, como ocurre con el principio de transparencia, el de participación o el de imparcialidad. Sin embargo, en el ámbito sanitario se tratará de delimitar qué contenidos se pueden identificar con el buen go-

(9) BOUSTA, R. (2020), «La polisemia del derecho a una buena administración: Análisis crítico de los ordenamientos europeo y español», *Revista de la Facultad de Derecho de México*, vol. 70, núm. 276, 1, 2020, págs. 199-230. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E. (2021), *De la función consultiva clásica a la buena administración*, Marcial Pons, págs. 20 y ss.

bierno, con la toma de decisiones, con el plano político y de actuación de las autoridades, y qué contenidos se deben identificar con el derecho a una buena administración, es decir, con el plano de la ejecución de esas decisiones, en relación con una actuación administrativa, que no olvidemos tiene un contenido especialmente material y técnico (10), aunque en la actualidad se acompaña de un complejo entramado procedimental, en la que se ha ido reforzando la posición jurídica del particular. Nuestro sistema sanitario claramente precisa consolidar y avanzar en los principios de buena administración que ya contempla e incorporar principios de buen gobierno que permitan lograr una mejora del funcionamiento del SNS, para ello se analizarán las previsiones normativas, tanto estatales como autonómicas, atendiendo a la tanto a la salud pública como a la asistencia sanitaria. Tal vez ha llegado el momento de buscar un pacto por la sanidad entre las principales fuerzas políticas, dada la importancia de su adecuado funcionamiento para el conjunto de la ciudadanía y la evidente necesidad de reformas. El enorme sufrimiento que está suponiendo para la sociedad española el paso por la actual pandemia debería ser suficiente argumento para apartar las disputas ideológicas y atender a los acuerdos existentes en la comunidad científica y entre los expertos en gestión sanitaria sobre la bondad de incorporar ciertas medidas.

II. Buen gobierno en el ámbito sanitario: necesidad de avances

1. Algunas previsiones normativas

En primer lugar, es necesario señalar que en el ámbito de la Unión Europea desde hace tiempo se han producido iniciativas encaminadas a mejorar la gestión de los Sistemas Nacionales de Salud y en este marco la Comisión de Buen Gobierno Sanitario del Consejo de Europa aprobó en 2010 el documento *Recomendaciones para el Buen Gobierno de los Sistemas de Salud* en el que se contemplaban una serie de principios de actuación, partiendo de la premisa de que una buena gobernanza tiene una influencia positiva en todas las funciones del sistema sanitario, de manera que lleva a unos mejores resultados en materia de salud. Estos principios llevarían a la exigencia del cumplimiento del marco normativo y presupuestario, al respeto a la universalidad, equidad y solidaridad del sistema, a la rendición de cuentas, transparencia y responsabilidad en la gestión, al incremento de la eficiencia, calidad y seguridad y a la necesidad de una participación activa de los profesionales y ciudadanos para

(10) PONCE SOLÉ, J. (2016), «La discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena administración», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 175, enero-marzo, págs. 57-84.

dar respuesta adecuada a la demanda de prestaciones. Igualmente tienen su reflejo en aspectos de carácter ético, como la integridad de todos los implicados, la formulación de códigos de conducta, la atención a los conflictos de interés y la prevención del fraude y la corrupción en el sistema.

En España de forma reciente y aún muy embrionaria se han dado algunos pasos hacia el buen gobierno en el ámbito sanitario. Lo primero que cabe señalar es que ninguna de las leyes básicas en materia de sanidad hacen referencia al término buen gobierno, lo cual no quiere decir que no se hayan desarrollado algunos de los principios que podemos identificar con este término en las mismas. En el ámbito autonómico, la preocupación por el buen gobierno en este ámbito está presente en algunas CCAA, siendo el ejemplo más evidente, el País Vasco, donde se han dado pasos importantes, algunos de forma temprana, como la creación de los Consejos Asesores del Departamento de Sanidad, ahora regulados por el Decreto 121/2005, de 24 de mayo(11), buscando un refrendo en la toma de decisiones con un asesoramiento experto que ponderase las diferentes alternativas de solución y los intereses de los distintos sectores implicados. Los Consejos Asesores tratan de ser un instrumento para aunar, por un lado, las aportaciones de expertos de reconocido prestigio y de sus asociaciones profesionales y, por otro, la experiencia de gestores clínicos y sanitarios, involucrando a los profesionales sanitarios en la orientación de los servicios clínicos hacia los objetivos previstos en las diferentes ámbitos de actuación vinculados a la salud: prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación, información e investigación, atendiendo al uso más eficiente de los recursos públicos. En 2010 se creó el Consejo Asesor sobre el Código de Buen Gobierno en la Sanidad Pública Vasca, cuya labor dio lugar a que en 2012 se formularan las *Recomendaciones del Consejo Asesor sobre el Buen Gobierno de la Sanidad Pública Vasca*, reflejadas en buena medida en el Plan de Salud 2013-2020 del País Vasco, que enfatizó la necesidad de una reorganización de todos los servicios sanitarios a todos los niveles, tanto en lo que se refiere al Servicio de Salud, como a las unidades de atención (hospitales, Atención Primaria, etc.)(12); igualmente se puso el acento en prestar una especial atención a ciertos ámbitos, como es el de las enfermedades crónicas, sin duda, uno de los principales problemas que deberá asumir el SNS en los próximos años, y la eficaz coordinación entre servicios sanitarios y sociales, así como una atención global desde todos los ámbitos de responsabilidad a la sa-

(11) Los Consejos Asesores se regularon por primera vez en el Decreto 240/1993, de 3 de agosto.

(12) Un comentario detallado del mismo en CABASÉS HITTA, J.M. (2013), «Reflexiones sobre la sanidad pública en España en el Horizonte 2020», *Documentos de Trabajo (Universidad Pública de Navarra. Departamento de Economía)*, Núm. 7.

lud pública, impulsando la prevención, protección y promoción de la misma.

Por su parte, la Comunidad de Madrid aprobó la Ley 11/2017, de 22 de diciembre, de buen gobierno y profesionalización de la Gestión de los Centros y Organizaciones Sanitarias del Servicio Madrileño de Salud (LBGSM), una Ley que contó con un amplio consenso parlamentario, lo cual ya merece una valoración positiva en un momento en el que los acuerdos políticos son complicados. Esta Ley siguiendo la Resolución 24/2015, de 22 de octubre, de la Asamblea de Madrid trata de regular cinco aspectos, que a juicio del legislador «constituyen el denominador común de buen gobierno y buena gestión pública para los centros y organizaciones sanitarias en los países de nuestro entorno: órganos colegiados de gobierno en todas las organizaciones del Servicio Madrileño de Salud; profesionalización de la función directiva; fortalecimiento de los órganos de asesoramiento y participación; establecimiento de instrumentos de buen gobierno y autonomía de gestión y capacidad de innovación». Sin duda, esta norma planteaba cuestiones importantes, además de ser la primera norma con rango de ley que regulaba el buen gobierno de las organizaciones sanitarias, dando pasos en aspectos que unánimemente se consideraba necesario mejorar, como la ausencia de órganos colegiados al frente de las organizaciones y centros, la profesionalización de los directivos y sobre todo la falta de autonomía, tanto de los Servicios de Salud de las CCAA, como de sus organizaciones (áreas de salud, hospitales). Sin embargo, una vez aprobada su implementación está resultando complicada y lo cierto es que no se han adoptado las medidas contempladas, en una parte, porque cualquier modificación de las condiciones laborales de los profesionales sanitarios, suele conllevar un inmediato rechazo, pero también porque pese al consenso alcanzado, políticamente no se ha mostrado un especial interés en su desarrollo.

Incluir los principios de buen gobierno en el ámbito sanitario, implica organizar y gestionar la sanidad con fórmulas e instrumentos que mejoren los resultados de acuerdo con la experiencia previa de otros sistemas(13). Sin embargo, aunque la necesidad de avanzar por esta senda está fuera de toda duda, su consecución está siendo lenta, lo cual ha tenido efectos visibles en esta crisis sanitaria, poniendo de manifiesto como los sistemas sanitarios autonómicos presentan importantes diferencias, lo cual puede suponer dos cosas, o bien el marco jurídico básico no ha sido suficiente para que en las distintas partes del territorio hubiese una respuesta suficiente, o bien los desarrollos autonómicos han sido tan dispares que han distorsionado la cohesión del

(13) FREIRE, J.M. (2014), «Los retos de las reformas sanitarias en el SNS», *Mediterráneo económico*, núm. 26, 2014, págs. 351-368.

sistema. En todo caso, los estudios teóricos habían insistido en los últimos tiempos en reforzar el SNS incorporando los principios de buen gobierno para cohesionarlo (14). Pasemos ahora a analizar las carencias del sistema y la incorporación de algunos de esos principios al ámbito sanitario.

2. Necesidad de reforzar la salud pública

Tras el desencadenamiento de la crisis sanitaria en 2020, se ha puesto de manifiesto que en el ámbito del SNS además de una asistencia sanitaria de calidad resulta igualmente indispensable el desarrollo de acciones encaminadas a la prevención, promoción y protección de la salud pública. El art. 43 de la CE incluye la obligación de los poderes públicos de organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas, así como de fomentar la educación sanitaria. Sin embargo, lo cierto es que la salud pública ha sido dentro de la sanidad la gran olvidada a lo largo del tiempo, siendo, sin duda, sus medidas y actuaciones parte fundamental del buen gobierno en el ámbito sanitario (15). El sistema sanitario no solamente debe atender a la enfermedad de los ciudadanos, sino que también debe facilitar medidas (educativas, informativas, preventivas...) destinadas a preservar la salud de la población; las razones parecen obvias, por un lado, por el propio bienestar de la ciudadanía, pero también por razones de eficiencia en la utilización de los recursos públicos, pues resulta evidente que un alto nivel de salud de la población contribuye directamente a reducir el coste de la asistencia sanitaria. Sin embargo, lo cierto es que, si la asistencia sanitaria está siempre en la agenda política por su visibilidad e importancia para los ciudadanos, las medidas vinculadas a la salud pública han sido objeto de una menor atención (16), principalmente porque requieren igualmente una importante inversión pero, en cambio, no son apreciadas en igual medida por la ciudadanía produciéndose sus resultados a largo plazo, lo que aleja el interés de los responsables políticos sobre el asunto. Es evidente que en una campaña electoral resulta mucho más vistoso prometer a los ciudadanos que se va a inaugurar un nuevo hos-

(14) Sin embargo, son muchos los documentos que insisten en esa idea algunos de especial relevancia: «*Sistema Nacional de Salud: diagnóstico y propuestas de avance*», de la Asociación de Economía de la Salud.

(15) CIERCO SIEIRA, C., *op. cit.*, págs.146-147.

(16) HERNÁNDEZ AGUADO, I. (2018), «Diseño institucional y buen gobierno: avances y reformas pendientes», *Cuadernos Económicos ICE*, núm. 96, (ejemplar dedicado a: Sistema Nacional de Salud: retos y tareas pendientes tras la Gran Recesión), págs. 145-164.

pital en su zona que decir que se va a reforzar la vigilancia epidemiológica en la Comunidad Autónoma. Tal vez en los próximos años esto cambie, pero hasta la fecha, como es bien visible, la salud pública ha sido la gran relegada dentro de las políticas sanitarias.

La temprana Ley Orgánica 3/86, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de Salud Pública, mencionada en los últimos tiempos de forma continuada en los medios de comunicación, se centró en la posible adopción de medidas por parte de las administraciones sanitarias en casos de riesgo para la salud pública, pero no abordó un marco general de actuación, cuestión que se retrasó hasta la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, que en su preámbulo deja constancia de esta situación y por ello incorpora una serie de medidas para paliar el olvido durante tantos años(17). Esta Ley, sin duda, propició los mimbres para que se produjese un antes y un después en materia de salud pública en nuestro país, pero el tono excesivamente declarativo en una buena parte de su articulado y la falta de desarrollo de sus contenidos, llevó a que los mismos quedasen en meras indicaciones de carácter general y que en la práctica los avances fuesen nulos. Durante esta crisis sanitaria se ha echado en falta su implementación y se ha recordado muchas veces por voces autorizadas que probablemente si algunas de sus previsiones se hubiesen materializado, la magnitud de la pandemia y sus consecuencias no hubiesen sido tan abultadas(18). Entre sus medidas más importantes se incluía la necesidad de reforzar los sistemas de vigilancia epidemiológica y la creación de una Red de vigilancia de Salud pública, con mayores cometidos que la *Red Nacional de vigilancia epidemiológica*, y con importantes funciones de asesoramiento, elaboración de informes y coordinación respecto a las actuaciones de vigilancia de las distintas CCAA. Esta Red estaría en dependencia del Ministerio de Sanidad, reforzando claramente sus labores de coordinación y liderazgo, lo que no implica cuestionar el reparto competencial en materia sanitaria que hace el art. 149.1.16 de la CE, pero sí recordar que cuando el problema epidemiológico excede del territorio concreto de una Comunidad Autónoma los parámetros para valorar la situación

(17) «Los poderes públicos han de asegurar y mejorar la salud de la población, la actual y la futura, entendiendo la inversión en salud como una contribución decisiva al bienestar social, tanto por el efecto neto de la ganancia en salud como por la contribución a la sostenibilidad de los servicios sanitarios y sociales, sin olvidar la contribución a la sostenibilidad general por el aumento de la productividad asociada a la salud y por el efecto positivo que las políticas de cuidado del medio tienen en el entorno y en la salud humana. La excelente respuesta que hemos dado al requerimiento constitucional de protección de la salud desde la vertiente del cuidado de las personas enfermas, debe ahora complementarse con la vertiente preventiva y de protección y promoción de la salud».

(18) CANTERO MARTÍNEZ, J. (2020), «Propuestas para el reforzamiento del sistema público sanitario a través de medidas de Salud Pública», *Derecho y Salud*, Volumen 30 extraordinario, núm. 1, págs. 11-21.

y las medidas para reaccionar en función de esos parámetros deberían ser diseñadas desde el ámbito estatal.

3. Universalidad *versus* equidad

La plena aplicación del principio de equidad al SNS es uno de los objetivos a conseguir, y la equidad se relaciona a su vez con la igualdad en el acceso para todos los ciudadanos, pero también con el principio de universalidad. Este último fue garantizado en la Ley 14/86, de 25 de abril, (LGS), en la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Calidad y Cohesión del SNS (LCCSNS) y la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública (LGSP), aunque en la práctica su logro no se materializó con carácter pleno (19); cierto es que con la aprobación de la LGSP en su DA sexta se incluyó como beneficiarios a todos los españoles residentes que no se encontraran protegidos por otras normas, lo que supuso prácticamente el logro de la universalidad, pero la aprobación del Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril (20), supuso una quiebra importante en esos avances, aprobado en plena crisis económica, dio lugar a un amplio e importante debate jurídico sobre la cuestión (21). El principal colectivo

(19) El RD 1088/1989, de 8 de septiembre, extendió la cobertura de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a los españoles residentes sin recursos económicos, Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, cuyo artículo 12 reconocía el derecho de los extranjeros empadronados en un municipio español a recibir asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.

(20) A pesar de los avances producidos quedaban fuera de cobertura algunos colectivos como las personas mayores de 26 años que no hubieran trabajado nunca; desempleados sin derecho a prestaciones de la Seguridad Social o que ya las hubieran agotado o profesiones liberales que hubieran optado por integrarse en la Mutualidad de Previsión Social de su colegio profesional en lugar de hacerlo en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. Ahora bien, se trató de una amplitud que nunca llegó a producirse debido a que quedó supeditado al correspondiente desarrollo legislativo en un plazo de seis meses y a que las reformas del RD 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud supusieron un cambio de criterio y ruptura de dicha tendencia, tal y como se desarrollará en las siguientes páginas.

(21) BELTRÁN AGUIRRE, J. (2012), «Real Decreto-Ley 16/2012 de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del sistema nacional de salud. Análisis crítico en relación con los derechos ciudadanos y las competencias autonómicas». *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, (BIB 2012, 940) , págs. 191-207; HIERRO, J. (2012), «La prestación por asistencia sanitaria: cuestiones sobre su encuadramiento», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 31; PONCE SOLE, J. (2013), *El derecho y la (ir)reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2013; CANTERO MARTÍNEZ, J. (2014), «Universalidad y gratuidad de las prestaciones sanitarias públicas. Una perspectiva constitucional y desde los compromisos internacionales asumidos por España», *Revista Derecho y Salud*, vol. 14, núm. 1, extra 1, págs. 65-118; MONTOYA MELGAR, A. (2018), «Ámbito subjetivo del Sistema Nacional de Salud. (doctrina reciente del Tribunal Constitucional. *Revista Española de Derecho del Trabajo*», núm. 210, 2018, págs. 11-16; DELGADO DEL RINCÓN, L.E. (2019), *El derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros. Limitaciones y problemas competenciales*, Valencia, Tirant lo Blanch; PÉREZ GÁZQUEZ, I.M. (2020), «La pretendida e inalcanzada universalidad de la asis-

excluido del derecho a la asistencia sanitaria gratuita fue el de los inmigrantes sin residencia legal en España, grupo especialmente vulnerable, cuya exclusión tuvo consecuencias sanitarias y sociales negativas, pues resulta evidente que la salud individual de cada persona redundaba en la colectiva, como ha quedado más que evidenciado en momentos como los actuales(22).

Sin embargo, no olvidemos que desde un punto de vista jurídico la medida contó con el respaldo del TC en su sentencia 139/2016, de 21 de julio, y las que la siguieron (183/2016, 33/2017, 63/2017, 64/2017, 98/2017, 134/2017, 145/2017, 2/2018, 17/2018 y 18/2018) en cuyos argumentos se puso por delante la sostenibilidad del sistema, frente a la universalidad del acceso, entendiendo que el principio de universalidad no implica necesariamente gratuidad, lo cual ha generado una importante incertidumbre sobre el sistema de cara al futuro(23); aprobado el Decreto-Ley 7/2018, de 27 de julio, sobre acceso universal al SNS se ha tratado de recuperar el acceso universal a la asistencia sanitaria, aunque aún sin la claridad suficiente en cuanto a la regulación del acceso para las personas extranjeras que no son residentes legales en España, al dejar en manos de las CCAA la concreción del procedimiento y el título para la materiali-

tencia sanitaria gratuita. Retos pendientes», *Revista Española de Derecho del Trabajo* núm. 232, págs. 127-164. Sobre la universalidad del sistema, así como la valoración de la doctrina del TC generada a partir del Decreto Ley 16/2012, ya he tenido ocasión de pronunciarme en un trabajo anterior, *vid. CUETO PÉREZ, M. (2019), «El sector público sanitario: Horizonte 2020» en Retos y propuestas para el sistema de salud* (dir. PÉREZ GÁLVEZ, J.A.) págs. 173-215, Tirant lo Blanch.

(22) La fuerte crítica a la reforma no puede obviar que en nuestro país se estaba produciendo un problema a la hora de reclamar el abono de la asistencia sanitaria a terceros países. El Tribunal de Cuentas en su *Informe número 937, de 29 de marzo de 2012, sobre la Fiscalización de la Gestión de las Prestaciones de Asistencia Sanitaria derivadas de la aplicación de los Reglamentos comunitarios y Convenios Internacionales de la Seguridad Social*, puso de manifiesto el perjuicio económico que está sufriendo el SNS por la ineficaz gestión por parte de las administraciones públicas competentes en relación con la falta de reclamaciones a terceros estados obligados a sufragar el coste sanitario de sus ciudadanos desplazados a nuestro país, ahora bien justamente esta cuestión no encontró solución en el Real Decreto-Ley 16/2012 y, sin embargo, se excluyó un colectivo especialmente vulnerable de la recepción de asistencia sanitaria gratuita, sin que en su mayor parte pudiesen afrontar el pago de la misma. Sobre esta cuestión, OLIVA, J., PEIRÓ, S. y PUIG-JUNOY, J. (2014), «Sistema Nacional de Salud y propuestas de reformas sanitarias en el sistema nacional de salud». *Revista Mediterráneo económico*, núm. 26, págs. 8-9.

(23) Prueba de ello, es que durante el período de vigencia del RD-Ley 16/2012 se han dado interpretaciones jurisprudenciales más restrictivas en cuanto al ámbito subjetivo de cobertura, así, la STS, Sala de lo Social, de 13 de mayo de 2019 (RJ 2019/2190) esta sentencia dictada en recurso de casación para unificación de doctrina, hace una interpretación restrictiva del derecho de acceso de extranjeros a la asistencia sanitaria, entendiendo que el hecho de que se tenga reconocida una residencia temporal en España por reagrupamiento familiar, no da derecho a la asistencia sanitaria en el SNS con carácter gratuito, puesto que para la obtención de esa residencia el solicitante debe de acreditar disponer de suficientes medios económicos y seguro de asistencia sanitaria, conforme al RD 240/2007. MONEREO PÉREZ, J.L. y LÓPEZ INSUA, B.M. (2019), «Un paso atrás en la universalidad del acceso a la asistencia sanitaria de las personas inmigrantes en España: comentario jurídico-crítico a la sentencia del tribunal supremo de 13 de mayo de 2019». *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 6.

zación real del acceso, por ello el proyecto de Ley sobre acceso universal al SNS que se está tramitando en estos momentos debe dar nuevos pasos para eliminar la inseguridad jurídica generada y adoptar una solución uniforme en todos los territorios, que ponga fin a las desigualdades en función de la Comunidad Autónoma de residencia (24).

4. La participación de los profesionales y pacientes en la toma de decisiones

La participación de profesionales y pacientes en la toma de decisiones, constituye otro de los contenidos encuadrables en el buen gobierno del SNS, aunque contemplada desde hace años en distintas normas sanitarias, lo cierto es que no se ha canalizado de forma adecuada. Ya la LGS en su art. 5 señaló que los Servicios Públicos de Salud se *organizarán de manera que sea posible articular la participación comunitaria a través de las corporaciones territoriales correspondientes en la formulación de la política sanitaria y en el control de su ejecución*, contemplando expresamente la necesidad de incluir en esa participación a las organizaciones empresariales y sindicales; en los arts. 53 y 58 se articuló la participación a través de los Consejos de Salud y los Consejos de Área. Por su parte, la LCCSNS también enarboló la bandera de la participación como objeto de la Ley, contemplando expresamente la participación de los profesionales y de los ciudadanos, respecto a estos últimos se dice en su Exposición de Motivos que la misma se ha de concretar *en el respeto a la autonomía de sus decisiones individuales como en la consideración de sus expectativas como colectivo de usuarios del sistema sanitario, y para permitir el intercambio de conocimientos y experiencias*. Son muchos los preceptos que a lo largo del articulado se refieren a la participación en distintos ámbitos, como en el de la investigación en salud (art. 45) o respecto al sistema de información sanitaria del SNS (art. 53), en el que se recoge la necesidad de incluir a las organizaciones y asociaciones del ámbito sanitario, entre las que se enumeran las asociaciones de pacientes y familiares, las organizaciones no gubernamentales que actúen en el ámbito sanitario y las sociedades científicas, con la finalidad de promover la participación de la sociedad civil. En el capítulo IX se regula la participación de los ciudadanos y de los profesionales en el SNS, articulándose la misma, principalmente a través del Consejo de Participación Social, dependiente del Ministerio con competencias en materia de sanidad (art. 67). La LGSP de 2011 da más pasos para materializar la participación; el legislador ve la

(24) PÉREZ GÁZQUEZ, I.M. (2020), «La pretendida e inalcanzada universalidad de la asistencia sanitaria gratuita. Retos pendientes», *op. cit.*

necesidad de incrementar y canalizar la misma como derecho de los ciudadanos en el SNS, si bien todavía no utiliza el término buen gobierno en su articulado. En el art. 5 declara que *los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones en que se agrupen o que los representen, tiene derecho a la participación efectiva en las actuaciones de salud pública* debiendo *las Administraciones públicas competentes establecer los cauces concretos que permitan hacer efectivo ese derecho* y en los arts. 16, 19 y 27 se contempla expresamente que las organizaciones sociales puedan participar en el desarrollo de actividades de promoción, prevención de problemas, protección de salud, así como la necesidad de que las Administraciones públicas competentes promuevan la participación efectiva en las actuaciones de promoción de la salud de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones en que se agrupen o que les representen (25). La participación de los ciudadanos en la realización del derecho a la salud puede contribuir a una mayor implicación y responsabilidad de los mismos respecto al sistema; el propio art. 43 de la CE nos recuerda que en la tutela de la salud pública el legislador puede establecer tanto derechos, como deberes al respecto. De ahí la importancia de la responsabilidad de las personas en la toma de decisiones sobre su bienestar y que estas deben adoptar un papel activo como pacientes, pero también con carácter previo, adoptando formas de vida saludables y evitando aquellos comportamientos que les pueden llevar a convertirse en enfermos. Es importante de igual forma que los ciudadanos sean conscientes del coste de los servicios y de la necesidad de contribuir a su sostenibilidad, evitando comportamientos insolidarios con el conjunto del sistema.

En cuanto a los profesionales, la participación de los mismos debe tener un papel protagonista en el funcionamiento de los servicios sanitarios, en la mejora, en la innovación y en la toma de decisiones en materia de política sanitaria, por esta razón, ha de ser uno de los objeti-

(25) En el ámbito autonómico las Leyes más recientes recogen de forma amplia la participación de los ciudadanos en materia de salud. Así, en la Ley 16/2011, de 23 de diciembre, de Salud Pública de Andalucía, se habla de «empoderamiento de la ciudadanía en salud», art. 28; la Ley 10/2014, de 29 de diciembre, de Salud de la Comunidad Valenciana, en su art. 20, da un papel muy relevante a los pacientes y usuarios del sistema mediante la participación en diversos órganos, contemplando incluso una participación de voluntarios en tareas de apoyo a los pacientes; la Ley 7/2019, de 29 de marzo, de Salud, del Principado de Asturias, en su art. 40 señala que «la acción comunitaria en salud supone que los individuos actúen colectivamente con el fin de conseguir una mayor influencia y control sobre los determinantes de la salud y la calidad de vida de su comunidad, y la participación asociativa en salud está constituida por el conjunto de iniciativas que parten del ámbito comunitario, tales como movimientos asociativos de pacientes o familiares y otros movimientos del mismo carácter. También se crea el Consejo de Pacientes del Principado de Asturias, como órgano colegiado de carácter consultivo, de participación comunitaria y de coordinación en relación con las actividades que desarrollan las asociaciones de pacientes en el Principado de Asturias» (art. 42). Igualmente, esta norma contempla el voluntariado en el ámbito de la salud.

vos a lograr. Ello puede contribuir de forma decisiva a la sostenibilidad del sistema, eliminando ineficiencias intrínsecas en la utilización de recursos y aumentando la calidad de los servicios. Ahora bien, además de articular esa participación, para que la misma sea eficaz y atractiva para los profesionales se debe incentivar considerándola como mérito a efectos de carrera y de promoción profesional. En el ámbito autonómico, de nuevo cabe mencionar los pasos dados en el País Vasco, donde se ha hecho una apuesta clara por incrementar esta participación, recogiendo en su normativa un entramado de órganos de participación en la nueva estructura sanitaria conformada por las organizaciones sanitarias integradas (OSIS), siendo su pieza más importante, los Consejos Clínicos Asistenciales, que sustituyen a los anteriores Consejos Técnicos de Participación Profesional (26). Por su parte la LBGSM expresamente recoge como actuación a incluir en el Código de Transparencia, Ética y Buen Gobierno, la implicación de los profesionales sanitarios en la buena práctica clínica que contribuya a la sostenibilidad de la sanidad pública, recogiendo una estructura participativa en la toma de decisiones mediante las Juntas Técnico asistenciales y las Comisiones Técnico consultivas, disponiendo en su DA segunda que se reconocerá como mérito y será objeto del oportuno reconocimiento, la participación en comisiones asesoras, técnicas o de mejora de la calidad asistencial y de cuidados.

5. Descentralización y profesionalización de los órganos de dirección

Otro aspecto que requiere de una transformación en nuestro sistema sanitario para avanzar en las exigencias de buen gobierno es el de la toma de decisiones por parte de las distintas estructuras integradas en el ámbito sanitario (27). Nuestros Servicios de Salud autonómicos responsables de la prestación de asistencia sanitaria funcionan de forma muy centralizada y jerarquizada y eso no facilita el logro de buenos resultados desde el punto de vista de la eficiencia por parte de los distintos centros, por ello se deben dar pasos para lograr una organización más descentralizada y con un mayor grado de autonomía, a la vez que la toma de decisiones debe contar con órganos de gobierno de carácter colegiado con capacidad real de decisión sobre su funciona-

(26) Decreto 100/2018, de 3 de julio, de las organizaciones sanitarias integradas del ente público Osakidetza-Servicio Vasco de Salud.

(27) REPULLO, J.R. y FREIRE, J.M. (2016), «Implementando estrategias para mejorar el gobierno institucional del SNS», *Gaceta Sanitaria*, vol. 30, págs. 3-8.

miento (28). El aumento de autonomía en la gestión debe tener como contrapeso la incorporación de sistemas de evaluación de resultados de forma periódica y una mayor intensidad del principio de rendición de cuentas con carácter transversal (29).

Igualmente, existe un consenso claro sobre la necesidad de profesionalizar la gestión, evitando los nombramientos de carácter político y optando por la selección de directivos de carácter profesional para la gestión de todas las estructuras y servicios, conforme a procedimientos que garanticen la concurrencia competitiva, la igualdad y el mérito y capacidad (30). Una medida importante a adoptar es que los nombramientos de directivos gocen de una cierta estabilidad, que vaya más allá de los cuatros años coincidentes con las legislaturas. No tiene mucho sentido que cada vez que cambia un gobierno tengan que cambiar los responsables de las distintas estructuras organizativas. La LBGSM prevé la creación en todos los centros y organizaciones sanitarias de Juntas de Gobierno ante las que rendirán cuenta los directores gerentes, siendo estas Juntas las llamadas a seleccionar a los mismos a través de un procedimiento reglado y público. La duración de los contratos de los directores gerentes se fija en cinco años, pudiendo ser prorrogados por un mismo período si la Junta lo estimaba conveniente. En tanto permanezcan en el puesto serán sometidos a evaluación continua y podrán ser removidos de su cargo si se produce una evaluación negativa en el desempeño de sus funciones, que deberá ser detalladamente motivada. Igualmente, podrán ser removidos por vulneración del Código de Transparencia, Ética y Buen Gobierno, apreciada por la Junta de Gobierno. Esta Ley también establece que las organizaciones del Servicio Madrileño de Salud, para el mejor cumplimiento de sus fines, actuarán bajo el principio de autonomía de gestión, dentro de un marco general co-

(28) En realidad, en muchos sistemas autonómicos se sigue reproduciendo el esquema que se contenía en el RD 521/1987, de 15 de abril, sobre estructura, organización y funcionamiento de los hospitales gestionados por el INSALUD, que resulta totalmente obsoleto. Una excepción lo constituye el Servicio Vasco de Salud (Osakidetza) que tiene una mayor autonomía de gestión, lo cual se explica por la preocupación desde hace tiempo por avanzar en materia de buen gobierno por parte de su Servicio de Salud. El ya mencionado Decreto 100/2018, de 3 de julio, de las organizaciones sanitarias integradas del ente público Osakidetza-Servicio Vasco de Salud, diseña un nuevo modelo organizativo, dando mayor autonomía a las unidades de actuación y buscando a la vez una actuación más transversal atendiendo tanto a los aspectos sanitarios, como a los socio-sanitarios desde los distintos niveles de atención.

(29) CABASÉS HITA, J.M., «Reflexiones sobre la sanidad pública en España...», *op. cit.* pág. 33, señala como la mayor autonomía y descentralización no es incompatible, con el hecho de que a nivel estatal el SNS pueda tener una mayor visibilidad con la creación de una Agencia que coordine y marque los criterios comunes sobre sostenibilidad, calidad, cartera de prestaciones y cohesión del sistema como un todo.

(30) Esta es una clara carencia de la sanidad pública, siendo mucho más frecuente la profesionalización de la dirección y de la gestión sanitaria en el ámbito privado.

mún que tendría como instrumentos de referencia el Contrato Programa y el presupuesto. El modelo en todo caso no se deja cerrado, sino que la Ley admite otras fórmulas en el ámbito organizativo y abre la posibilidad de experiencias piloto, siempre que estas incluyan mecanismos de evaluación.

Muy relacionadas con la organización están las cuestiones relativas a los recursos humanos y aunque por razones de extensión y objeto de este trabajo no podemos entrar en el desarrollo del modelo de personal estatutario establecido en el SNS, si queremos apuntar una serie de cuestiones que tienen una especial relevancia en relación con el buen gobierno. La primera es plantearnos si la causa de todos los males del SNS la tiene el modelo estatutario (que no deja de ser un modelo funcionarial). En los últimos tiempos se han producido importantes críticas señalando que el mismo impide el aumento de la productividad y la fijación de incentivos adecuados, sugiriéndose la necesidad de avanzar hacia la «desfuncionarización» del personal (31). El personal sanitario en estos momentos se encuentra regulado en la Ley 55/2003, de reguladora del Estatuto Marco del personal sanitario, considerándose por el TREBEP aprobado por el Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, como personal funcionario con ciertas especialidades (art. 2.3 y 4). Sin embargo, a nuestro juicio, y admitiendo que el modelo no dota de flexibilidad a la gestión, no toda la culpa es atribuible al Estatuto Marco. Las CCAA al tomar decisiones sobre sus recursos humanos, tienen margen de actuación, otra cuestión es que la opción por un modelo más exigente no sea fácil de articular y se encuentre con las resistencias de los propios profesionales. Un ejemplo evidente resulta del desarrollo de la carrera profesional, que ha sido una oportunidad perdida de mejorar el sistema, ya que no se ha sabido o no se ha querido diseñar criterios objetivos de evaluación vinculados a la productividad, lo que ha tenido como consecuencia que la carrera profesional no evalúa el desempeño ni discrimina a los mejores profesionales de los no tan buenos (32), convirtiéndose en una vía de incremento retributivo cuando no era esa su finalidad. Igualmente, hay una ausencia clara de planificación respecto a la necesidad de recursos y esto tampoco es culpa del modelo estatutario. La formación de profesionales sanitarios es larga, pero ello no es algo

(31) FREIRE, J.M. (2014), «Los retos de las reformas sanitarias en el SNS», *op. cit.* y CABASÉS HITA, J.M., «Reflexiones sobre la sanidad pública en España...», *op. cit.* pág. 56.

(32) Igualmente, los sistemas de autoconcertación (las llamadas peonadas) para reducir listas de espera acaban teniendo un efecto perverso sobre el sistema, pues los profesionales buscan incrementar las horas para lograr mayores retribuciones, sin alcanzar su productividad máxima en el horario normal de trabajo, lo cual evidentemente es contrario a cualquier código de buena conducta.

incierto, sino perfectamente conocido. El grado de medicina tiene una duración de seis años y la formación de un especialista lleva como mínimo cuatro años, la edad de jubilación es igualmente conocida, con lo cual algunas situaciones que ya se están dando de falta de profesionales en ciertas especialidades son difícilmente explicables. Todo ello lleva a un inadecuado dimensionamiento de las necesidades de personal, que a lo largo de toda la crisis sanitaria ha sido aún más evidente, pero que en situación de normalidad ya se daba. Por otro lado, tampoco es de recibo que después de hacer una inversión pública tan importante en formar a especialistas durante diez años, las condiciones laborales que les ofrece el sistema empujen a un buen número de ellos a trasladarse a trabajar a otros países. Es evidente que esto es una ineficiencia manifiesta en la gestión de recursos humanos en todo punto incompatible con los principios del buen gobierno (33).

Por último, si todo lo anteriormente señalado es cierto, no lo es menos que precisamos un nuevo marco de asignación de funciones y de responsabilidades entre los distintos profesionales sanitarios. El modelo que tenemos está totalmente obsoleto y parte de un ejercicio de la medicina y de la gestión no digitalizado, en el que las relaciones jerárquicas entre los diferentes profesionales estaban fuertemente arraigadas. Existe una amplia coincidencia entre los expertos en que, el nivel de Atención Primaria debe ser el centro del sistema y para ello precisa reformas (34). Los centros de salud deben tener un especial protagonismo en la atención sanitaria de la población y para que así sea desde hace tiempo se defiende que en este nivel asistencial el reparto de funciones y de tareas debe ser distinto al existente en la actualidad. Si antes se señalaba la ineficiencia que suponía no otorgar al personal médico unas condiciones laborales adecuadas, igual de ineficiente resulta que el personal de enfermería, que cuenta con un Grado universitario de cuatro años, para cuyo acceso se exige una nota especialmente alta, siga sin asumir labores más importantes que, sin embargo, sí realizan en los países de nuestro entorno. Por ello ha llegado el momento de rediseñar sus funciones y responsabilidades aprovechando todo su potencial para el sistema (seguimiento de enfermos crónicos, ciertas

(33) Esta ineficiencia comienza en el sistema universitario, no olvidemos que, desde hace muchos años, acceden al grado de medicina en las universidades públicas estudiantes con un expediente académico muy alto, que hacen el esfuerzo de dedicar 10 años de su vida a formarse y que luego se encuentran con que es imposible acceder a una situación de estabilidad laboral antes de los 40 años, siendo eternos interinos por falta de convocatorias de plazas, aunque el sistema las esté necesitando. En algún momento habrá que decidir poner fin a toda esta situación.

(34) En estos momentos, la gestión de la pandemia ha puesto aún más en evidencia el protagonismo que tiene este nivel asistencial (detección, seguimiento, altas...).

revisiones pediátricas, los programas de prevención...) (35). Un paso importante en este sentido se ha dado con el Real Decreto 1302/2018, de 22 de octubre, por el que se modifica el Real Decreto 954/2015, de 23 de octubre, que regula la indicación, uso y autorización de dispensación de medicamentos y productos sanitarios de uso humano por parte de los enfermeros, otorgándoles una mayor capacidad de prescripción, si bien sujeta a una acreditación previa (36).

6. Implantación de Códigos Éticos que eviten los conflictos de intereses

La última cuestión que vamos a tratar en relación con los objetivos de buen gobierno es la relativa a la exigencia de que el desempeño de todos los profesionales del sistema, tanto a nivel de gestión como asistencial, se haga conforme a un Código ético y de conducta que salvaguarde su actuación y evite cualquier conflicto de interés, garantizando siempre su adecuación a los principios de legalidad, transparencia e imparcialidad en la toma de decisiones. Esta cuestión afecta a varios ámbitos de actuación, por un lado, está claro que lo dispuesto en la Leyes de Buen Gobierno respecto a los altos cargos, es aplicable a todos los altos cargos en el ámbito de la sanidad, pero igual de claro es que el personal estatutario, a pesar de sus especialidades en el marco del empleo público, debe respetar igualmente el régimen de incompatibilidades establecido en la Ley 53/84, de 26 de diciembre, para los empleados públicos, tal y como prevé el art. 76 de la Ley 55/2003, por la que

(35) En España el número de profesionales de enfermería está claramente por debajo de la media de la OCDE y ello lleva a que muchas actuaciones que en otros países son asumidas por estos profesionales, en España son asumidas por los profesionales médicos. CABASÉS HITA, J.M., «Reflexiones sobre la sanidad pública en España...», *op. cit.* pág. 12. Por otro lado, existe un cierto enfrentamiento profesional que carece totalmente de justificación y debería ser reconducido cuanto antes entre los Colegios Profesionales de Médicos y los Colegios de Enfermería. Se manifestó cuando se negoció el Decreto de prescripción de enfermería y se ha vuelto a producir en relación con la organización de los centros de salud en alguna Comunidad Autónoma como el Principado de Asturias.

(36) Las CCAA han ido aprobando las normas para la acreditación de forma lenta: Orden de 10 de diciembre de 2019, de la Consejera de Salud, por la que se aprueba el procedimiento para la acreditación del cumplimiento de requisitos por enfermeras y enfermeros para la indicación, uso y autorización de la dispensación de medicamentos y productos sanitarios de uso humano, en la Comunidad Autónoma de Euskadi; el Decreto 81/2020, de 9 de junio, por el que se regula el procedimiento de acreditación del personal de enfermería para la indicación, uso y autorización de dispensación de medicamentos y productos sanitarios de uso humano, de Andalucía; Orden 189/2020, de 4 de diciembre, de la Consejería de Sanidad, por la que se regula el procedimiento para la acreditación en Castilla-La Mancha de las enfermeras y enfermeros, para la indicación, uso y autorización de dispensación de medicamentos y productos sanitarios de uso humano. Orden SAN/1534/2020, de 17 de diciembre, por la que se establece el procedimiento para la acreditación de las enfermeras y enfermeros para la indicación uso y autorización de dispensación de medicamentos y productos sanitarios de uso humano en la Comunidad de Castilla y León.

se aprueba el Estatuto Marco de las profesiones sanitarias(37). En esta Ley se recoge como deber del personal estatutario el cumplimiento del régimen sobre incompatibilidades (art. 19), considerándose falta muy grave su incumplimiento (art. 72). El sistema sanitario como parte integrante de la Administración Pública debe ser capaz de crear mecanismos de prevención y rechazo de cualquier tipo de corrupción, fraude o corruptela en su seno y el ámbito sanitario se trata de un ámbito especialmente sensible para la ciudadanía, para que se ponga un especial cuidado en el logro de este fin. En este sentido, la LBGSM contemplaba la aprobación de un Código de Transparencia, Ética y Buen Gobierno de la sanidad pública madrileña, sin embargo, su regulación tres años después aún no se ha producido. Son varias las cuestiones que podrían ser tratadas en el marco de ese Código Ético y de ellas nos vamos a referir a tres: la exigencia de transparencia en la LGSP respecto a los comités científicos, la compatibilidad del ejercicio privado de la medicina por parte de los profesionales del SNS, y por último, a las posibles interferencias que generan los diferentes laboratorios farmacéuticos en el desempeño de los profesionales médicos, en especial a la hora de llevar a cabo de forma libre e independiente sus labores de prescripción médica.

Respecto a la primera cuestión, la misma no plantea excesivas dudas desde el momento en que el art. 11 de la LGSP señala que las Administraciones Públicas exigirán transparencia e imparcialidad a las organizaciones científicas y profesionales y a las personas expertas con quienes colaboren en las actuaciones de salud pública, incluidas las de formación e investigación, así como a las personas y organizaciones que reciban subvenciones o con las que celebren contratos, convenios, conciertos o cualquier clase de acuerdo(38). Y para ello, se exige que sea pública la composición de los comités o grupos que evalúen acciones o realicen recomendaciones de salud pública, lo que ha generado alguna que otra controversia durante esta pandemia, igualmente deben ser públicos los procedimientos de selección, la declaración de intereses de los intervinientes, así como los dictámenes y documentos relevantes. Sin embargo, los requisitos y el procedimiento para la declaración de conflicto de intereses, al igual que otros aspectos de la Ley, se señala que serán objeto de

(37) Artículo 76. Régimen general.

«Resultará de aplicación al personal estatutario el régimen de incompatibilidades establecido con carácter general para los funcionarios públicos, con las normas específicas que se determinan en esta ley. En relación al régimen de compatibilidad entre las funciones sanitarias y docentes, se estará a lo que establezca la legislación vigente. En relación con la compatibilidad entre funciones sanitarias y docentes».

(38) HERNÁNDEZ AGUADO, I. (2011), «Independencia y transparencia en salud pública», *Retos en Salud Pública. Derechos y deberes de los ciudadanos*. Ed. Comares, págs. 181-193.

desarrollo en vía reglamentaria, sin que dicho desarrollo se haya producido (39).

En cuanto a la compatibilidad del ejercicio privado de la medicina con la condición de personal sanitario, esta se contempla expresamente en el art. 77.2 de la Ley 55/2003, al señalar «que en el ámbito de cada servicio de salud se establecerán las disposiciones oportunas para posibilitar la renuncia al complemento específico por parte del personal licenciado sanitario». Este complemento específico se vincula normalmente a la dedicación exclusiva, por lo tanto, implicaba que al ser renunciante el Estatuto Marco reconocía la posibilidad de dedicación a la medicina privada. Es cierto que el mismo precepto dejaba en manos de las CCAA la fijación de los procedimientos y requisitos, pero igual de cierto es que su redacción dejaba poco margen para que una CA decidiese que en el ámbito de su Servicio de Salud fuese incompatible el ejercicio privado de la medicina.

En el Principado de Asturias, la Ley 15/2002, de 27 de diciembre, de medidas presupuestarias, administrativas y fiscales declaró irrenunciable el complemento específico para todos los facultativos vinculados al SESPA, lo que en la práctica suponía declarar la incompatibilidad del ejercicio privado de la medicina con el ejercicio en el ámbito de la sanidad pública. Sin embargo, este intento de eliminar la compatibilidad entre ambas actividades fue declarada inconstitucional por STC 197/2012, de 6 de noviembre, al considerar que el régimen de incompatibilidades era competencia estatal básica y que la previsión que contenía el Estatuto Marco permitía al personal estatutario del SNS la renuncia al complemento y, por lo tanto, la compatibilidad con el ejercicio privado (40).

(39) En relación con este asunto el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno en su Resolución 492/2020, de 6 de noviembre, insta al Ministerio de Sanidad a facilitar la siguiente información: 1.—Relación de miembros del comité de expertos que asesora al Gobierno en la desescalada y copia de la declaración de intereses de los miembros. 2.—Procedimiento de selección realizado, así como dictámenes y documentos relevantes tenidos en cuenta para la selección de sus miembros y copia de la resolución, cualquiera que sea el formato documental, que efectúa su nombramiento. 3.—Régimen económico de los miembros del comité.

(40) En la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativa) de 5 de diciembre de 2019 ECLI:ES:TS:2019:3888 se da respuesta a la siguiente cuestión: «Si la percepción por parte de los empleados públicos de complementos específicos, o concepto equiparable, que incluyan, entre los componentes que remuneran, el factor de incompatibilidad impide, en todo caso y con independencia de la cuantía de aquellas retribuciones complementarias, reconocerles la compatibilidad para el ejercicio de actividades privadas.

O si, por el contrario, podrá otorgarse aquel derecho, aun remunerándose también el factor de incompatibilidad en esas retribuciones complementarias, cuando la cuantía de éstas no supere el 30 por 100 de las retribuciones básicas, excluidos los conceptos que tengan su origen en la antigüedad».

Entendiendo el Alto Tribunal, en un supuesto ajeno al ejercicio de la medicina, pero que ha sido interpretado como refuerzo a los planteamientos colegiales, como doctrina en materia de incompatibilidades, lo siguiente: «A la vista de lo establecido en la Ley 53/1984 la percepción por parte de los

En estos momentos, con más o menos requisitos todas las CCAA permiten el ejercicio de la medicina privada, lo cual no quiere decir que no subyazca el posible conflicto de intereses entre ambos ejercicios y que tal vez sería adecuado una regulación estatal en este sentido, sin embargo, este planteamiento resulta más utópico que real, ya que las organizaciones colegiales defienden a ultranza la compatibilidad y en un sistema sanitario tan tensionado, como el que tenemos en estos momentos, cualquier planteamiento en este sentido está abocado al fracaso. Lo que sería más factible y viable sería el endurecimiento de los requisitos para ese ejercicio, la prohibición del ejercicio privado para ciertos puestos de responsabilidad o una compensación específica que retribuya la exclusividad de manera que el ejercicio privado no resulte tan atractivo para los profesionales. Todas estas medidas se han ido poniendo en marcha en las distintas CCAA en busca de un mayor compromiso con el sistema público, el cual resulta indispensable para avanzar en materia de buen gobierno. Si un número importante de médicos no tiene dedicación exclusiva resulta muy difícil la organización, por ejemplo, de turnos de tarde en el quirófano. Así, la Ley 15/2016, de 12 de diciembre, de modificación de la Ley 5/2001, de 5 de diciembre, de personal estatutario del Servicio Murciano de Salud, estableció la incompatibilidad del ejercicio privado para los jefes de servicio y en general para todo el personal estatutario con un complemento de destino de nivel 28 o superior, y para el personal que ocupe puestos de las gerencias del Servicio Murciano de Salud que hayan sido calificados como de dirección, lo cual ha generado bastante mal estar entre los profesionales(41). En la misma dirección, la Ley 7/2019, de 29 de marzo, de Salud

empleados públicos de complementos específicos, o concepto equiparable, que incluyan expresamente entre los componentes que remuneran, el factor de incompatibilidad impide, en todo caso y con independencia de la cuantía de aquellas retribuciones complementarias, reconocerles la compatibilidad para el ejercicio de actividades privadas.

Puede otorgarse el derecho a la compatibilidad cuando la cuantía de las retribuciones complementarias no supere el 30 por 100 de las retribuciones básicas, excluidos los conceptos que tengan su origen en la antigüedad y de superarse debe estarse a lo establecido en el Real Decreto Ley 20/2012, de 13 de julio y el Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de diciembre de 2011 en el ámbito de la Administración General del Estado y lo que puedan establecer leyes de función pública autonómica».

En el caso concreto ello les lleva a reconocer el derecho de un Ingeniero, personal laboral de una Agencia andaluza, a la compatibilidad con el ejercicio de actividad privada al no concretarse en la configuración del complemento específico el hecho de incompatibilidad.

(41) El TSJ de Murcia (Sala Contencioso-Administrativa) se ha tenido que pronunciar sobre la aplicación de esta norma por el Servicio de Salud, que procedió a cesar a los jefes de servicio que estaban ejerciendo en la medicina privada en sus sentencias de 29 de octubre, 5 y 12 de noviembre de 2019 y 4 de junio de 2020 señalando que: «Al respecto debe tenerse en cuenta que el artículo 77.2 del Estatuto Marco del personal Estatutario aprobado por la Ley 55/2003 establece que “en el ámbito de cada servicio de salud se establecerán las disposiciones oportunas para posibilitar la renuncia al complemento específico por parte del personal licenciado sanitario” agregando que, “a estos

del Principado de Asturias, expresamente prohíbe el ejercicio privado de la medicina para la promoción tanto a puestos singularizados y mandos intermedios, en los que el personal afectado no podrá renunciar al complemento específico de dedicación exclusiva (art. 91), como a los puestos de trabajo del personal directivo. Estos últimos se consideran como de especial dedicación y son incompatibles con cualquier otra actividad pública o privada. Igualmente, se considera que la condición de «miembro del Consejo de Administración del SESPA es incompatible con cualquier vinculación con empresas o entidades relacionadas con el suministro o la dotación de material sanitario, productos farmacéuticos y otros intereses relacionados con la sanidad, así como con todo tipo de prestación de servicios o de relación laboral en activo en centros, establecimientos o empresas que prestan servicios en régimen de concierto o convenio con el SESPA o mediante cualquier otra fórmula de gestión indirecta» (art. 126) (42).

Por último, en relación las posibles interferencias que generan los diferentes laboratorios farmacéuticos en el desempeño de los profesionales médicos es preciso señalar que en 2016 se aprobó un nuevo Código de Buenas Prácticas de Farmaindustria que contempla el sistema de autorregulación. Entre otras cuestiones se contempla la obligación de que los laboratorios farmacéuticos hagan públicas las «ayudas» que otorgan tanto a profesionales, como a asociaciones y organizaciones médicas para proyectos de investigación, asistencia a congresos o servicios prestados. En el Código estos pagos se denominan transferencias de valor, al considerarse que estas colaboraciones con los profesionales de carácter independiente resultan de interés para la industria. Estos pasos da-

efectos los servicios de salud regularán los supuestos, requisitos, efectos y procedimientos para dicha solicitud” y, de ahí cabe deducir que se les faculta para establecer supuestos en que no es posible aquella renuncia, siempre y cuando no se establezca con carácter general, tal y como se contenía en la ley asturiana que el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional y que no puede asimilarse a este, en que se restringe a supuestos muy concretos. Debe tenerse en cuenta, que en la citada Sentencia 197/2012, de 6 de noviembre, se declara, tal y como hace notar el letrado del Servicio Murciano de Salud, que “corresponde a las Comunidades Autónomas, en el desarrollo de la base estatal, valorar y delimitar la concurrencia, en su caso, de posibles situaciones disfuncionales de incompatibilidad por la ocupación de un puesto de trabajo en el sector público con el ejercicio de una actividad profesional privada” y todo ello sin perjuicio de considerar básico el carácter renunciable de este complemento.

Por todo ello, no cabe dudar de la constitucionalidad de aquella norma máxime ya en la Exposición de Motivos de la Ley 53/1984, se aludía que se respetaría el ejercicio de las actividades privadas que no puedan impedir o menoscabar el estricto cumplimiento de sus deberes o comprometer su imparcialidad o independencia y, en este caso, viene referido a Jefaturas de Servicios, es decir, a un puesto de gran responsabilidad del sector público».

(42) En otros ámbitos del empleo público no es posible el ejercicio privado de la profesión, como ocurre con el cuerpo de Abogados del Estado que no tienen opción de ejercer la abogacía mientras se encuentren en activo, art. 21 del Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española.

dos para aumentar la transparencia no han logrado reducir este flujo de pagos hacia los profesionales, los cuales deberían ser considerados a todos los efectos como retribuciones cuando se refieren a servicios prestados (43). La colaboración de los profesionales médicos con la industria debería encontrar otras vías de canalización, tal vez a través de proyectos de investigación que contasen con autorización previa de los Servicios de Salud o centros donde prestan sus servicios, debiendo evitarse en todo caso la interferencia en ámbitos específicos de actuación (un buen ejemplo de ello pueden ser las vacunas). La Ley 55/2003 establece en su art. 72.2 como infracción muy grave la prevalencia de la condición de personal estatutario para obtener un beneficio indebido para sí o para terceros y especialmente la exigencia o aceptación de compensación por quienes provean de servicios o materiales a los centros o instituciones.

III. Buena administración y SNS: configuración jurídica

1. Delimitación de contenidos en el ámbito sanitario

El derecho a una buena administración, como señalamos al principio, es un derecho que en realidad engloba a su vez varios derechos previamente existentes con anterioridad en los distintos ordenamientos jurídicos. En el ámbito de la Unión Europea el art. 41 de la Carta de Derecho Fundamentales de la Unión Europea lo reconoce como tal concretando sus contenidos. Este precepto señala que:

«1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.

2. Este derecho incluye en particular:

— el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente

— el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial

— la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones.

(43) La DG de Tributos emitió una Resolución de 4 de abril de 2017 señalando que, incluso los patrocinios de las empresas para asistir a congresos debían computar como retribuciones en especie a efectos de IRPF, considerándolos como actividad profesional.

Toda persona tiene derecho a la reparación por la Comunidad de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros(44)».

En España los Estatutos de Autonomía llamados de tercera generación han reconocido el derecho de los ciudadanos a una buena administración (Cataluña, Andalucía, Castilla y León, Comunidad Valenciana, Islas Baleares y Extremadura), asimismo diferentes Leyes en distintos ámbitos recogen este principio, coincidiendo en algunos de sus contenidos (imparcialidad, participación, acceso a la información...), pero por lo general diferenciándose unas de otras en la definición que hacen de este derecho y reiterando derechos procedimentales ya recogidos por el ordenamiento jurídico, aunque con mayor o menor desarrollo en la práctica. Pueden servir de ejemplo de lo señalado, la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de Administración de la Junta de Andalucía (45), la Ley 26/2010, de 3 de octubre, de Procedimiento Administrativo de Cataluña (46) o la

(44) Este precepto también recoge el derecho de toda persona a dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y a recibir una contestación en esa misma lengua, aunque esta última previsión no vaya a ser en este momento objeto de nuestra atención.

(45) Art. 5. *Principio de buena administración*

«1. En su relación con la ciudadanía, la Administración de la Junta de Andalucía actúa de acuerdo con el principio de buena administración, que comprende el derecho de la ciudadanía a:

- a) Que los actos de la Administración sean proporcionados a sus fines.
- b) Que se traten sus asuntos de manera equitativa, imparcial y objetiva.
- c) Participar en las decisiones que le afecten, de acuerdo con el procedimiento establecido.
- d) Que sus asuntos sean resueltos en un plazo razonable, siguiendo el principio de proximidad a la ciudadanía.
- e) Participar en los asuntos públicos.
- f) Acceder a la documentación e información de la Administración de la Junta de Andalucía en los términos establecidos en esta Ley y en la normativa que le sea de aplicación.
- g) Obtener información veraz.
- h) Acceder a los archivos y registros de la Administración de la Junta de Andalucía, cualquiera que sea su soporte, con las excepciones que la ley establezca.

2. En la organización y gestión de los servicios públicos se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de las personas con discapacidad».

(46) Art. 22: «El derecho de los ciudadanos a una buena administración incluye:

- a) El derecho a que la actuación administrativa sea proporcional a la finalidad perseguida.
- b) El derecho a participar en la toma de decisiones y, especialmente, el derecho de audiencia y el derecho a presentar alegaciones en cualquier fase del procedimiento administrativo, de acuerdo con lo establecido por la normativa de aplicación.
- c) El derecho a que las decisiones de las administraciones públicas estén motivadas, en los supuestos establecidos legalmente, con una sucinta referencia a los hechos y a los fundamentos jurídicos, con la identificación de las normas de aplicación y con la indicación del régimen de recursos que proceda.
- d) El derecho a obtener una resolución expresa y a que se les notifique dentro del plazo legalmente establecido.

Ley 1/2015, de 1 de abril, de garantía de la calidad de los servicios públicos y de la buena administración de Galicia(47). Otras normas se refieren al término buena administración sin definirlo, como ocurre en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (arts. 111 y 187) o en la Ley 9/2017, 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (art. 34); en otros casos, las normas tratan de integrar los conceptos de buen gobierno y buena administración o simplemente no los diferencian(48).

e) *El derecho a no aportar los datos o los documentos que ya se encuentren en poder de las administraciones públicas o de los cuales estas puedan disponer.*

f) *El derecho a conocer en cualquier momento el estado de tramitación de los procedimientos en los que son personas interesadas.*

2. *Las administraciones públicas de Cataluña deben fomentar la participación ciudadana en las actuaciones administrativas de su competencia, a fin de recoger las propuestas, sugerencias e iniciativas de la ciudadanía, mediante un proceso previo de información y debate».*

Este precepto contempla un contenido más amplio que el del art. 41 de la CDFUE, sin embargo, no incluye la responsabilidad patrimonial en el marco del derecho a la buena administración, aunque sí aparece vinculada a la actividad administrativa y a los servicios públicos en el art. 23.

(47) Art. 3: «La ciudadanía tiene derecho a una administración eficaz que gestione sus asuntos con imparcialidad, objetividad y dentro del marco temporal establecido. En concreto, tiene derecho a:

- a) Recibir un trato respetuoso, imparcial y sin discriminaciones.
- b) Recibir atención, orientación e información de carácter general dentro de los límites establecidos en la normativa.
- c) Identificar a las autoridades y al personal al servicio del sector público autonómico bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos.
- d) Presentar sugerencias y quejas sobre la prestación de los servicios públicos, que contribuyan a su mejor funcionamiento.
- e) Relacionarse con la Administración autonómica a través de cualquiera de las modalidades de atención a la ciudadanía en los términos establecidos en la presente norma».

Galicia ha sido pionera en este ámbito, con anterioridad ya había aprobado la Ley 4/2006, de 30 de junio, de transparencia y de buenas prácticas en la Administración pública gallega.

(48) La cuestión es objeto de una cierta confusión, como muestra el hecho de que la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de Transparencia, acceso a la información pública y calidad de los servicios públicos de Cataluña defina en su art. 2 al buen gobierno como: los principios, obligaciones y reglas sobre la calidad de los servicios y el funcionamiento de la Administración, y los principios éticos y buenas prácticas de acuerdo con los que deben actuar los altos cargos de la Administración, los cargos directivos y demás personal al servicio de la Administración, con el objetivo de que esta funcione con la máxima transparencia, calidad y equidad, y con garantía de rendición de cuentas. La primera parte de este precepto a nuestro juicio está más cerca del derecho a la buena administración que del buen gobierno. En el preámbulo de la norma se señala también un doble plano para el buen gobierno: una relativa a las exigencias éticas y de buena conducta que han de satisfacer los altos cargos en el cumplimiento de sus funciones y, por otra, respecto a los «requerimientos objetivos que deben darse para que la actividad pública se lleve a cabo en las mejores condiciones y garantice unos servicios públicos de calidad». De nuevo, este segundo plano nos parece más próximo a la buena administración.

Por su parte, la Ley 4/2011, de 31 de marzo, de la buena administración y el buen gobierno de Islas Baleares, recoge en su art. 3 una serie de principios comunes a ambos conceptos, si bien luego regula de forma separada ambas realidades.

En la Ley 2/2016, de 7 de abril, de instituciones locales de Euskadi en su art. 10 considera el principio de buen gobierno y de buena administración como un único principio a cumplir por los entes locales y lo mismo ocurre en Ley 7/2013, de 27 de septiembre, de Ordenación, Servicios y Gobierno

El sistema sanitario, tal vez por su especial importancia para los ciudadanos, ha hecho un especial esfuerzo en los últimos años por incorporar una serie de principios que podemos entender que forman parte de ese derecho a una buena administración en el marco del derecho a la salud (49), y que a su vez tienen anclaje en importantes derechos fundamentales (como el derecho a la vida, a la integridad física, a la intimidad personal y derivado de él a la protección de datos o a la participación en asuntos públicos) u otros derechos constitucionales (acceso a archivos y registros administrativos), reforzando la posición jurídica del paciente en relación con la que tienen otros usuarios respecto a otros servicios públicos. El derecho a una buena administración implica calidad de las prestaciones, atención en un tiempo razonable, participación y motivación en la toma de decisiones y reparación de las lesiones causadas. Todo ello es evidentemente reconducible a los principios generales de actuación administrativa ya reconocidos en nuestro art. 103 de la CE, pero bajo su paraguas se puede contribuir a un mayor desarrollo de los mismos y a un mayor compromiso por parte de la Administración a su adecuada consecución. Así, en el ámbito sanitario tanto la legislación estatal como autonómica ha ido otorgando un mayor protagonismo al paciente en la toma de decisiones, lo que no significa que los avances producidos estén suficientemente consolidados, como se ha podido comprobar con la crisis sanitaria. La pandemia nos ha colocado en una situación en la que los pacientes han sufrido retrocesos, limitaciones e incluso la suspensión de sus derechos (demoras acumuladas en las listas de espera, cierre de centros de salud y dispensarios, reducción de la atención presencial, suspensión del derecho de acompañamiento...), sin que todavía en este momento su repercusión y consecuencias puedan ser determinadas.

Si en el ámbito del buen gobierno hemos atendido, tanto al plano de la salud pública, como al plano asistencial, en relación con el derecho

del Territorio de la Comunidad de Castilla y León, que señala en su art. 29 que «los entes locales de Castilla y León ajustarán su actuación al conjunto de principios de buen gobierno y de buena administración».

Por su parte, la Ley 4/2016, de 15 de diciembre, de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla-La Mancha, parece incluir el concepto de buena administración en el de buen gobierno al definir en su art. 3 buen gobierno considera que tiene una vertiente de buena administración.

En cambio, en Galicia se ha aprobado por un lado la Ley 1/2016, de 18 de enero, de transparencia y buen gobierno, y por otro, la ya mencionada Ley 1/2015, de 1 de abril, de buena administración distinguiendo claramente ambos ámbitos.

(49) Ley 16/2011, de 23 de diciembre, de Salud Pública de Andalucía, señala en su art. 49 que la Administración sanitaria pública de Andalucía orientará su actuación a la satisfacción de las necesidades en salud de la ciudadanía, ejerciendo una buena administración, con la participación de la ciudadanía, y que se articula en forma de red desplegada para la eficaz y eficiente provisión de los servicios públicos de salud pública.

a una buena administración, nos vamos a centrar en el ámbito asistencial dado que su protagonismo en el plano ejecutivo es infinitamente superior. También hay que apuntar, que sin perjuicio de que el derecho a la buena administración se enfoque con frecuencia en el ámbito procedimental, no se puede negar que tiene una relación intensa con la calidad de los servicios públicos y con la toma de decisiones en relación a su gestión, como se ha reflejado en muchas normas, y por ello en el ámbito sanitario su desarrollo se centra preferentemente en la actividad material, sin perjuicio, de que la misma se sustente también en procedimientos administrativos(50).

A sabiendas de que la delimitación del derecho a una buena administración admite variantes, vamos a apuntar, sin ánimo exhaustivo, cómo se podría hacer una traslación de los contenidos de este derecho al ámbito sanitario y cómo algunas obligaciones de la Administración han dado lugar a correlativos derechos de los pacientes. La concreción del derecho a un trato imparcial y equitativo en el ámbito de la asistencia sanitaria, implicaría, entre otras cuestiones, la aplicación del principio de igualdad en el acceso a la asistencia sanitaria, principio que rige en todos los servicios públicos, especialmente en los que se desarrollan en régimen de cola, ante la imposibilidad de dar respuesta de forma inmediata a las demandas generadas; el derecho a obtener esa respuesta (la asistencia sanitaria demandada) en un plazo razonable, se materializaría en el derecho de los ciudadanos a obtener la asistencia sanitaria en unos plazos máximos y si la urgencia lo requiere con carácter inmediato. El derecho a ser oído y el derecho a participar en la toma de decisiones sobre su estado de salud se concreta en diversos aspectos, como puede ser el derecho al consentimiento informado, en su doble vertiente, por un lado, derecho a recibir información rigurosa y comprensible sobre su enfermedad y sobre las alternativas de tratamiento existentes incluyendo los riesgos de cada una, y por otro, el derecho a ser oído en relación con su enfermedad, mediante la prestación del consentimiento expreso en pruebas diagnósticas, intervenciones quirúrgicas o cualquier tratamiento que suponga algún riesgo para su integridad física; pero además en los últimos años se han dado avances importantes a algunos derechos que se habían recogido en la legislación sanitaria estatal, pero que no se habían materializado en los distintos servicios de salud autonómicos, como el derecho a la elección de centros y profesionales o el derecho a una segunda opinión médica. El ejercicio de

(50) Sobre la incidencia del principio de la buena administración en la gestión de los servicios públicos, *vid.* MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E.M. (2020), «La buena administración en la gestión de los servicios públicos» en *La prestación de servicios socio-sanitarios* (dir. L. TOLIVAR ALAS/M. CUETO PÉREZ), Tirant lo Blanch, págs. 171-199.

estos derechos implica la obligación previa por parte de la Administración sanitaria de facilitar información a los ciudadanos sobre las prestaciones y la cartera de servicios del SNS, así como sobre los requisitos necesarios para el acceso y para el ejercicio de todos los derechos recogidos en la legislación vigente para que el paciente pueda elegir entre varias opciones posibles, adquiriendo un mayor protagonismo en relación con su enfermedad. Indudablemente, esta obligación de información se debe relacionar con la obligación de transparencia que indudablemente también forma parte del derecho a una buena administración. Por otro lado, el derecho de acceso a la historia clínica, a conocer la documentación e informes relativos a su proceso médico presenta algún paralelismo con el derecho de acceso al expediente en un ámbito de actuación procedimental; finalmente, dentro del derecho a la buena administración estaría el derecho de los usuarios del SNS a ser indemnizados por las Administraciones públicas prestadoras de asistencia sanitaria, en el marco de la responsabilidad patrimonial, como cláusula de cierre del sistema, siendo este uno de los ámbitos de actividad que genera, sin duda, el mayor número de reclamaciones(51).

La normativa en el ámbito sanitario ha ido contemplando todos estos derechos tanto a nivel estatal como autonómico, en este último caso con diferencias de desarrollo notables y protección desigual en función del ámbito territorial en el que nos encontremos. El acceso a las prestaciones en condiciones de igualdad efectiva, fue recogido tempranamente por la LGS, en su art. 3.2, principio reiterado en LCCSNS que además aseguró las prestaciones (catálogo de prestaciones y cartera de servicios), regulando una serie de garantías (arts. 23-29) en cuanto a la accesibilidad (universalidad del sistema y ámbito subjetivo de aplicación), movilidad (de forma que el acceso a las prestaciones no dependa del lugar en que se pueda encontrar el paciente), información (sobre los derechos y

(51) Año tras año las reclamaciones por responsabilidad patrimonial ocupan más de un tercio de los litigios en esta materia ante la jurisdicción contencioso administrativo. Igual, ocurre previamente con las reclamaciones presentadas ante las Administraciones autonómicas y dentro de estas reclamaciones las que afectan a la asistencia sanitaria: *Informe sobre la Justicia Administrativa 2020*. La pandemia dará lugar a que estas reclamaciones a buen seguro aumenten considerablemente, lo que ha hecho que algunas CCAA hayan introducido cambios normativos destinados a dificultar la articulación de reclamaciones. Así la Ley 5/2020, 29 de abril, ha modificado el art. 59 de la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno, limitando la exigibilidad de los estándares mínimos de calidad de las cartas de servicio a que este se preste en «condiciones normales» y «sin perturbaciones ajenas que alteren su funcionamiento», legitimando que si «concurren razones excepcionales sobrevenidas que afecten a su funcionamiento de manera extraordinaria», puedan suspenderse temporalmente dichos estándares, así como los derechos directamente derivados de la carta. Los estándares de calidad se utilizan para delimitar si el funcionamiento del servicio es normal o anormal lo que tiene especial relevancia en las demandas de responsabilidad patrimonial en general, y de las planteadas por asistencia sanitaria en particular, donde la imputación a la Administración requiere en la mayor parte de los supuestos un funcionamiento anormal del servicio, ya que la asistencia sanitaria implica una obligación de medios y no de resultados.

deberes, sobre las prestaciones y servicios, así como sobre los centros y establecimientos sanitarios que serán incluidos en un registro de carácter público), seguridad (uso tutelado de determinadas técnicas y procedimientos, centros de referencia, requisitos mínimos para apertura y funcionamiento de centros), calidad (derecho a la libre elección de facultativo y una segunda opinión médicas, medidas para la humanización de la asistencia, incorporación progresiva de habitaciones de uso individual, accesibilidad y eliminación de barreras arquitectónicas) y tiempo máximo de acceso; un año antes, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, había establecido una completa configuración del derecho al consentimiento informado del paciente, el derecho a la intimidad, el derecho a elegir entre varias opciones clínicas disponibles, así como el acceso a la historia clínica y la conservación de la documentación clínica. Toda esta normativa básica estatal ha sido desarrollada por las CCAA con mayor o menor intensidad, normativa a la que vamos a prestar ahora atención en relación con aquellos derechos, que a nuestro juicio tienen una especial relevancia en el concepto de buena administración.

2. La posición jurídica del paciente en el ejercicio de ciertos derechos

2.1. DERECHO A LA ATENCIÓN EN UN TIEMPO MÁXIMO DE ESPERA

La LCCSNS en su art. 4 recoge el derecho de todos los ciudadanos en el conjunto del SNS a recibir asistencia sanitaria en un tiempo máximo de espera, señalando el art. 25 que el Consejo Interterritorial fijará los criterios para el acceso en un tiempo máximo a las prestaciones del SNS, con exclusión de las intervenciones quirúrgicas de trasplantes de órganos y tejidos, cuya realización dependerá de la disponibilidad de órganos, así como de la atención sanitaria prestada ante situaciones de catástrofe. Estos criterios se fijan por Real Decreto y sirven de referencia para que las CCAA definan los tiempos máximos de acceso a su cartera de servicios. Las listas de espera han sido, sin duda, uno de los puntos más débiles en el funcionamiento de la asistencia sanitaria en nuestro país (52); la existencia de una demanda de asistencia muy elevada de determinadas prestaciones, sin que sean suficientes los recursos humanos y materiales para satisfacerla, produce una pérdida de confianza del paciente en el SNS y supone, sin duda, la quiebra más importante de lo que ha

(52) PEMAN GAVIN, J. (2001), «Las prestaciones sanitarias públicas: Configuración Actual y Perspectivas de futuro». *Revista de Administración Pública*, núm. 156, pág. 140.

de entenderse por buena administración en el ámbito sanitario. Por todo ello, de forma coetánea a la LCCSNS se aprobó el RD 605/2003, de 23 de mayo, por el que se establecieron medidas para el tratamiento homogéneo de la información sobre las listas de espera en el SNS y se puso en marcha el sistema de información sobre las mismas, de manera que los datos entre distintas CCAA fuesen comparables. Sin embargo, a día de hoy este intento no ha dado los resultados esperados y realmente la gestión de las listas de espera por parte de cada comunidad autónoma reviste diferencias importantes que hacen que el objetivo pretendido no se haya logrado y que la gestión de las listas de espera siga pendiente de una solución integral(53). En cuanto a la fijación de los criterios marco para garantizar ese tiempo máximo de acceso a las prestaciones sanitarias del SNS, su regulación tardó un tiempo en llegar(54), y no va a ser hasta el RD 1039/2011, de 15 de julio, cuando se establezcan dichos criterios para ciertas prestaciones sanitarias con carácter básico(55). En esta norma se obliga a los Servicios de Salud a ofertar al usuario las alternativas que consideren más apropiadas para la efectiva realización de la atención garantizada (Art. 5.3), sin embargo, una debilidad evidente en la configuración que se realiza de este importante derecho es que no se regulan las consecuencias del incumplimiento de estos tiempos máximos, lo cual deja en manos de las CCAA la previsión de medidas cuando se dé ese supuesto, pero sin dotar al paciente de un derecho reaccional claro frente a los incumplimientos(56).

(53) Las listas de espera presentan una gestión deficiente y a menudo son objeto de «acciones de maquillaje» en las que se produce la salida de pacientes de la misma, sin una suficiente transparencia por parte de los Servicios de Salud autonómicos. Los supuestos en los que los pacientes pierden esta garantía deben ser tasados y no permitir los bailes de cifras a los que por desgracia estamos acostumbrados. Además, es sin duda un tema que suele ser objeto de fuerte politización, especialmente en épocas preelectorales, en las que todos los partidos aseguran su capacidad para reducir las mismas, capacidad que claramente se diluye en cuanto gobiernan.

En este sentido sería preciso plantear una nueva normativa a nivel estatal que obligase de verdad a una gestión homogénea, a un plus de transparencia en esta materia que incremente la confianza en el sistema y a la participación activa de los pacientes en la toma de decisiones sobre la situación en cada Servicio de Salud. Hay servicios médicos que llevan con listas estructurales durante mucho tiempo y que sin una dotación de medios adecuados será imposible corregir. El recurso a los conciertos para determinadas intervenciones o pruebas diagnósticas es frecuente pero tampoco ha supuesto la solución del asunto. Un adecuado equilibrio entre varias opciones será lo que determine si estamos ante una buena o mala gestión.

(54) Este retraso llevó a que previamente muchas CCAA ya hubiesen aprobado su propia normativa.

(55) En el anexo se recoge un tiempo máximo de espera de 180 días para las intervenciones de cirugía cardíaca valvular, cirugía cardíaca coronaria, cataratas, prótesis de cadera y de rodilla.

(56) PEMÁN GAVÍN, J. (2001), *op. cit.* pág. 138. En este trabajo se considera la posición jurídica de los pacientes en lista de espera como precaria. Más recientemente en el mismo sentido CAYÓN DE LAS CUEVAS, J. (2010), «La protección del paciente ante el fenómeno de las listas de espera», *Derecho y Salud*, Vol. 19, Núm. Extra 1, (Ejemplar dedicado a: XVIII Congreso «Derecho y Salud»), págs. 57-73.

Las CCAA han aprobado sus propias normas con diferencias sustanciales entre unas y otras(57), lo que implica una diferente posición jurídica del particular en función de su lugar de residencia. Algunas como Cantabria, Castilla-La Mancha, Galicia o la Comunidad Foral de Navarra han optado por aprobar normas con rango de Ley, mientras que otras, la mayoría, han establecido la regulación en normas reglamentarias; todas ellas han ampliado la fijación de tiempo máximos incluyendo no sólo las intervenciones quirúrgicas no urgentes, sino también la atención especializada y las pruebas diagnósticas; por otro lado, son bastantes las CCAA que han optado por reducir los tiempos máximos fijados por el Estado. Así, y a modo de ejemplo, mientras en Asturias se han mantenido los tiempos máximos estatales con 180 días para las intervenciones quirúrgicas y 60 días para las pruebas diagnósticas y las consultas especializadas, en Galicia son muchas las intervenciones que tienen fijado un plazo de 60 días naturales como tiempo máximo y para las pruebas diagnósticas y la atención especializada el plazo es de 45 días(58); si acudimos a la norma de Cantabria nos encontramos que respecto a las intervenciones quirúrgicas fija el plazo general de 180 días, 60 días para la atención especializada y 30 días para las pruebas diagnósticas. En el País Vasco desde el año 2012 las intervenciones oncológicas y las de cardiología, junto con las consultas y pruebas diagnósticas vinculadas a estos ámbitos tienen un tiempo máximo fijado de 30 días(59). Junto a los plazos hay otras cuestiones a tener en cuenta y que afectan a los pacientes en relación con el momento que finalmente van a recibir la asistencia requerida. En primer lugar, los casos que son considerados como urgentes en la valoración médica, son expresamente excluidos de la aplicación de la normativa de tiempos máximos, por lo tanto, hay una primera decisión técnica que marcará el desarro-

(57) Sin ánimo exhaustivo: Ley 7/2006, de 15 de junio, de garantías de tiempos máximos de respuesta en la atención sanitaria especializada en el sistema sanitario público de Cantabria; Ley Foral 14/2008, de 2 de julio, de listas de espera, desarrollada por el Decreto Foral 21/2010, de 26 de abril; Ley 12/2013, de 9 de diciembre, de garantías de prestaciones sanitarias, desarrollada por Decreto 105/2017, de 28 de septiembre, de la Xunta de Galicia; Ley 3/2014, de 21 de julio, Garantía de la atención sanitaria y del ejercicio de la libre elección en las prestaciones del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha; Decreto 65/2006, de 21 de marzo, por el que se establecen los plazos máximos de acceso a procedimientos quirúrgicos programados y no urgentes a cargo del Sistema Sanitario de Euskadi; Decreto 116/2009, de 23 de junio, del Gobierno de Aragón, sobre plazos máximos de respuesta en la asistencia sanitaria en el Sistema de Salud de Aragón; Decreto 59/2018, de 26 de septiembre, de garantía de tiempo máximo de acceso a las prestaciones sanitarias del Servicio de Salud, información sobre listas de espera y Registro de Demanda Asistencial del Principado de Asturias.

(58) Anexo del Decreto 105/2017, de 28 de septiembre, de la Xunta de Galicia.

(59) Decreto 230/2012, de 30 de octubre, por el que se establecen para el Sistema Sanitario Público de Euskadi los plazos máximos de acceso a las consultas de cardiología y oncología y pruebas complementarias no urgentes.

llo posterior de la asistencia; además, excluida la urgencia, la necesidad de una prueba o intervención o consulta especializada se priorizará en función del estado de salud del paciente, lo cual en muchas normativas supone modulaciones de los tiempos máximos de espera. Finalmente, hay que tener en cuenta que el cómputo de plazos no se inicia desde el diagnóstico, sino desde la incorporación a la lista de espera para lo que hay un procedimiento formal que maneja la Administración y que, en la mayor parte de los casos, el paciente no controla. Esta cuestión debería ser objeto de mejora en términos de buena administración, ya que es frecuente que existan lapsos de tiempo importantes desde el diagnóstico hasta la incorporación (60).

A efectos de este trabajo, tan importante como recibir la asistencia sanitaria en un plazo razonable, resulta la protección jurídica que las normas otorgan a los pacientes frente a los frecuentes incumplimientos por parte de la Administración sanitaria de los tiempos máximos de espera. Tradicionalmente, las dos vías de reacción han sido el reintegro de gastos (vía excepcional, por la exigencia de existencia de riesgo vital) (61) y la responsabilidad patrimonial de la Administración que exige que se haya producido un daño antijurídico (62); la fijación de tiempos máximos de espera, aunque lógicamente ha reforzado la posición jurídica del paciente, que al menos puede alegar un incumplimiento por parte de la Administración, lo cierto es que sigue sin ofrecer una respuesta adecuada, aunque también es cierto que en algunas CCAA se han producido avances importantes.

(60) Así, en el Decreto 59/2018 del Principado de Asturias, se exige para que el paciente obtenga un certificado con la fecha de incorporación al Registro que este lo solicite, cuando lo lógico sería que la Administración de oficio comunicase esa fecha al paciente una vez que la prueba o la intervención ha sido solicitada por el facultativo responsable (art. 11). En cambio, en Galicia, el Decreto 105/2017 da unos márgenes de tiempo para que el paciente acuda a la unidad de gestión de citas (10 días para pruebas diagnósticas y un mes para intervenciones quirúrgicas) momento en el que se le incorpora al Registro y se expide el certificado correspondiente (art. 11). En este caso, se entiende que si el paciente no acude a la unidad de gestión de citas en los plazos fijados tendría que volver a acudir a su facultativo para una nueva prescripción de la prueba o intervención, lo que también supone una carga innecesaria.

(61) En los últimos tiempos se han producido sentencias menos restrictivas en el reconocimiento de reintegro de gastos, lo que ha reforzado sin duda la posición del paciente. STSJ de Asturias (Sala de lo Social) de 7 de mayo de 2019 e igualmente en materia de responsabilidad patrimonial, STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 20 de mayo de 2020 ECLI:ES:TSJAS:2019:1277 en la que se reconoce el derecho a indemnización por un retraso en una intervención cardiaca por dolencia severa y prioridad para la intervención menor de 30 días sin que dos meses después se hubiese llevado a cabo con resultado de muerte. Con anterioridad fueron muchas las sentencias que denegaron la indemnización por retraso en prueba diagnóstica si no se demostraba que el mismo podría incidir negativamente en la evolución de la enfermedad del paciente ni siquiera en casos oncológicos, STS, Sala Tercera, 8 de julio de 2016 (RJ 4323).

(62) CAYÓN DE LAS CUEVAS, J. (2010), «La protección del paciente ante el fenómeno de las listas de espera», *Derecho y Salud*, Vol. 19, Núm. Extra 1, (Ejemplar dedicado a: XVIII Congreso «Derecho y Salud»), págs. 57-73.

Los incumplimientos son frecuentes y la normativa permite muchas excepciones que se han añadido a la situación de catástrofe que señala la LCCSNS, así huelgas, epidemias o disfunciones graves que afecten a uno o más centros o servicios sanitarios son motivos que dejan en suspenso la garantía y el cómputo de los plazos. Podemos fácilmente imaginar el impacto que está teniendo y que va a tener en los próximos años la pandemia por el COVID-19 sobre los tiempos máximos de atención, lo cual evidencia la debilidad del sistema y obliga a buscar soluciones, no coyunturales sino estructurales. Además, las diferencias entre CCAA respecto a las garantías que se otorgan a los pacientes en las distintas normativas resultan evidentes. Se pueden delimitar principalmente dos modelos en función de que se permita o no acudir a los centros de carácter privado una vez que se produce el incumplimiento. Por un lado, el que reconoce el derecho del paciente a solicitar autorización para recibir la atención en cualquier otro centro sanitario (incluyendo los privados no concertados), generándose a su vez el derecho a que el importe de esa asistencia sea abonado por los Servicios de Salud autonómicos (con unas cuantías máximas preestablecidas), siempre que se hayan cumplido escrupulosamente todos los requisitos y procedimientos exigidos(63). Por otro, el que en caso de incumplimiento de los tiempos máximos de espera solamente obliga a la Administración sanitaria a derivar al pa-

(63) El Decreto 65/2006, de 21 de marzo, por el que se establecen los plazos máximos de acceso a procedimientos quirúrgicos programados y no urgentes a cargo del sistema sanitario de Euskadi, es de los garantistas con la posición jurídica del paciente. Una vez que se superen los tiempos máximos de espera, el paciente debe presentar una solicitud para que la atención sanitaria tenga lugar lo antes posible (la cual puede presentarse no solo en los lugares contemplados en la Ley 39/2015, sino también en el hospital en el que se encuentra en situación de espera de intervención quirúrgica o en el centro de salud asignado), la resolución de esa solicitud deberá dictarse en el plazo de 20 días; si es expresa concretará el centro al que se deriva y la cuantía económica que el Departamento de Sanidad se compromete a satisfacer de forma directa como máximo, con referencia a los importes establecidos sobre tarifas aplicables a los conciertos de asistencia sanitaria prestada con medios ajenos; si la resolución es desestimatoria tendrá que ser motivada y si se produce silencio se entenderá la solicitud estimada pudiendo acudir el paciente al centro de su elección, siéndole abonados los gastos en que haya incurrido con los mismos límites existentes que cuando se produce el abono directo al centro sanitario. La Ley 7/2006, de 15 de junio, de tiempos máximos de espera de Cantabria, diseña un modelo parecido, si bien no tan garantista. En cambio, el Decreto 105/2017, de 28 de septiembre, por el que se regula el sistema de garantía de tiempos máximos de acceso a las prestaciones sanitarias públicas, de Galicia, siendo encuadrable en este primer modelo, fija un procedimiento para optar a recibir la atención en otro centro con carácter muy restrictivo y con plazos disuasorios para los pacientes, pues una vez superado el límite máximo de espera, y dada una alternativa para recibir la asistencia por el Servicio de Salud, el paciente deberá manifestar su aceptación en un plazo de 7 días naturales, ya que si no lo hace se entenderá que mantiene su solicitud de asistencia en el centro que le corresponde, renunciando a la garantía en el proceso. En cuanto al reintegro de gastos, si no se presenta la factura correspondiente a la asistencia en el plazo de 10 días hábiles, contados a partir de la fecha de alta del proceso, se pierde el derecho al reintegro.

ciente a otro centro propio o concertado de la Comunidad Autónoma para que reciba la atención sanitaria (64).

Sobre esta cuestión existe una cierta polémica que viene dada en buena medida por la importante carga ideológica que afecta al modelo de asistencia sanitaria. Desde las CCAA que no permiten la remisión a los centros privados no concertados, se entiende que el sistema sanitario público es el llamado a atender con sus propios medios a los pacientes en el marco del SNS, sin permitir ni fomentar la derivación de pacientes a la red privada, pero lógicamente para ello la red pública debe estar adecuadamente dimensionada en cuanto a medios personales y materiales suficientes para respetar los tiempos máximos de espera; en este modelo, sí se permite la remisión a centros concertados (65). Desde la perspectiva del otro modelo, se defiende que para determinadas intervenciones quirúrgicas puede resultar más eficiente, desde el punto de vista económico y desde el de la propia gestión, derivar pacientes al sistema privado que contratar un mayor número de profesionales en el ámbito público con carácter permanente, lo que no siempre garantiza la eliminación de las listas de espera o evita que al poco tiempo el personal médico estatutario solicite la dedicación a tiempo parcial para dedicarse al ejercicio privado de la profesión o incluso fuerce las situaciones de autoconcertación (66). A todo ello, es preciso añadir que el número de profesionales sanitarios en nuestro país es limitado, tal y como estamos comprobando en estos momentos, y aunque exista la voluntad de contratar más profesiones ello no siempre es posible. Los férreos *numerus clausus* de las Facultades de Ciencias de la Salud, junto con unas condiciones laborales que han invitado a muchos profesionales a ejercer su actividad en otros países con mejores remuneraciones y más estabilidad, nos han colocado en una posición complicada para dar una adecuada solución a las listas de espera, que como ya se ha señalado, constituyen, sin duda, la principal debilidad de nuestro SNS. Ni que decir tiene que, si en condiciones normales este asunto presenta una enorme complejidad, cualquier incidencia de menor o mayor gravedad, como una huelga de profesionales o una situación de pandemia como la que se está viviendo pueden llevar a que los tiempos de espera se dupliquen y cueste largos años recuperar la situación inicial,

(64) Este modelo es el que sigue en Ley 3/2014, de 21 de julio, de Castilla-La Mancha y en el Decreto 59/2018 del Principado de Asturias.

(65) En este modelo no se permite que el paciente una vez sobrepasados los tiempos acuda a centros privados, ni que se genere un derecho al reintegro de los gastos a cargo de los Servicios de Salud autonómicos, salvo que su situación se pueda encuadrar en el supuesto de riesgo vital, lo que al final será una cuestión de prueba, cuya valoración previsiblemente acabe en los tribunales de justicia.

(66) *Vid.* nota 29 sobre los problemas en torno a la autoconcertación.

siendo los pacientes y su salud los que se ven perjudicados por la falta de respuesta (67).

2.2. DERECHO A LA LIBRE ELECCIÓN DE FACULTATIVOS Y CENTROS Y DERECHO A OBTENER UNA SEGUNDA OPINIÓN MÉDICA

Entre los derechos de los pacientes que contribuyen a la consecución del derecho a una buena administración se encuentran también, el derecho a la libre elección de facultativo y el derecho a una segunda opinión facultativa sobre su proceso. El primero de ellos se contempla en la propia LGS en su art. 10.13 como un derecho de todos frente a las Administraciones sanitarias consistente en el derecho a elegir «el médico y los demás sanitarios titulados» de acuerdo con las condiciones contempladas en la propia Ley y en su normativa de desarrollo. Por su parte, el art. 13. de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente, establece que los usuarios y pacientes del SNS, tanto en la atención primaria como en la especializada, tendrán derecho a la información previa correspondiente para elegir médico e igualmente centro, con arreglo a los términos y condiciones que establezcan los servicios de salud competentes. Por su parte, la LCCSNS establece en su art. 28 señala que las instituciones asistenciales velarán por la adecuación de su organización *para facilitar la libre elección de facultativo y una segunda opinión en los términos que reglamentariamente se establezcan*. Respecto a la facultad de solicitar una segunda opinión, el art. 4 de la LCCSNS lo recoge como un derecho de los ciudadanos en el marco del SNS, remitiéndose al art. 28 para su concreción. Este precepto regula aquellos aspectos vinculados con la calidad de los servicios sanitarios señalando que se precisará un desarrollo reglamentario para su configuración (68). Estos dos derechos permiten al paciente intervenir activamente y ejercer su derecho de participación en el proceso médico que le afecta, lo cual sin duda supone un avance importante (69).

(67) Junto con los tiempos máximos de espera para una intervención quirúrgica o una prueba diagnóstica, en algunas CCAA recientemente se ha dado un paso más y se han regulado los tiempos máximos de atención en los servicios de urgencia hospitalarios. No es de recibo que en algunos hospitales los tiempos máximos de espera puedan llegar a un número elevado de horas y que los pacientes pendientes de ingreso hospitalario puedan permanecer días pendientes de que se les asigne una cama. Así, el Decreto 45/2019, de 21 de mayo, garantiza el derecho a la información, el derecho al acompañamiento y los tiempos máximos de atención en los servicios de urgencia hospitalaria del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha.

(68) TRIGO GARCÍA, B. (2014), « Responsabilidad por eventos adversos, diagnóstico tardío o erróneo y derecho a una segunda opinión médica», *Derecho y Salud*, Vol. 24 Extraordinario XXIII Congreso, págs. 245-252.

(69) VILLAR ROJAS, F.J., «Garantías de las prestaciones del Sistema Nacional de Salud II: libre elección de médico y centro, segunda opinión facultativa y tiempo máximo de respuesta» en PALOMAR A. y CANTERO, J. (Directores) *Tratado de Derecho Sanitario*, Volumen I, Aranzadi, 2013, págs. 715-734.

El derecho a la libre elección de facultativo se reguló en un primer momento en el ámbito estatal (en el marco del INSALUD)(70) y más tarde en el autonómico (aunque hay CCAA que siguen careciendo de regulación propia, lo que implica que siguen aplicando la normativa estatal)(71). Las normas autonómicas han completado y desarrollado este derecho extendiendo su aplicación a la elección de centro de salud y de hospital(72), aunque a veces limitada al departamento de salud o zona que le corresponda al paciente en función de su domicilio. El derecho a la libre elección de facultativo es un derecho que admite excepciones por razones del servicio, así la mayor parte de las normativas señalan una serie de condiciones y límites para acomodar este derecho al correcto funcionamiento asistencial y excepcionan el mismo en algunos supuestos, así ocurre cuando el facultativo elegido sea responsable de la atención sanitaria de un número de personas que exceda de la población asignada por médico, pues en ese caso quedaría vulnerada la garantía de una asistencia sanitaria de calidad(73). Ahora bien, tampoco cabe que los Servicios de Salud denieguen el derecho de libre elección en razones de mera oportunidad o restrinjan el derecho de tal forma que suponga una eliminación del mismo(74).

(70) Así con anterioridad a que se produjesen las transferencias a las CCAA en materia sanitaria se desarrolló este derecho en el Real Decreto 1575/1993 de 10 de septiembre, que regula la libre elección de médico en los servicios de atención primaria del Instituto Nacional de la Salud en materia de asistencia sanitaria de la Seguridad Social y en el Real Decreto 8/1996, de 15 de enero, que regula la libre elección de médico en los servicios de atención especializada del Instituto Nacional de la Salud.

(71) Decreto 57/2007, de 17 de abril, regula el procedimiento para la libre elección de Médico Especialista y de Hospital en el Sistema Sanitario Público de Aragón; Decreto 74/2015 de 15 de mayo, regula la libre elección en el ámbito de la atención primaria y especializada del Sistema Valenciano de Salud, así como la creación de su registro autonómico; Decreto 55/2015 de 26 de marzo, regula el ejercicio del derecho a la libre elección de personal médico de familia, pediatra y personal de enfermería en atención primaria, y de centro o complejo hospitalario por un problema de salud nuevo, en el Sistema público de salud de Galicia; Decreto 147/2015, de 21 de julio, por el que se aprueba la Declaración sobre Derechos y Deberes de las personas en el sistema sanitario de Euskadi; Decreto 48/2016 de 25 de noviembre, establece la libre elección de profesional sanitario y de centro en los ámbitos de Atención Primaria y Atención Especializada en el Sistema Público de Salud de La Rioja.

(72) Así, tempranamente la CA de Andalucía por medio de su Decreto 128/1997 de 6 de mayo, ya incluyó la elección de hospital público. Más recientemente también ha incluido este derecho la Ley Foral 17/2010, de 8 de noviembre, de Derechos y deberes de las personas en materia de salud en Navarra y la Ley 3/2014, de 21 de julio, de Castilla-La Mancha, de garantía de la atención sanitaria y del ejercicio de la libre elección en las prestaciones del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha.

(73) Decreto 74/2015, de 15 de mayo, regula la libre elección en el ámbito de la atención primaria y especializada del Sistema Valenciano de Salud, así como la creación de su registro autonómico, (art. 10).

(74) Así la STSJ de Cantabria de 22 de febrero de 2006 (núm. 200/2006) declara nula la denegación de una solicitud de cambio de facultativo, a pesar de que reconoce que la Ley 7/2002, de 10 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de Cantabria limita la libre elección en las facultades de organización sanitaria de los servicios en el primer nivel de la atención. No considera relevante los argumentos esgrimidos por el Servicio de Salud de Cantabria, como la distribución de cupos producidos en el área sanitaria del paciente, considerando que «el precepto legal citado obliga a la Adminis-

En cuanto el derecho a disponer de una segunda opinión facultativa sobre la enfermedad que se padece, el art. 4 de la LCCSN lo recoge como derecho, pero no lo desarrolla, sino que se remite al desarrollo reglamentario del mismo, desarrollo que no se ha producido en el ámbito estatal sino en el autonómico (75). La normativa reguladora de esta facultad de los pacientes lo limita a ciertas enfermedades y en general aquellas que producen riesgo para la vida, por lo tanto, no se trata de un derecho que legitime a los pacientes en todos los casos a solicitar una segunda opinión, como podría deducirse de su formulación legal. Esa segunda opinión se restringe con carácter general a facultativos y centros encuadrados en el ámbito de los Servicios de Salud correspondientes. En todo caso, la denegación debe ser suficientemente motivada en razones objetivas, en caso contrario cabría dar lugar, bien a una responsabilidad patrimonial de la Administración por falta de oportunidad o incluso a un reintegro de gastos si el paciente acude a un centro privado en busca de esa segunda opinión (76). En algunas CCAA la regulación trata de reforzar la posición jurídica del paciente que solicita el ejercicio de este derecho, otorgando al silencio administrativo carácter estimatorio cuando no se da una respuesta en el plazo fijado en la norma (77).

Como punto final al comentario de estos derechos, sin perjuicio de que se reconozca que su incorporación y aplicación ha supuesto un importante avance en el ámbito sanitario para la materialización del derecho a una buena administración, es necesario apuntar que la configuración de los mismos en la normativa sigue presentando carencias. Así, aunque hay una obligación de información a los pacientes sobre los derechos que tienen en el marco del SNS, debidamente contemplada en todas las normas, tanto estatales como autonómicas, lo cierto es que

tración sanitaria a adaptar progresivamente la organización de los centros y servicios con el fin de garantizar el ejercicio del derecho a libre elección por parte de los usuarios del sistema» Por otra parte, señala que «aun cuando por razones organizativas (...) se pueda suspender el ejercicio del derecho, este límite vendría justificado únicamente por razones de una mejor calidad del servicio, esto es, cuando por las expuestas razones de carga de trabajo de todos los profesionales del centro o del específico facultativo a favor del cual se ejerce el derecho de opción, estén al límite de personas asignadas, lo que no parece ser el caso».

(75) Sin ánimo exhaustivo regulan el derecho a una segunda opinión médica los siguientes Decretos autonómicos: Decreto 127/2003 de 13 de mayo, de Andalucía. Decreto núm. 16/2004 de 26 de febrero, de Extremadura; Decreto 125/2007, de 5 de junio, de Cataluña; Decreto 149/2007 de 18 de septiembre, del País Vasco, Decreto 121/2007 de 20 de diciembre, de Castilla y León; Decreto 86/2009, de 19 de junio, del Consell Valencià; Decreto 35/2010, de 9 de marzo, del Gobierno de Aragón; Decreto núm. 2/2015 de 15 de enero, de Cantabria; Decreto 54/2015, de 12 de marzo, del Galicia; Decreto 91/2018, de 4 de diciembre, de Castilla La Mancha.

(76) STSJ de Castilla y León de 18 de diciembre de 2015 ECLI:ES:TSJCL:2015:5990, reconoce el derecho a reintegro de gastos por intervención en la sanidad privada, al no haber sido suficientemente justificada la denegación de una segunda opinión médica.

(77) Art. 11.3 Decreto 54/2015, de 12 de marzo, de Galicia.

hay una buena parte de la ciudadanía que ignora su existencia, sin que de momento se hayan articulado medidas eficaces para poner fin a esta situación. Por otro lado, la condición socioeconómica de los pacientes también incide en el ejercicio de estos derechos de forma determinante; resulta evidente que una persona con recursos, si considera que el incumplimiento del tiempo de máximo de espera está poniendo en peligro su vida o su integridad física, buscará alternativas asistenciales para que se le atienda de forma inmediata, y posteriormente ejercerá la defensa jurídica de sus derechos; en cambio una persona que no tiene la capacidad económica para adelantar el coste de una prueba, de una intervención o de una segunda opinión médica estará sin duda en una posición en la que difícilmente, si el funcionamiento de la Administración no se ajusta a los principios de buena administración, podrá hacer valer estos derechos.

Como conclusión de este recorrido a través de la normativa sanitaria, se puede señalar que se han producido avances importantes, pero todavía queda mucho camino por recorrer para que la posición jurídica de los pacientes (de todos los pacientes) permita una protección adecuada, cuando se produzcan incumplimientos en los derechos reconocidos. Probablemente en los próximos años los Servicios de Salud tendrán que hacer esfuerzos adicionales para solventar todas las dificultades generadas por la situación de pandemia, sin embargo, también tienen por delante una oportunidad para afrontar reformas estructurales pendientes que permitan que nuestro SNS supere debilidades y carencias, tanto en el ámbito prestacional, como en el ámbito de la salud pública, y que salga fortalecido del proceso. El desarrollo de los principios de buen gobierno y la consolidación del derecho a una buena administración pueden ser instrumentos claves para lograr ese objetivo.

Bibliografía

- BELTRÁN AGUIRRE, J. (2012), «Real Decreto-Ley 16/2012 de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del sistema nacional de salud. Análisis crítico en relación con los derechos ciudadanos y las competencias autonómicas», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, 2012 (BIB 2012, 940), págs. 191-207.
- BOUSTA, R. (2020), «La polisemia del derecho a una buena administración: Análisis crítico de los ordenamientos europeo y español», *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Vol. 70, Núm. 276, 1, 2020, págs. 199-230.
- CABASÉS HITTA, J.M. (2013), «Reflexiones sobre la sanidad pública en España en el Horizonte 2020», *Documentos de Trabajo (Universidad Pública de Navarra. Departamento de Economía)*, núm. 7.

- CANTERO MARTÍNEZ, J. (2014), «Universalidad y gratuidad de las prestaciones sanitarias públicas. Una perspectiva constitucional y desde los compromisos internacionales asumidos por España», *Revista Derecho y Salud*, vol. 14, núm. 1, extra 1, págs. 65-118;
- (2020), «Propuestas para el reforzamiento del sistema público sanitario a través de medidas de Salud Pública», *Derecho y Salud*, Volumen 30 extraordinario, págs. 11-21.
- CAYÓN DE LAS CUEVAS, J. (2010), «La protección del paciente ante el fenómeno de las listas de espera», *Derecho y Salud*, Vol. 19, Núm. Extra 1, (Ejemplar dedicado a: XVIII Congreso «Derecho y Salud»), págs. 57-73.
- CUETO PÉREZ, M. (2019), «El sector público sanitario: Horizonte 2020» en *Retos y propuestas para el sistema de salud* (dir. J.A. PÉREZ GÁLVEZ), págs. 173- 215, Tirant lo Blanch.
- DELGADO DEL RINCÓN, L.E. (2019), *El derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros. Limitaciones y problemas competenciales*, Tirant lo Blanch.
- FREIRE, J.M., «Los retos de las reformas sanitarias en el SNS», *Mediterráneo económico*, n 26 , págs. 351-368.
- GONZÁLEZ CARRASCO, C. (2020), «Responsabilidad patrimonial y civil por contagios del SARS-COV-2 en residencias de mayores: Nexo causal y criterios de imputación», *Derecho y Salud*, vol. 30, extraordinario núm. 1, págs. 22-35.
- GONZÁLEZ SUÁREZ, G. (2020), «Análisis ético y jurídico sobre los criterios de priorización de enfermos en las unidades de cuidados intensivos», *Derecho y Salud*, vol. extraordinario 30, núm. 2, págs. 44-56.
- HERNÁNDEZ AGUADO, I. (2018), «Diseño institucional y buen gobierno: avances y reformas pendientes», *Cuadernos Económicos ICE*, núm. 96, (ejemplar dedicado a: Sistema Nacional de Salud: retos y tareas pendientes tras la gran Recesión), págs. 145-164.
- «Independencia y transparencia en salud pública», *Retos en Salud Pública. Derechos y deberes de los ciudadanos*. Ed. Comares, págs.181-193.
- HIERRO, J. (2012), «La prestación por asistencia sanitaria: cuestiones sobre su encuadramiento», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 31;
- MARTÍNEZ NAVARRO, J.A. (2021), «Los efectos de la Covid-19 en las residencias de mayores», *RVAP*, núm. 119, págs. 127-166.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E.M. (2020), «La buena administración en la gestión de los servicios públicos», en *La prestación de servicios socio-sanitarios* (dir. L. TOLIVAR ALAS, M. CUETO PÉREZ.) Tirant lo Blanch, págs. 171-199.
- (2021), *De la función consultiva clásica a la buena administración*, Marcial Pons, págs. 20 y ss.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y LÓPEZ INSUA, B.M. (2019), «Un paso atrás en la universalidad del acceso a la asistencia sanitaria de las personas inmigrantes en España: comentario jurídico-crítico a la sentencia del tribunal supremo de 13 de mayo de 2019» , *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 6.

- MONTOYA MELGAR, A. (2018), «Ámbito subjetivo del Sistema Nacional de Salud. (doctrina reciente del Tribunal Constitucional)». *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 210, 2018, págs. 11-16;
- OLIVA, J., PEIRÓ, S. y PUIG-JUNOY, J. (2014), «Sistema Nacional de Salud y propuestas de reformas sanitarias en el sistema nacional de salud». *Revista Mediterráneo económico*, núm. 26, págs. 8-9.
- ORTÚN-RUBIO, V. (2002), «Reforma de la sanidad», *Las estructuras del bienestar: propuestas de reforma y nuevos horizontes* (coord. por Santiago MUÑOZ MACHADO, José Luis GARCÍA DELGADO, Luis GONZÁLEZ SEARA), Ed. Civitas, págs. 159-208.
- PEMÁN GAVÍN, J. (2001), «Las prestaciones sanitarias públicas: Configuración Actual y Perspectivas de Futuro», en *Revista de Administración Pública*, núm. 156, 2001, págs. 140.
- PÉREZ GÁZQUEZ, I.M. (2020), «La pretendida e inalcanzada universalidad de la asistencia sanitaria gratuita. Retos pendientes», *Revista Española de Derecho del Trabajo* núm. 232, págs. 127-164
- PONCE SOLE, J. (2013), *El derecho y la (ir)reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos*, Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2013.
- «La discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena administración», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 175, enero-marzo 2016, págs. 57-84.
- REPULLO LABRADOR, J.R. (2012), «La sostenibilidad de las prestaciones sanitarias públicas» en *Crisis económica y atención a las personas vulnerables* (M.A. PRESNO LINERA, coord.), Oviedo.
- REPULLO LABRADOR, J.R. y FREIRE, J.M. (2016), «Implementando estrategias para mejorar el gobierno institucional del SNS», *Gaceta Sanitaria*, vol. 30, 2016, págs. 3-8.
- TRIGO GARCÍA, B. (2014), « Responsabilidad por eventos adversos, diagnóstico tardío o erróneo y derecho a una segunda opinión médica», *Derecho y Salud*, Vol. 24 Extraordinario XXIII Congreso, págs. 245-252.
- VILLAR ROJAS, F.J. (2013), «Garantías de las prestaciones del Sistema Nacional de Salud II: libre elección de médico y centro, segunda opinión facultativa y tiempo máximo de respuesta» en PALOMAR, A. y CANTERO, J. (Dirs.) *Tratado de Derecho Sanitario*, Volumen I, Aranzadi, págs. 715-734.



Algunas reflexiones sobre las distintas alternativas existentes para financiar el mantenimiento y conservación de las carreteras españolas(*)

Some reflections on the alternatives for financing the maintenance of Spanish roads

JAVIER ESTEBAN RÍOS

Profesor Ayudante Doctor
Universidad de Zaragoza
jestebanrios@unizar.es
ORCID: 0000-0002-5605-7941

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.120.2021.03>

LABURPENA: Zenbait finantzaketa-eredu daude Espainiako errepideak mantentzeko eta zaintzeko, eta horiek oinarrituta daude bideen erabiltzaileentzat doakoak izatean edo azpiegitura horiek erabiltzearen truke ordaintzean. Zer aukera hautatzen dugun, finantzaketa-sistema orok funtsezko ezaugarri berak bete behar ditu, nahitaezkoa baita irizpide egonkorak, auresangarriak eta proportzionalak betetzea. Ildo horretatik, dauden finantzaketa-formula guztiak aztertzen ditu lan honek, eta ahalegintzen da bakoitzaren zailtasunak eta bertuteak agerian uzten; egiaztatutako arazoak arintzeko tresna juridikoak eskaintzen ditu, halaber. Bereziki, errepideak aurrekontu orokorren kontura finantzatzea edo tasak (bideen erabileraren iraupenaren arabera) edo bidesariak (erabiltzaileek ibilitako zatia) erabiltzea aztertuko da.

HITZ GAKOAK: Errepideak. Bidesariak. Tasak. Emakidak. Bineta.

ABSTRACT: There are different financing models for the maintenance of Spanish roads, which are based either on gratuity for road users or on payment for the use of such infrastructures. Regardless of the alternative chosen, the essential characteristic which any financing system must meet are identical, requiring submission to stable, predictable and proportional criteria. In this sense, the paper addresses the different financing formula, trying to highlight their difficulties and virtues, as well as offering legal tools in order to mitigate any problems that may arise. In particular, the work will analyse the financing of roads from general budgets, the implementation of user charges - linked to the duration of road use - or the use of tolls - which are levied on the distance travelled by road users.

KEYWORDS: Roads. Tolls. User charges. Concessions. Vignette.

* Publicación desarrollada en el marco del Grupo de Investigación Consolidado ADESTER (Derecho Administrativo de la Economía, la Sociedad y el Territorio), S22_20R, reconocido y financiado por la Diputación General de Aragón.

RESUMEN: Existen distintos modelos de financiación para el mantenimiento y conservación de las carreteras españolas, que se sustentan bien en la gratuidad para los usuarios de las vías o bien en el pago por el uso de dichas infraestructuras. Con independencia de la alternativa escogida, las características esenciales con las que ha de cumplir todo sistema de financiación son idénticas, exigiéndose el sometimiento a criterios estables, predecibles y proporcionales. En este sentido, el presente trabajo aborda las distintas fórmulas de financiación posibles, tratando de poner de manifiesto las dificultades y virtudes de las mismas, así como ofreciendo herramientas jurídicas para mitigar los problemas que pudieran constatarse. En particular, se analizará la financiación de carreteras con cargo a presupuestos generales o el recurso a tasas —vinculadas a la duración del uso de las vías— o a peajes —que gravan la distancia recorrida por los usuarios.

PALABRAS CLAVE: Carreteras. Peajes. Tasas. Concesiones. Viñeta.

Trabajo recibido el 25 de febrero de 2021

Aceptado por el Consejo de Redacción el 21 de mayo de 2021

Sumario: I. Introducción: la actual explotación de las carreteras españolas.—II. Premisas a considerar y apriorismos a evitar al aproximarse a la financiación de las carreteras.—III. La gratuidad para los usuarios y la financiación de las carreteras.—IV. Las modalidades de pago como alternativa para afrontar la financiación de las carreteras: 1. Pagos a favor de particulares: modelos concesionales. 2. Pagos a favor de la Administración: peajes y tasas: A. Peaje: pago por la distancia recorrida. B. Tasa o viñeta: pago por el tiempo de uso. C. Cuestiones a valorar en la implantación de peajes y tasas. D. ¿Qué modalidad habría de escogerse en nuestro país?—V. Conclusiones.—VI. Bibliografía.

I. Introducción: la actual explotación de las carreteras españolas

En los últimos años estamos asistiendo a una progresiva eliminación de los peajes por el uso de redes de transporte, vinculada a la extinción de las concesiones existentes en distintas vías de alta capacidad. En este sentido, el ejecutivo estatal ha decidido no licitar de nuevo las concesiones que vencen entre 2018 y 2021, medida que afecta a unos 1.000 kilómetros de autopistas sujetas a peaje(1).

Esta decisión, por supuesto, ha sido bien recibida tanto por el sector de los transportes por carretera, que aligera una partida relevante de sus costes, como por parte de la ciudadanía, que percibe los peajes como una suerte de «repago» arbitrario. Y es que, resulta difícil explicar a los conductores el porqué de la existencia de peajes en ciertas vías, y no en otras de características equivalentes situadas en otros territorios. Por otra parte, con esta medida se pone fin a la controvertida situación existente en ciertas autopistas, cuya construcción se remonta varias décadas atrás. En estas vías, en gran medida amortizadas, la fijación de elevados peajes no parecía justificada en las cantidades dedicadas a mantenimiento y mejora(2).

(1) Resultado de sumar los kilómetros correspondientes a los tramos de las autopistas AP-1, AP-2, AP-4 y AP-7 que vencen entre el 30 de noviembre de 2018 y el 31 de agosto de 2021.

(2) De hecho, se aprecia como los beneficios de las concesionarias se han incrementado en los últimos años, pasando de 599 millones de euros en 2016 a 941 millones de euros en 2019. Este crecimiento no se explica por un incremento de los ingresos, que se mantienen prácticamente constantes a lo largo del periodo, sino que deriva de relevantes caídas en los gastos de explotación o en las cantidades dedicadas a amortizaciones. Por otra parte, se aprecia como la relación entre los beneficios y la facturación es extraordinariamente alta, superando el 60 % en 2018. Todo ello, de acuerdo con datos del *Informe anual: Los transportes y las infraestructuras*, correspondiente a 2019, de febrero de 2021, del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, tabla 1.2.5 «Resultados globales de las Sociedades Concesionarias de Autopistas»: <https://apps.fomento.gob.es/CVP/handlers/pdfhandler.ashx?idpub=BTW040>

Sin embargo, la supresión del cobro por tránsito de vehículos no es neutra en términos presupuestarios. Así, al prescindirse de un concesionario al que se encomienda la explotación de la vía, la Administración titular deviene responsable del directo mantenimiento y conservación, para lo que se requerirán cuantiosos fondos públicos(3). Fondos, estos, que ya no se obtendrán de los usuarios, sino que tendrán que provenir de otras partidas de ingresos. Ello obliga, ante unos fondos públicos escasos, a un aumento de ingresos por vía fiscal o a minorar las aportaciones previstas para otras partidas de gasto o inversión. Medidas, ambas, de difícil encaje político, máxime en un contexto económico recesivo, donde las necesidades sociales a cubrir son crecientes y donde acudir al endeudamiento adicional resulta poco recomendable.

Como indeseable alternativa a esta aportación de fondos públicos para el mantenimiento de las vías aparece su deficiente conservación, con las consiguientes mermas en la seguridad y en la eficacia del uso de unas infraestructuras cuya construcción ha implicado muy relevantes impactos presupuestario, ambiental o territorial. De este modo, las cuantiosísimas inversiones necesarias —y externalidades negativas causadas— para la construcción de la infraestructura quedarían desvirtuadas por su defectuosa conservación, con un evidente perjuicio de los intereses públicos.

Por otra parte, la eliminación de peajes tampoco es neutra en términos de empleo o de vertebración territorial. Así, al margen de las legítimas pretensiones de los concesionarios, orientadas a mantener su negocio, las eliminaciones de peajes derivan directamente en despidos del personal vinculado a los mismos. Personal, este, que solía residir en lugares cercanos a los puntos de cobro, situados en los ejes que unen las grandes ciudades(4). De igual manera, los municipios por los que transcurran dichas vías verán afectadas sus cuentas de ingresos, pues no deben olvidarse las relevantes cuantías que los concesionarios debían abonar, en concepto de Impuesto sobre Bienes Inmuebles, por los tramos existentes en cada término municipal(5). Cantidades, estas, que no ha-

En cualquier caso, para aproximarse al sector de las autopistas de peaje, puede consultarse el *Informe 2018 sobre el sector de autopistas de peaje en España*, de julio de 2020, del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana: <https://apps.fomento.gob.es/CVP/handlers/pdfhandler.ashx?idpub=ICW049>

(3) Los conceptos de mantenimiento y conservación en materia de carreteras, y su concreto alcance, se analizan por ESTRADA FERNÁNDEZ, J.A. y SÁEZ VILLAR, J.P. (2016), «La explotación, mantenimiento y conservación de las carreteras». *Revista de Obras Públicas*, 3574, págs. 37-54, págs. 45 a 48.

(4) La importancia de este factor se ha reducido paulatinamente, pues la utilización de medios electrónicos para el abono de los peajes ha minorado las necesidades de mano de obra y ha concentrado al personal en grandes centros de control.

(5) En cuanto a las carreteras explotadas en régimen de concesión, la fiscalidad no siempre es la que rige con carácter general, pues pueden existir bonificaciones al amparo de los artículos 11 y

brán de pagarse en adelante, pues las carreteras de aprovechamiento público y gratuito para los usuarios quedan no sujetas a dicho tributo(6). No obstante, la merma afecta también a otras figuras impositivas, como el Impuesto sobre el Valor Añadido devengado al tipo general (21 %) a cargo de los usuarios, o el Impuesto de Sociedades, que grava los beneficios de las empresas concesionarias.

En todo caso, la eliminación de los peajes, y la nueva asunción de los costes de mantenimiento y conservación por el erario público, sirve para poner de manifiesto algunos problemas estructurales que afectan a nuestro modelo de financiación de carreteras. En este sentido, España cuenta con una red de carreteras que ronda los 166.000 kilómetros, sin incluir vías urbanas o agrícolas y forestales(7), de los que unos 17.000 corresponden a vías de gran capacidad(8). Circular por la práctica totalidad de la red es gratuito pues, teniendo en cuenta las nuevas extinciones de concesiones, únicamente unos 2.000 kilómetros continúan sometidos a peajes(9). Ello hace que los peajes se extiendan al 11 % de la red de gran capacidad y al 1,2 % de la red total de carreteras(10).

La gratuidad por la circulación, por tanto, está generalizada. Ello es fruto de una decisión de gestión, en la que se ha optado por sufragar los costes de mantenimiento con cargo a los presupuestos y no con aportaciones directas de los usuarios de las vías. Esta alternativa, por otra parte totalmente válida y legítima, debe garantizar la suficiencia y

12 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión.

(6) Respecto de las autopistas cuya explotación retorna a la Administración, recuérdese que las carreteras de aprovechamiento público y sin contraprestación para los usuarios no están sujetas al Impuesto sobre Bienes Inmuebles, de acuerdo con el artículo 61.5.a) del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

(7) De acuerdo con los datos del *Informe anual: Los transportes y las infraestructuras*, correspondiente a 2019, del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, tabla 1.2.1 «Longitud de la red interurbana de carreteras».

(8) En atención a los datos del *Informe anual: Los transportes y las infraestructuras*, correspondiente a 2019, del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, tabla 1.2.2 «Longitud de carreteras de gran capacidad».

(9) De acuerdo con los datos *Informe anual: Los transportes y las infraestructuras*, correspondiente a 2019, del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, tabla 1.2.2 «Longitud de carreteras de gran capacidad», completados con las eliminaciones de peajes que han de tener lugar hasta 2021.

(10) La extensión de la gratuidad en España contrasta con la situación existente en otros Estados de la Unión Europea, como se pone de manifiesto por MILANÉS, J.S. y NUCHE, I. (2013), «Pago por el uso de las carreteras», en *Revista de Obras Públicas*, 3.544, págs. 51-56, págs. 52 y 53.

estabilidad de los fondos destinados a la conservación de las carreteras (11).

Precisamente aquí es donde el modelo falla, pues las aportaciones presupuestarias a las carreteras, englobando inversión y conservación, marcan una senda decreciente, habiéndose reducido para el total de las Administraciones de 4.218 millones de euros en 2015 a 3.386 millones en 2019, lo que representa una caída del 20 % (12). Estas cantidades resultan insuficientes, no ya para ampliar la red, sino para mantener la ya existente en un estado adecuado. Y es que, de acuerdo con datos del sector, la conservación de las vías españolas es deficiente, acumulándose un déficit de mantenimiento que ronda los 7.500 millones de euros, con uno de cada diez kilómetros de la red aquejado de deficiencias graves (13). Deficiencias estas que, además de afectar a la seguridad de los usuarios de las vías o a los tiempos y a la competitividad de los transportes, llevan a mayores consumos de combustible y, en consecuencia, a mayores emisiones de CO₂ y otros gases contaminantes (14).

Al hilo de estos problemas, el presente trabajo pretende brindar algunas posibles soluciones que permitan garantizar el adecuado mantenimiento de las vías y el equilibrio en el reparto de los costes derivados de dicha conservación. En este sentido, se abordarán distintas alternativas y modelos, tratando de poner de manifiesto las dificultades y virtudes de

(11) En este sentido, es clara la consulta pública previa del *Anteproyecto de ley de movilidad sostenible*, del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, que, al analizar la necesidad y oportunidad de la norma, dispone que deben incorporarse al ordenamiento los preceptos: «que permitan establecer un sistema de financiación del transporte basado en criterios estables, predecibles y proporcionales, de forma que se logre un funcionamiento correcto de los distintos sistemas y se minimice la incertidumbre en la financiación anual de los costes de funcionamiento»: https://www.mitma.gob.es/recursos_mfom/audienciainfopublica/recursos/20200828_doc_consulta_borrador_oficina2.pdf

A diferencia de lo que ha acontecido en ocasiones anteriores, parece que actualmente existe voluntad real de tramitar dicha norma, lo que se pone de manifiesto, por ejemplo, en la Disposición Final Octava de la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética, en la que se impone al Gobierno la «obligación» de presentar a las Cortes Generales un Proyecto de ley de movilidad sostenible y financiación del transporte.

(12) Según se desprende de los datos contenidos en el *Informe anual: Los transportes y las infraestructuras*, correspondiente a 2019, del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, tabla 1.2.3 «Inversiones realizadas en carreteras».

(13) En atención a los datos suministrados por el *Estudio sobre necesidades de inversión en conservación de carreteras en España 2019-2020*, de julio de 2020, de la Asociación Española de la Carretera.

(14) En este sentido, la relación entre estado del firme y emisiones se subraya, por ejemplo, por parte de GREENE, S., AKBARIAN, M., ULM, F.J. y GREGORY, J. (2013), *Pavement Roughness and Fuel Consumption*. Massachusetts Institute of Technology Paper, pág. 15, o CHANG, C.M., QIAO, F., ABDALLAH, I.N. et al. (2017), *Quantification of the Impact of Roadway Conditions on Emissions*. Center for Transportation Infrastructure Systems, pág. 9 y ss.

los mismos, así como ofreciendo herramientas jurídicas para mitigar los eventuales problemas que pudieran surgir.

II. Premisas a considerar y apriorismos a evitar al aproximarse a la financiación de las carreteras

A la hora de abordar la financiación de nuestras carreteras pueden considerarse distintas alternativas, más continuistas o rupturistas con el modelo actualmente vigente. La selección de una de las alternativas, siendo todas ellas jurídicamente viables, corresponderá a los gestores públicos que, a la hora de decidir, deberían partir de una serie de premisas.

Así, en primer lugar, la opción por modelos de gratuidad o de coste para los usuarios no debe obedecer a criterios electoralistas, sino a la convicción de que los gastos derivados de las infraestructuras deben asumirse por toda la ciudadanía o únicamente por aquellos que hacen un uso más intensivo de las mismas. En este sentido, el cobro por el uso de carreteras presenta diversas virtudes como, por ejemplo, las vinculadas con la asignación de los costes a quienes efectivamente disfrutan de las vías, con la mayor equidad intergeneracional, con la generación de una conciencia de que los servicios a disposición de los ciudadanos tienen un coste efectivo —conciencia que se difumina con la gratuidad— o con la mayor progresividad en la recaudación, pues suele asociarse el uso recurrente de vehículos con niveles más altos de renta (15).

No obstante, existen también argumentos que abogan a favor de que el mantenimiento de las carreteras se sufrague con cargo directo a los presupuestos públicos. A este respecto se alude al disfrute de las carreteras por todos los ciudadanos, y no solo por los conductores que transitan por ellas, pues en nuestro país la distribución y traslado de mercancías se realiza mayoritariamente por carretera —y no mediante ferrocarril (16). Los beneficios de este transporte por carretera alcanzarían, por tanto, a la totalidad de los contribuyentes, en cuanto que consumidores. A su vez, un número relevante de los usos de las carreteras deriva exclusivamente

(15) Algunas ventajas y efectos del pago por uso de las carreteras se han señalado por VASSALLO MAGRO, J.M. y LÓPEZ SUÁREZ, E. (2009), *Efectos de la aplicación de una política de tarificación de infraestructuras a los vehículos pesados*. Abertis, págs. 51 a 64, o NISKANEN, E. y NASH, C. (2008), «Road Pricing in Europe - A Review of Research and Practice», en C. JENSEN-BUTLER *et al.* (Eds.), *Road Pricing, the Economy and the Environment*, (págs. 5-27), Springer, págs. 10 a 12.

(16) Así, cerca del 95 % del transporte terrestre de mercancías español tiene lugar por carretera, frente al apenas 5 % del ferrocarril, de acuerdo con datos del *Informe Anual del Observatorio del Transporte y la Logística en España*, correspondiente a 2019, pág. 118.

de necesidades laborales de quienes han de desplazarse a sus centros de trabajo, por lo que el cobro por el uso gravaría en gran medida a los trabajadores o a los autónomos. Por otra parte, el cobro por el uso podría resultar más perjudicial para quienes residen en el ámbito rural, especialmente en la España vaciada, pues dichos sujetos necesitan utilizar las carreteras ante las grandes distancias que los separan de los lugares de prestación de una gran variedad de servicios esenciales.

Por otra parte, las decisiones que se tomen deben orientarse al largo plazo y partir de una visión de conjunto, evitándose soluciones marcadamente coyunturales y parciales que pueden encubrir ineficiencias. En este sentido, en particular, habrían de limitarse las duplicidades existentes en ciertas vías que, aunque pueden satisfacer a los usuarios —también electores— y reducir a corto plazo el número de accidentes, implican un defectuoso empleo de los fondos públicos y generan un muy relevante impacto ambiental.

Y es que, por desgracia, son varios los ejemplos en los que se han creado vías de alta capacidad sin peaje que discurren prácticamente en paralelo a autopistas de peaje. Esta práctica resulta censurable habida cuenta del coste medio de construcción de este tipo de vías, que ronda los 8 millones de euros/kilómetro (17), lo que lleva a generar costosísimas infraestructuras duplicadas que, además, han de mantenerse en buen estado (18). Si este tipo de actuaciones se encuentran proscritas en los sectores eléctrico, ferroviario o de telecomunicaciones, no puede entenderse su encaje en el área de las carreteras. Ello con la única excepción de que la autopista de peaje existente cuente con tal nivel de caudal y saturación que se exija la construcción de una nueva vía para permitir el normal tránsito de vehículos, siendo esta opción técnicamente preferible a la ampliación de la autopista ya en funcionamiento (19).

Como alternativa a esta generación de vías adicionales, cabrían otras medidas para permitir que los conductores no tuvieran que abonar peajes, si esto es lo que se pretende por los gestores públicos. Así, por una parte, podría optarse por el rescate de las concesiones implicadas, mediante el abono de las correspondientes indemnizaciones. La vía del rescate, sin embargo, exige que la Administración titular disponga de un volumen relevante de fondos para resarcir al concesionario y es susceptible, también, de dar lugar a prolongados litigios, pues

(17) De acuerdo con los datos suministrados por el Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana en la página principal del portal: <https://www.mitma.gob.es/carreteras>

(18) La censurable duplicidad se pone plenamente de manifiesto una vez que las concesiones se extinguen, pues pasan a coexistir dos infraestructuras de uso gratuito con recorrido similar.

(19) Ampliación de las autopistas ya existentes prevista en el artículo 25 de la Ley 8/1972.

la propia figura del rescate incluso puede resultar cuestionable en términos jurídicos (20).

Al margen del rescate, a falta de capacidad presupuestaria suficiente, podría bonificarse parcialmente el peaje que ha de abonarse a los concesionarios de las autopistas u optarse directamente por peajes en sombra, asumiéndose los pagos íntegros por la Administración concesionaria (21). En ambos casos, el coste efectivo de la medida podría mitigarse, en parte, si se produjera un sustancial incremento del tráfico en las vías amparadas por concesiones, pues los ingresos extraordinarios percibidos por las concesionarias podrían llevar al restablecimiento del reequilibrio del contrato (22),

(20) El rescate de concesiones basado en razones de interés público se contiene en los artículos 279.c) y 294.c) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, y se restringe a la acreditación de que la gestión directa subsiguiente resultará más eficaz y eficiente que la gestión concesional. A esta restricción de eficiencia o eficacia se sumaría la ausencia de una previsión relativa al rescate en la normativa de la Unión sobre resolución de concesiones, contenida en el artículo 44 de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión. Ello, junto con la necesidad de tutelar la confianza legítima y de cumplir en sus justos términos lo dispuesto en los contratos de concesión, ha llevado a algún autor a reinterpretar la figura del rescate, eliminando su carácter de privilegio contractual y aproximándolo a la expropiación. Así, GIMENO FELIÚ, J.M., SALA SÁNCHEZ, P. y QUINTERO OLIVARES, G. (2017), *El interés público y su satisfacción con la colaboración público-privada: Fundamentos, equilibrios y seguridad jurídica*. Cambra Oficial de Comerç, Indústria, Serveis i Navegació de Barcelona, págs. 69 a 72, o GIMENO FELIÚ, J.M. (2019), *La Ley de Contratos del Sector Público 9/2017. Sus principales novedades, los problemas interpretativos y las posibles soluciones*. Aranzadi, pág. 264.

(21) En este sentido, es interesante la previsión contenida en el artículo 38.6 de la Ley 37/2015, de 29 de septiembre, de carreteras, que permite redirigir de forma imperativa los transportes pesados por autopistas, por motivos de seguridad, fluidez del tráfico o medio ambiente. En estos casos, dicha obligación se acompaña de una específica previsión orientada a incluir bonificaciones en los peajes que han de abonar estos vehículos. En cualquier caso, recuérdese que la imposición de este tipo de obligaciones a los transportistas debe encontrarse debidamente justificada pues, de lo contrario, procederá su anulación, como en el caso de la AP-68, cuya reconducción del tráfico pesado se anuló a través de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección 6.ª), de 29 de noviembre de 2019 (recurso 44/2018), Fundamento Jurídico 4.º.

(22) De acuerdo con el régimen contenido en los artículos 270 de la Ley 9/2017 y 24 de la Ley 8/1972. Ello, claro, siempre y cuando se den los requisitos establecidos para ello, con ruptura del equilibrio contractual, tanto a favor como en contra del concesionario, como actualmente recogen los artículos 270.2 y 290.4 de la Ley 9/2017, al afirmar que el reequilibrio deberá restablecerse «en beneficio de la parte que corresponda».

Para aproximarse al régimen de reequilibrio del contrato, y a sus requisitos y límites, pueden consultarse, por ejemplo, GALLEGO CÓRCOLES, I. (2016), «El derecho al reequilibrio económico de los contratos en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo». *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, 142, págs. 52-61; HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L. (2017), «La depuración de las técnicas de equilibrio económico aplicables a la concesión de servicios de transporte regular de viajeros (comentario de la STS 1868/2016, de 20 de julio)». *Revista de Administración Pública*, 202, págs. 205-222, o PEIRO BAQUEDANO, A.I. (2019), *El sistema de reparto de riesgo en las concesiones: hacia una nueva gobernanza*. Aranzadi, págs. 209 a 244. En particular, por lo que se refiere al contexto derivado de la pandemia del Covid-19, analizan en profundidad dicho reequilibrio y sus posibilidades, TORNOS MAS, J. (2020), «COVID-19, contratos concesionales y reequilibrio económico». En J.M. GIMENO FELIÚ (Dir.) y M.C. DE GUERRERO MANSO (Coord.), *Observatorio de los contratos públicos 2019*, (págs. 113-146), Aranzadi, o LAZO VITORIA, X. y LÓPEZ MORA, M.E. (2020), «Reequilibrio económico de las concesiones en tiempos de Covid-19». En J. M. Gimeno Feliú (Dir.) y M.C. DE GUERRERO MANSO (Coord.), *Observatorio de los contratos públicos 2019*, (págs. 169-192), Aranzadi.

que se concretaría en una reducción de las tarifas o del plazo de la concesión (23).

Por otro lado, ha de tenerse en cuenta que, en materia de carreteras, los legisladores y las Administraciones públicas actuantes son diversas. Sin embargo, esta pluralidad, y los problemas competenciales existentes, no deben impedir que la solución resultante sea única para todas las vías, con independencia de quién sea su titular. Con ello se evitaría una tradicional sensación de injusticia surgida entre los ciudadanos de distintas zonas del país, que perciben como arbitrario que la utilización de vías de características equivalentes implique un coste en ciertos territorios, mientras que en otros sea gratuita. Esta percepción, además, se justifica por el hecho de que la distribución territorial de las autopistas de peaje sea altamente asimétrica, con grandes concentraciones en ciertas autonomías y con su total inexistencia en otras (24). Con una actuación armonizada se reforzaría la cohesión territorial y, además, se evitarían los recelos entre ciudadanos de distintas partes del Estado o se acotaría la tendencia a justificar la existencia de autopistas de peaje en la infr FINANCIACIÓN autonómica, en vez de en la mayor eficiencia que podría derivar de la gestión por empresarios privados (25).

A falta de acuerdo, las posibilidades para imponer una decisión única y coordinada son limitadas pues, pese a que el Estado cuenta con títulos competenciales específicos en la materia, los mismos quizás no alcanzarían a las cuestiones relativas a las formas de gestión. En este sentido, las competencias estatales para la intervención sobre carreteras se han buscado en distintos títulos, como bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, transportes terrestres que transcurran por el territorio de más de una Comunidad Autónoma, tráfico y circulación de vehículos a motor, régimen general de comunicaciones u obras públicas de interés general que afecten a más de una Comunidad Autónoma (26). De igual modo, podría localizarse incidencia de la legislación

(23) De acuerdo con lo previsto en el artículo 270.3 de la Ley 9/2017.

(24) Para conocer las autopistas de peaje existentes, y su distribución territorial, basta con acceder a la página web del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, a través de: <https://www.mitma.gob.es/carreteras/peajes-actuales>, o, respecto de la Red de Carreteras del Estado a través de: https://www.mitma.gob.es/MFOM/LANG_CASTELLANO/DIRECCIONES_GENERALES/CARRETERAS/CATYEVO_RED_CARRETERAS/CATALOGO_RCE/

(25) De hecho, las infraestructuras viarias deberían de ser un elemento de cohesión y equilibrio interterritorial, y no de disputa o asimetría, según recuerda con acierto PEMÁN GAVÍN, J.M. (1992), «Sobre la regulación de las carreteras en el Derecho español: una visión de conjunto», en *Revista de Administración Pública*, 129, págs. 117-162, pág. 130.

(26) Títulos competenciales diversos recogidos en los artículos 149.1.13.^ª, 149.1.21.^ª, 149.1.23.^ª o 149.1.24.^ª de la Constitución Española, y a los que hacen referencia los Fundamentos Jurídicos 7.º de la Sentencia del Tribunal Constitucional 65/1998, de 18 de marzo, y 3.º de la Sentencia del Tribunal Constitucional 132/1998, de 18 de junio.

estatal sobre las bases de los contratos y las concesiones administrativas(27).

Los anteriores títulos competenciales, sin embargo, no facultan para una intervención general que elimine todo margen autonómico(28), habilitado por la posibilidad de asumir, en los respectivos Estatutos de Autonomía, competencias en carreteras cuyo itinerario se desarrolle íntegramente en el territorio de la Comunidad Autónoma(29). De este modo, sería complicado defender una armonización estatal que impusiese una forma de gestión única para todas las carreteras del país, ya que la elección de la vía de gestión parece conectada con el margen mínimo de autonomía y decisión que ha de reservarse a los administradores de las vías. Capacidad de coordinación, esta, que, sin embargo, sí podría extenderse a las carreteras que el Estado considere como de interés general y que, por tanto, se integran en la muy relevante Red de Carreteras del Estado(30).

A la vez, debe entenderse que la conservación y mantenimiento en perfecto estado de las carreteras no es solamente un objetivo deseable, sino también una obligación jurídica de sus titulares y una meta conectada con diversos derechos e intereses de los ciudadanos. De este modo, en primer lugar, las Administraciones titulares de las carreteras, en cuanto que las mismas son bienes de dominio público, tienen el deber de garantizar su conservación e integridad(31). El cumplimiento de este deber permite, además, el correcto desarrollo de otros derechos o finalidades, como son el derecho de libre circulación de las personas físicas, la integridad física vinculada a la seguridad de las vías, la promoción del equilibrio y la cohesión territoriales, el avance hacia un mercado único o

(27) Recogida en el artículo 149.1.18.º de la Constitución Española.

(28) Los límites de los diferentes títulos de intervención estatales se analizan en los Fundamentos Jurídicos 7.º y 3.º, respectivamente, de las Sentencias del Tribunal Constitucional 65/1998 y 132/1998.

(29) La posibilidad de competencias autonómicas en esta área se prevé en el artículo 148.1.5.º de la Constitución Española, habiendo sido asumidas las mismas por la totalidad de las Comunidades Autónomas.

(30) La concreción de cuáles son las carreteras de interés general corresponde al Estado, contando para ello con cierto margen de libertad, de acuerdo con el Fundamento Jurídico 2.º de la Sentencia del Tribunal Constitucional 112/2012, de 24 de mayo, o con el Fundamento Jurídico 10.º de la Sentencia 65/1998.

Respecto de la Red de Carreteras del Estado, la misma abarca el 52,4 % del total del tráfico interurbano y el 64.6 % en cuanto al tráfico interurbano pesado, de acuerdo con el *Informe anual: Los transportes y las infraestructuras*, correspondiente a 2019, del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, tabla 1.2.13 «Tráfico en la red interurbana de carreteras, según titularidad», pág. 48.

(31) En este sentido, con carácter básico, el artículo 6 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas.

la mejora de la competitividad empresarial, afectada de forma determinante por los costes y tiempos de transporte (32).

Por último, debe desvincularse el régimen financiero de las carreteras, relacionado con la existencia o no de pagos por uso, con el régimen de explotación y conservación de las mismas. Así, una vez se decida si es conveniente establecer, o no, modalidades de pago por uso, la gestión de los eventuales cobros y el mantenimiento de las vías pueden encomendarse tanto al sector público como a operadores privados. En este sentido, la elección del modo de gestión deberá evitar apriorismos políticos, para decantarse por la solución que resulte más eficiente en términos económicos, técnicos y de calidad de la prestación (33).

La elección del modo de gestión habría de ser, por tanto, ideológicamente neutra, debiendo escogerse la solución óptima, habida cuenta de las capacidades y recursos a disposición del sector público y de los informes que analicen las distintas alternativas. Se trata de satisfacer los intereses públicos, consistentes en conseguir la mejor movilidad posible para los ciudadanos, con independencia de las concretas herramientas empleadas para alcanzar tal meta.

III. La gratuidad para los usuarios y la financiación de las carreteras

A la vista de estas premisas, que permiten evitar perjudiciales apriorismos, las alternativas son varias, abarcando desde la gratuidad a distintas modalidades en las que se exigen pagos a los usuarios.

Así, la primera de las alternativas pasaría por mantener el actual modelo de gratuidad de uso de las carreteras, extendiéndolo a aquellas autopistas de peaje que vayan extinguiéndose. Así, la utilización de las vías sería independiente de su mantenimiento y conservación, que se sufragarían con cargo a los presupuestos de las diferentes Administraciones titulares.

Estas Administraciones deberían asegurar que los fondos asignados al mantenimiento son suficientes y estables en el tiempo. Para ello, co-

(32) Algunas de estas finalidades, que derivan de distintos mandatos constitucionales o legislativos, se contienen expresamente en el artículo 1 de la Ley 37/2015, de carreteras.

(33) En este sentido, poniendo el foco sobre el receptor del servicio y sobre la calidad del mismo, con independencia de la forma de su prestación, GIMENO FELIÚ, J. M., SALA SÁNCHEZ, P. y QUINTERO OLIVARES, G. (2017), pág. 33; GIMENO FELIÚ, J.M. (2017), «La remunicipalización de servicios públicos locales: la necesaria depuración de conceptos y los condicionantes jurídicos desde la óptica del derecho europeo». *Cuadernos de Derecho Local*, 43, págs. 31-78, pág. 33, o MARCOU, G. (2000), «Financiación privada de infraestructura y equipamientos públicos (La experiencia francesa)». *Estudios Socio-Jurídicos*, 2(1), págs. 43-96, pág. 45.

nocida la estimación aproximada de costes de conservación y mejora, habría de existir un compromiso político para garantizar que existen ingresos suficientes para afrontarlos. En tal sentido, sin perjuicio de quién sea la Administración que efectivamente percibe y gestiona los tributos, existen diferentes figuras impositivas que gravan la adquisición, la titularidad o la utilización de vehículos por los ciudadanos.

Así, en primer lugar, encontraríamos el Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica (IVTM), asignado a los municipios, y que grava la titularidad de vehículos de tracción mecánica (34). De igual manera, se encuentra cedido a las Comunidades Autónomas el Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte (IEDMT), que grava la matriculación definitiva en España de la mayor parte de los vehículos (35). Por otra parte, y con un gran poder recaudatorio, se encuentra el Impuesto Especial sobre Hidrocarburos (IEH), cuya recaudación se distribuye entre el Estado y las Comunidades Autónomas, quienes además cuentan con la posibilidad de regular un tramo autonómico (36). Aunque es cierto que los hidrocarburos no se consumen exclusivamente para el desplazamiento de vehículos, siendo relevante también su uso en hogares o industria, una parte muy relevante del consumo total corresponde a este particular uso conectado con la movilidad.

De la enunciación anterior, y aunque los ingresos por recaudación de los tributos no se vinculen a específicas partidas de gasto, se aprecia cómo, en nuestro país, existiría margen fiscal suficiente para afrontar los gastos derivados de la conservación de carreteras, utilizando impuestos directa o indirectamente relacionados con dichos gastos. Y es que la recaudación conjunta de los impuestos enunciados ronda los 16.000 millones de euros cifra, con mucho, suficiente para afrontar el mantenimiento

(34) Acerca del volumen de recaudación de este tributo, en el año 2018, último ejercicio con datos definitivos, se recaudaron 2.038 millones de euros, de acuerdo con los datos del *Informe sobre Recaudación y estadísticas del sistema tributario español 2008-2018*, pág. 140: <https://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/Tributos/Estadisticas/Recaudacion/2018/Analisis-estadistico-recaudacion-2018.pdf>

Recuérdese la armonización en este tributo, que limita la libertad en su configuración para vehículos pesados, a través del artículo 6 de la Directiva 1999/62/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 1999, relativa a la aplicación de gravámenes a los vehículos pesados de transporte de mercancías por la utilización de determinadas infraestructuras.

(35) Este tributo no grava únicamente los vehículos terrestres, aunque la mayor parte de la recaudación derive de los mismos. Por lo que se refiere a una referencia cuantitativa, por esta figura tributaria se recaudaron 608 millones de euros en 2018, de acuerdo con datos del *Informe sobre Recaudación y estadísticas del sistema tributario español 2008-2018*, pág. 40.

(36) La recaudación por este concepto en 2018 fue de 13.255 millones de euros, de acuerdo con datos del *Informe sobre Recaudación y estadísticas del sistema tributario español 2008-2018*, pág. 38.

y mejora de nuestras vías(37). Y ello, sin perjuicio de que pudieran habilitarse nuevos tributos, o reformas de los existentes, relacionados con finalidades medioambientales que, sin caer en doble imposición, gravasen la utilización de los medios de transporte que causen mayores perjuicios al medio ambiente.

Con dichos fondos, la Administración titular vendría a asumir la responsabilidad sobre diversos trabajos relacionados con la conservación y mantenimiento de las vías, como son los relacionados con la reparación del firme, repintado, balizamiento, iluminación, señalización, fijación de barreras, vialidad invernal, perfilado de cunetas, limpieza de la calzada o intervención sobre áreas de descanso. De igual manera, corresponderán a dicha Administración las actuaciones de mejora de las vías, como las relacionadas con ampliaciones, ejecución de accesos, realización de obras de drenaje o modificaciones de los trazados.

Estas labores, de las que resulta responsable la Administración, podrían realizarse con medios públicos o mediante el recurso a la asistencia del sector privado. En la elección de la forma de ejecución deberían prevalecer, como se ha adelantado, criterios económicos y técnicos, relacionados con los recursos a disposición de la Administración y con la solución que garantiza la mejor prestación con los menores costes.

En lo que se refiere a la ejecución de los trabajos por la Administración sería posible acudir a los propios servicios de la Administración titular, a una entidad instrumental a la que se encomendase tal tarea o a la formalización de un encargo, cumplimiento con todos los requisitos previstos en la legislación contractual, a favor de un medio propio personificado. Por el contrario, ante la escasez de medios humanos y materiales en manos de las Administraciones, será habitual el recurso a la contratación pública para adquirir las prestaciones que resulten necesarias.

A este respecto, las figuras contractuales que se emplean son diferentes, dependiendo de las prestaciones que se licitan. Así, según el tipo e intensidad de los trabajos a realizar sobre las vías, la persecución de resultados o la ejecución actividades, o el tracto único o sucesivo del nego-

(37) Las necesidades para el mantenimiento de infraestructuras se estiman en un mínimo del 2% anual del valor de las infraestructuras a conservar, de acuerdo con los objetivos del *Plan Estratégico de Infraestructuras y Transporte*, de 2005, del Ministerio de Fomento, pág. 39, que siguen orientaciones marcadas por el Banco Mundial: <https://www.mitma.es/plan-estrategico-de-infraestructuras-y-transporte-peit>. En el mismo sentido se pronuncia el *Libro Verde de la conservación de infraestructuras en España*, de 2009, de la Asociación de Empresas de Conservación y Explotación de Infraestructuras, pág. 11.

Si aplicásemos ese 2 % al valor estimado de las infraestructuras de carretera de nuestro país, que según el *Estudio sobre necesidades de inversión en conservación de carreteras en España 2019-2020* se sitúa en un acumulado de 215.000 millones de euros, resultaría una inversión mínima anual de 4.300 millones de euros para asegurar la correcta conservación. Esta cantidad permitiría exclusivamente garantizar la conservación, sin tener en cuenta eventuales mejoras.

cio jurídico, podrán emplearse tanto contratos de obras como contratos de servicios o, en su caso, contratos mixtos si se incluyesen ambos tipos de prestaciones (38). De este modo, si los trabajos incidieran sobre la configuración y naturaleza de los inmuebles afectados, estuvieran previamente definidos y se realizaran de forma puntual, se recurrirá a contratos de obras, correspondiendo el tipo subsidiario de contratos de servicios en caso contrario.

En particular es habitual el recurso a los conocidos como contratos de conservación integral de carreteras que, bajo la tipología de contratos de servicios, incluyen las acciones de preservación ordinaria y vialidad de ciertas carreteras durante un periodo de tiempo determinado (39). En estos contratos, para evitar cierres de mercado y para favorecer el acceso a las PYMES, es usual la habilitación de lotes separados que abarcan ámbitos territoriales y carreteras o tramos distintos. A su vez, estos contratos de conservación integral se suelen acompañar de contratos de obras independientes, relativos a concretas actuaciones de rehabilitación y mejora sobre las vías.

De igual manera, se han utilizado también contratos de concesión en los que no existe peaje, ni transparente ni en sombra (40). En estas concesiones el foco se ha puesto, no en el riesgo de demanda, sino en el riesgo de suministro, correspondiendo a los concesionarios llevar a cabo todas las actuaciones necesarias para alcanzar una prestación que respete unos niveles de calidad determinados (41). A este respecto, se

(38) En este sentido, puede estarse a los criterios recogidos en el Informe 28/13, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, sobre la calificación jurídica de un contrato de conservación ordinaria y reparación del firme de la Red Provincial de Carreteras de la Diputación de Zamora.

(39) Sobre estos contratos de conservación integral, muy habituales en el ámbito de las distintas Administraciones públicas, pueden consultarse GAMALLO DE CABO, J. (2011), «Los contratos de conservación integral de carreteras y su estructura». *Cimbra: Revista del Colegio de Ingenieros Técnicos de Obras Públicas*, 395, págs. 44-51, o el documento *Sistema de gestión de las actividades de conservación ordinaria y ayuda a la vialidad (GSM)*, del Ministerio de Fomento, de 1996, págs. 201 a 414.

En la actualidad, con motivo de la extinción de las concesiones en ciertas autopistas de peaje, el Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana licita nuevos contratos de conservación que, además de las labores de mantenimiento, recogen la explotación de las áreas de servicio existentes.

(40) Sobre los contratos de concesión, sus ventajas y desventajas, se volverá a continuación.

(41) La identificación del riesgo de suministro, o de oferta, su transferencia y su difícil distinción respecto del riesgo de disponibilidad se analizan por LAZO VITORIA, X. (2018), «El riesgo operacional como elemento delimitador de los contratos de concesión». En J.M. GIMENO FELIÚ (Dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, (págs. 517-544), Aranzadi, págs. 534 a 538; PEIRÓ BAQUEDANO, A.I. (2019), págs. 186 a 198, o VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. (2018), «Apuesta por una revisión estratégica del modelo concesional: punto de partida y planteamientos de futuro». *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 74, págs. 52-61, págs. 56 a 58. En particular, para el sector de las infraestructuras y carreteras, atiende a estas cuestiones LÓPEZ MORA, M.E. (2019), *El nuevo contrato de concesión: El riesgo operacional*. Atelier, págs. 179 a 181.

fijarán diversos indicadores de calidad de la prestación que, en caso de no alcanzarse, conllevarán rebajas en las retribuciones a percibir por el concesionario.

IV. Las modalidades de pago como alternativa para afrontar la financiación de las carreteras

Al margen de las soluciones en las que todo coste es asumido directamente por la Administración con cargo a sus presupuestos, con independencia del uso que los conductores hagan de las carreteras, puede optarse por alternativas en las que se establecen pagos por la utilización de infraestructuras, especialmente pagos realizados directamente por los usuarios.

Aunque se hayan señalado anteriormente ciertas figuras impositivas que pudieran servir para financiar el mantenimiento y conservación de las carreteras, los gestores públicos podrían considerar oportuno dedicar dichos recursos a otras finalidades de interés. Decisión que parece justificada habida cuenta de la actual coyuntura, en la que el déficit público se mantiene en niveles muy elevados y en la que cualquier holgura adicional se revela como fundamental para financiar debidamente los servicios públicos esenciales.

1. Pagos a favor de particulares: modelos concesionales

Así, por una parte, dentro de las modalidades de pago por uso podría optarse por un enfoque continuista, representado por el modelo concesional que todavía pervive en múltiples autopistas. Si se entendiese que la mejor gestión de una carretera se realizaría por un operador privado, podrían licitarse contratos de concesión de obras en los que el concesionario asume el mantenimiento y conservación y, a cambio, percibe una retribución dependiente del uso, bien sea esta abonada por los usuarios o bien por la propia Administración.

El modelo concesional tiene por principal ventaja sus reducidas implicaciones presupuestarias para la Administración titular (42), así

(42) En este sentido, la Administración podrá ofrecer infraestructuras a los ciudadanos aunque, en un concreto momento, no cuente con los recursos financieros suficientes para abordar su construcción.

En particular, acerca de las implicaciones presupuestarias para la Administración Pública concedente, deben tenerse en consideración las modificaciones introducidas en el régimen de responsabilidad patrimonial ante las resoluciones de contratos —contenido en los artículos 280 y 281 de la Ley 9/2017— que ha permitido acomodar al valor de mercado de las conce-

como las menores necesidades de personal y medios para la gestión, que se reducen a los requeridos para la inspección y control de la buena ejecución del contrato (43). Sin embargo, en el concreto caso de las carreteras, si las concesiones abordan solamente la conservación y mejora de las vías afectadas, y no la construcción de nuevas infraestructuras, la ventaja presupuestaria que ofrecen las concesiones decae parcialmente. Y es que los fondos que han de movilizarse para el mantenimiento distan mucho de los necesarios para levantar las infraestructuras, pudiendo estos asumirse más fácilmente por los presupuestos públicos. De igual manera, ante las limitadas inversiones que el concesionario ha de realizar, resulta más cuestionable el otorgamiento de la explotación en régimen de monopolio, para permitir la recuperación de dichas inversiones.

Por otro lado, el de las obras viarias es un mercado muy maduro, que cuenta con una larga tradición y en el que las posibilidades de innovación son reducidas (44). Esto hace que las ventajas que puede aportar el sector privado en la gestión, relacionadas normalmente con conocimientos novedosos o con formas de prestación más eficientes, sean menos relevantes. Es cierto que pueden introducirse todavía mejoras en términos de sistemas de pagos, reconocimiento de vehículos o establecimiento de puntos de carga de vehículos eléctricos (45). No obstante, se trata de tecnologías que, o bien ya están a disposición de la Administración o bien pueden adquirirse fácilmente en el mercado. La Administración, por tanto, tendrá en principio la capacidad de ordenar correctamente la ges-

siones las cantidades a abonar en caso de resolución no imputable a la Administración. Para aproximarse a dicho régimen, y a los cambios producidos en el mismo, se recomienda la lectura de FERNÁNDEZ ACEVEDO, R. (2016), «Mantenimiento del equilibrio económico y responsabilidad patrimonial como técnicas de moderación del riesgo concesional». En E. BOCKMANN MOREIRA (Coord.), *Contratos administrativos, equilibrio economico-financiero e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas*, (págs. 253-282), Fórum, págs. 269 a 279.

(43) Las diversas ventajas derivadas de los contratos de concesión para la gestión de carreteras se analizan, por ejemplo, en el estudio *Beneficios sociales del modelo de concesión en la gestión de carreteras*, Centro de Investigación del Transporte, de septiembre de 2019, págs. 14 a 40.

Por otra parte, en general, las ventajas de los modelos concesionales y de Colaboración Público-Privada, se han señalado, entre otros, por GIMENO FELIÚ, J.M., SALA SÁNCHEZ, P. y QUINTERO OLIVARES, G. (2017), pág. 32, o por GARCÉS SANAGUSTÍN, M. (2012), En torno a la colaboración. En F. LAGUNA SANQUIRICO (Coord.), *El futuro de la colaboración del sector privado con el sector público*, (págs. 45-52), Fundación Ramón Areces, págs. 51 y 52.

(44) En este sentido, la experiencia de la Administración en relación con las vías de transporte terrestre es antiquísima, pudiendo servir como paradigmático ejemplo las Instrucciones para la reparación de carreteras de la Junta Consultiva de Obras públicas, de 1856, relativas a las prevenciones y requisitos de las obras a ejecutar en materia de carreteras.

(45) Otras innovaciones de carácter más radical, como las vinculadas a la generalización de la conducción autónoma, para la que existen actualmente ciertos ensayos, no parece que vayan a implementarse en el corto plazo.

ción de la carretera, con sus propios recursos o mediante la utilización de contratos públicos distintos de los de concesión.

En cualquier caso, si, de acuerdo con los análisis coste-beneficio y de eficiencia realizados, se asumiese que la vía de prestación adecuada es la concesión de obras deberían respetarse una serie de prevenciones. Así, ha de garantizarse que el concesionario asume una parte significativa del riesgo, de modo que no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el mismo vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera de incurrir. Para ello será fundamental el estudio de viabilidad de la concesión, que tendrá que recoger análisis realistas y serios sobre la demanda potencial que puede esperarse. A este respecto, la realización de previsiones no debería ser extraordinariamente compleja, pues se trata de proyectos que cuentan con notable bagaje y datos históricos (46).

Con ello se aseguraría una explotación del negocio equilibrada, en la que los concesionarios tienen la posibilidad de obtener el oportuno y deseable beneficio, pero sin que este quede garantizado o resulte excesivo. De igual manera, se evitan negocios concesionales condenados a la quiebra desde su momento inicial, por existir proyecciones de uso excesivas. Para alcanzar estas metas resultará fundamental la preceptiva intervención de la Oficina Nacional de Evaluación o de sus equivalentes autonómicos, por lo que sería deseable que se procediera a su efectiva implementación (47).

2. Pagos a favor de la Administración: peajes y tasas

Si se optase por establecer políticas de cobro por la utilización de las carreteras, dicho cobro también podría articularse a favor de la Administración pública gestora de la vía.

Esta alternativa permitiría que el ente público que explote por sí mismo la vía reciba financiación de los usuarios para afrontar el mantenimiento, evitando detraer recursos de otras fuentes de ingresos alternativas. Estos pagos a abonar por los usuarios de las carreteras podrían estructurarse de distintas formas, destacando el establecimiento de peajes

(46) Estos proyectos podrían calificarse como «brownfield», por oposición a los proyectos «greenfield», pues se refieren a infraestructuras ya existentes, donde los costes y niveles de demanda de las infraestructuras son relativamente conocidos.

(47) De acuerdo con el régimen de informes previsto en el artículo 333 de la Ley 9/2017 que, recuérdese, solamente resulta preceptivo para concesiones en las que se realizan aportaciones públicas para la construcción o explotación, se instrumentan apoyos financieros a favor del concesionario o se asume la tarifa total o parcialmente por el concedente siempre y cuando las obras o los gastos de primer establecimiento superan un millón de euros.

o de tasas (48). Figuras, ambas, cuya definición deriva directamente de lo dispuesto en el Derecho de la Unión (49).

A. PEAJE: PAGO POR LA DISTANCIA RECORRIDA

Por una parte, cabe que el modelo de pago por uso mediante peajes, tradicionalmente empleado con concesionarias privadas, se extienda a la gestión de carreteras que se desarrolle por el sector público. A través de esta modalidad de tarificación, los usuarios realizarán desembolsos que variarán en función de la distancia efectivamente recorrida y del tipo de vehículo implicado.

Dichos peajes pueden establecerse y ser percibidos tanto en vías gestionadas directamente por la Administración titular, como en aquellas explotadas de forma indirecta a través de entes instrumentales constituidos al efecto.

De la segunda de estas posibilidades, referida a la explotación de carreteras y al control de los peajes por parte de un ente instrumental, existe un ejemplo paradigmático, como es el de la Sociedad Estatal de Infraestructuras del Transporte Terrestres, S.A. (SEITTSA). Esta sociedad mercantil estatal explota ciertas infraestructuras de titularidad del Estado, como las vías R-2, R-3, R-4, R-5, AP-36 y AP-41, en virtud de un convenio de gestión directa habilitado expresamente por la legislación de carreteras (50). Esta encomienda a un tercero incardinado en el sector público institucional, además de permitir una gestión más flexible, serviría para excluir al ente del perímetro de la contabilidad nacional y de las restricciones que se le anudan, siempre y cuando se realice efectivamente una actividad de mercado.

Esta fórmula de pago, existente en ciertas vías que han revertido a la Administración por extinción de las previas concesiones, podría exten-

(48) Conceptos, estos, desligados de la tradicional controversia que aborda las figuras de la tasa, el precio público o las prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario. Sobre estas cuestiones, puede resultar de interés la consulta de Tornos Mas, J. (2018). La tarifa como forma de retribución de los concesionarios de servicios de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 74, págs. 14-19, o de la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 23 de junio de 2020, recurso núm. 283/2018.

(49) Dichas fórmulas se contienen en la Directiva 1999/62/CE, cuyo alcance y contenido se analizarán posteriormente.

(50) Posibilidad contenida en la Disposición Adicional Séptima de la Ley 37/2015, de carreteras, que se ha concretado en el Convenio de gestión directa entre el Ministerio de Fomento y la Sociedad Estatal de Infraestructuras del Transporte Terrestre, SME, SA, por el que se regula la gestión de la explotación y la preparación de la licitación de autopistas de titularidad estatal, de 16 de agosto de 2017.

derse a otras carreteras, de modo que se generasen ingresos suficientes para asegurar una adecuada conservación. De hecho, el mantenimiento dentro de la esfera de control público permitiría ajustar más fácilmente las tarifas a los costes de conservación efectivamente observados. De este modo, en caso de generarse ingresos extraordinarios, que superasen los costes de mantenimiento y mejora de las vías, podrían reducirse las tarifas para equilibrarlas con los costes, o emplearse los excedentes para el desarrollo de nuevas infraestructuras (51).

B. TASA O VIÑETA: PAGO POR EL TIEMPO DE USO

La referida normativa de la Unión regula también el establecimiento de otra figura retributiva diferente del peaje, que ya cuenta con una relevante presencia en otros Estados miembros, pero cuya implantación en España supondría una total novedad (52). Se trata de las conocidas como tasas (53). Dichas tasas, a diferencia de los peajes, que gravan en función de la distancia recorrida, suponen el pago de un importe predefinido por el derecho de los vehículos a utilizar las infraestructuras durante un periodo de tiempo determinado (54).

Estos pagos vinculados a periodos de tiempo de uso de las infraestructuras, como se ha dicho, cuentan con cierta tradición en otros Estados miembros, bajo la forma de las conocidas como «viñetas» (55). Esta

(51) Eso sí, téngase en cuenta que este tipo de ajustes de las tarifas en virtud de parámetros ajenos al mercado es clara muestra del control público subyacente, lo que limitaría la aplicación de las ventajas, presupuestarias o vinculadas a licitaciones públicas, que derivan del uso de entes instrumentales.

(52) Ello, sin perjuicio de que hayan existido ciertas propuestas encaminadas hacia la implantación de sistemas de tasa o «viñeta», siendo en España su principal valedora la Generalitat de Catalunya.

(53) Su denominación como tasas no debería prejuzgar su verdadera naturaleza. De hecho, ciertos autores han defendido que estas tasas, al no devengarse en todo caso como contraprestación de un servicio, ya que no se exige la efectiva utilización de las vías, podrían considerarse impuestos en el sentido del artículo 93 de la Constitución Española. Y ello, de acuerdo con FALCÓN Y TELLA, R. (2004), «Las tasas y peajes por el uso de infraestructuras (Directiva «Euroviñeta»): ¿contraprestaciones o medidas fiscales?». *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 19, págs. 907-916, pág. 908.

(54) Las diferencias entre ambas figuras, y sus ventajas e inconvenientes, pueden consultarse en *Pricing systems for road freight transport in EU member States and Switzerland*, del Parlamento Europeo, de julio de 2008, pág. 6.

(55) La situación existente en distintos Estados, como Austria, Alemania o Eslovaquia, donde se establecen sistemas de viñeta, puede analizarse en el documento *Road charges for private vehicles in the EU*, de 25 de mayo de 2016, del European Parliamentary Research Service, págs. 4 a 6: https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/583781/EPRS_BRI%282016%29583781_EN.pdf, o en GÓMEZ SÁNCHEZ, J., VASSALLO MAGRO, J.M. y LÓPEZ GALDÓS, J. (2012), «Financiación de la conservación de carreteras una visión internacional». *Carreteras: Revista técnica de la Asociación Española de la Carretera*, 186, págs. 46-58.

«viñetas» son documentos que se adquieren en ciertos establecimientos y se fijan de forma visible en los vehículos, permitiendo circular por ciertas vías durante su tiempo de validez. Aunque en ocasiones la viñeta física mantiene su vigencia, se está produciendo su paulatina sustitución por viñetas electrónicas, vinculadas al número de matrícula de los vehículos o a ciertos elementos identificativos de los mismos, que pueden adquirirse en línea (56).

La principal ventaja de la viñeta es la evitación del establecimiento de sistemas de control para conocer cuál es la distancia recorrida por un determinado vehículo (57), bien sea mediante peajes físicos con barreras o bien mediante arcos o dispositivos vinculados a sistemas de telepeaje (58). La evitación de estos sistemas de control, además, permite reducir los atascos vinculados a los peajes físicos con barrera, en los que se exige que los vehículos se detengan para extraer justificantes o para pagar las tarifas fijadas. Estas actividades de verificación continua se sustituyen por la supervisión que puede ejercerse en controles periódicos o aleatorios desarrollados por los agentes de la autoridad o bien mediante herramientas tecnológicas que, a partir de los números de matrícula o de dispositivos ubicados en los vehículos, permiten conocer automáticamente si un determinado vehículo que circula por una concreta vía ha abonado la correspondiente viñeta electrónica (59).

Como contrapartida, los principales problemas que plantean estas viñetas derivan de su desvinculación del efectivo uso de las vías, pues el pago tiene lugar para adquirir el mero derecho a usar las carreteras du-

(56) Algunos de los sistemas tecnológicos existentes para la tarificación en ciertos Estados miembros se analizan por DE LAS HERAS MOLINA, J., GÓMEZ SÁNCHEZ, J. y VASSALLO MAGRO, J.M. (2016), «Establecimiento de las bases teóricas de las tecnologías de cobro electrónico de peaje para su incorporación en el Sistema Europeo de Telepeaje». *Cuadernos Tecnológicos de la Plataforma Tecnológica Española de la Carretera*, 2/2015, págs. 1-63, págs. 22 a 28.

De igual manera, ciertas cuestiones vinculadas a las alternativas y sistemas de contratación y pago pueden observarse en el análisis realizado para el Sistema Europeo de Telepeaje en *The Role of Financial Institutions Payment and contractual aspects of EETS*, de la Comisión Europea, de 17 de octubre de 2006, o en SÁNCHEZ REY, A. y SANCHO GÓMEZ, F. (2011), «Pago por uso de carreteras: dónde, cuándo y cómo, Tecnologías y otros factores a considerar en la tarificación de carreteras». *Revista de Obras Públicas*, 3.527, págs. 7-24, págs. 7 a 21.

(57) En ocasiones, el coste para el control de los kilómetros recorridos puede resultar excesivo, especialmente en vías en las que el tránsito de vehículos es reducido.

(58) En caso de establecerse sistemas de telepeaje, los mismos deben respetar ciertas directrices de compatibilidad tecnológica orientadas a favorecer la interoperabilidad y el tráfico de vehículos entre los Estados miembros, contenidas en la Directiva 2004/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la interoperabilidad de los sistemas de telepeaje de las carreteras de la Comunidad.

(59) En cuanto a los distintos sistemas electrónicos de identificación posibles puede estarse a DE LAS HERAS MOLINA, J., GÓMEZ SÁNCHEZ, J. y VASSALLO MAGRO, J.M. (2016), págs. 35 a 43.

rante un tiempo, con independencia de su real disfrute, o no. Hecho que, en parte, también afecta a la justificación del cobro, vinculada al coste de conservación y eventuales externalidades derivadas de tal uso. De este modo, los sujetos que realicen un uso intensivo en periodos concretos se verían favorecidos y aquellos que solamente utilizan las vías puntualmente se verían perjudicados.

C. CUESTIONES A VALORAR EN LA IMPLANTACIÓN DE PEAJES Y TASAS

En cualquier caso, tanto si se opta por el establecimiento de sistemas de peaje o de tasa, deben resolverse distintas cuestiones vinculadas a su implementación.

En primer lugar, y como condicionante fundamental al que se someterán los poderes públicos nacionales, debe tenerse en cuenta que existe normativa específica de la Unión en materia de peajes y tasas sobre carreteras. Así, de establecerse peajes o tasas en las vías que integran la red transeuropea de carreteras, o en otras autopistas, deberán respetarse una serie de criterios armonizados que afectan a los pagos a realizar por los vehículos pesados(60). De este modo, la normativa europea ofrece unas pautas para determinar el régimen de cobro y los costes que se recuperan mediante los pagos, incluyendo los propios de la estructura y otros conectados con la contaminación atmosférica y acústica que produce el tráfico.

Sin perjuicio de las disposiciones contenidas en el Derecho de la Unión, los Estados miembros tendrán la posibilidad de establecer, o no, peajes y tasas en las vías que integran la red transeuropea de carreteras, o en otras autopistas(61). De igual manera, en dichas vías, los Estados miembros podrán excluir del régimen armonizado de pagos por uso a los vehículos no integrados en el marco de la europeización(62). Asimismo, las autoridades nacionales podrán establecer y configurar los métodos

(60) Régimen contenido en la Directiva 1999/62/CE, modificada en diversas ocasiones y que, por supuesto, también resulta aplicable a aquellas autopistas en régimen de concesión. Para el caso español, en particular, esta Directiva se ha transpuesto a través del Real Decreto 286/2014, de 25 de abril, por el que se establecen los criterios para la determinación de los peajes a aplicar a determinados vehículos de transporte de mercancías en autopistas en régimen de concesión de la Red de Carreteras del Estado.

(61) De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7.1 de la Directiva 1999/62/CE.

(62) Con carácter general, la normativa de armonización se extiende únicamente a los vehículos a motor destinados o utilizados exclusivamente para el transporte de mercancías por carretera, y con un peso máximo autorizado superior a 3,5 toneladas, en virtud del artículo 2.d) de la Directiva 1999/62/CE. Sin perjuicio de este límite, los Estados miembros también podrán, ante ciertas circunstancias, excluir de pago a aquellos vehículos cuyo peso máximo autorizado sea inferior a 12 toneladas, de acuerdo con el artículo 7.5 de la Directiva 1999/62/CE.

de pago por uso en aquellas carreteras no incluidas en el ámbito de aplicación de la normativa europea, siempre y cuando ello no distorsione la competencia entre operadores ni implique una discriminación contra el tráfico internacional (63).

De este modo, las autoridades españolas cuentan todavía con un muy relevante margen de decisión para configurar el régimen de financiación de sus carreteras. Dicho margen alcanza, por una parte, a la decisión sobre establecer, o no, modalidades de pago por uso en cualquier carretera. Por otro lado, esta libertad se extiende también a la determinación de los gravámenes y de los vehículos afectados, salvo reducidas excepciones vinculadas a la armonización de la Unión para vehículos pesados que discurren por ciertas vías sometidas a pagos (64).

En cualquier caso, si se optase por establecer peajes o tasas por el uso de carreteras, los poderes públicos deberían adoptar múltiples decisiones para configurar el régimen de las mismas.

Así, por una parte, deberá escogerse la modalidad de adquisición y pago de las viñetas, definiendo los sistemas de verificación de su efectiva posesión, y, en su caso, habrá de establecerse el método de abono de los peajes. En este punto, parece oportuno avanzar hacia métodos de viñeta electrónica o de telepeaje, que permitan la contratación y el pago a través de dispositivos móviles y la vinculación a cuentas corrientes, así como su verificación automática mediante mecanismos de lectura de matrícula o de extracción de información de dispositivos instalados en el interior de los vehículos. Todo ello con respeto de la regulación europea existente en materia de interoperabilidad y telepeaje (65).

A la hora de implementar la infraestructura tecnológica necesaria, en la actualidad existe una inigualable posibilidad de financiación, como es la propia del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, integrado en el instrumento NextGenerationEU (66). A través de dicho Mecanismo, que contiene partidas dedicadas específicamente a la digitalización de la Administración y de la economía, podrían financiarse las actuaciones de desarrollo e instalación de la red de vigilancia y gestión de los peajes o las

(63) De acuerdo con lo dispuesto expresamente en el artículo 7.1 de la Directiva 1999/62/CE.

(64) El margen nacional se entiende sin perjuicio, claro, de las reglas de la Unión relativas a vehículos pesados que circulan por vías que integran la red transeuropea de carreteras, o por otras autopistas, en las que se hayan establecido modalidades de pago.

(65) Así, la ya referida Directiva 2004/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, el artículo 7 undecies de la Directiva 1999/62/CE, o la Decisión de la Comisión Europea, de 6 de octubre de 2009, relativa a la definición del Servicio Europeo de Telepeaje y sus elementos técnicos

(66) Para aproximarse al instrumento NextGenerationEU, sus distintos componentes y las cuantías asignadas a los distintos Estados miembros, pueden consultarse el apartado web de la Comisión Europea «Plan de recuperación para Europa»: https://ec.europa.eu/info/strategy/recovery-plan-europe_es#nextgenerationeu

tasas, bien las mismas se ejecuten por la propia Administración o bien por empresas especializadas contratadas al efecto. De igual manera, habría ocasión de financiar a través de subvenciones, si esta alternativa se considerase idónea, la adquisición por parte de los conductores de dispositivos electrónicos que permitan verificar que se circula con un título en vigor, así como que faciliten también la adquisición automática y el cargo de dichos títulos (67).

Por otro lado, deberá determinarse qué vehículos y qué vías se gravan, qué cantidades habrán de abonarse, así como, en el caso de las tasas, qué periodos de duración se someten a pago. En este sentido, sin perjuicio del amplio margen de decisión en manos de los Estados miembros, deben tenerse en consideración las limitaciones espaciales, temporales y de cálculo de las tarifas que se recogen en la normativa de la Unión, cuando se entra en su ámbito de aplicación (68).

En cuanto a la definición de qué concretas vías deben someterse a pagos por uso, lo cierto es que la justificación para su establecimiento es universal, y abarcaría a cualquier tipo de carretera. Y ello porque toda carretera, con independencia de sus características, se amortiza y requiere de mantenimiento y conservación. Sin embargo, lo habitual en otros Estados ha sido exigir pagos únicamente para las vías de mayores prestaciones, como las autopistas.

Esta limitación a las vías de comunicación de mayor calidad y más seguras se ampararía, quizás, en los mayores costes de construcción y mantenimiento existentes, así como en el disfrute de vías que superan los estándares básicos necesarios para la circulación. Por otra parte, se evita unificar totalmente el coste de los desplazamientos para los ciudadanos de distintas partes del territorio, equiparando a aquellos que tienen a su disposición redes de comunicación de alta capacidad con los que, como en el ámbito rural de la España interior, apenas cuentan con una red mínima. En cualquier caso, la decisión a adoptar por los gestores

(67) De hecho, en lo que se refiere al otorgamiento de subvenciones vinculadas a los fondos del Instrumento Europeo de Recuperación, se han introducido diversas medidas de flexibilización, para cuyo análisis se recomienda la consulta de CASTELLANOS GARIJO, M. (2021), «Medidas de agilización de las subvenciones financiadas con fondos europeos». En C. CAMPOS ACUÑA (Dir.), *La gestión de los Fondos Next Generation*, (págs. 407-442), WOLTERS KLUWER, o FONT I LLOVET, T. (2021), «Nuevo régimen de subvenciones en el Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, para la modernización de la Administración pública y la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia». *Cuadernos de Derecho Local*, 55, págs. 115-142.

(68) Aplicación de las distintas previsiones contenidas en la Directiva 1999/62/CE. Sobre estas cuestiones, puede consultarse MOLINOS RUBIO, L.M. (2015), «El gravamen a los vehículos pesados de transporte de mercancías por carretera: protección de la atmósfera y fiscalidad: aproximación a la Euroviñeta». En A. EMBID IRUJO y A.M. AMAYA ARIAS (Dirs.), *Agua, energía, cambio climático y otros estudios de Derecho ambiental*, (págs. 475-498), Aranzadi.

públicos sobre este particular parece que se basará más en criterios de oportunidad que en una justificación técnico-económica (69).

A su vez, habría de determinarse qué vehículos se someten a gravamen mediante las tasas o peajes, pudiendo extenderse las mismas a cualquier vehículo o únicamente a aquellos de mayores dimensiones, dedicados habitualmente a actividades profesionales. Es cierto que los vehículos de mayores dimensiones, y peso, suelen realizar un uso más intensivo de las vías, en tiempo y desgaste de los firmes, pero ello no implica, necesariamente, que el resto de conductores no hayan de asumir parte de los costes de conservación. Si se optase por establecer pagos exclusivamente para vehículos pesados se minoraría de forma notable la capacidad de recaudación, máxime si se tiene en cuenta que los profesionales podrían deducirse en sus declaraciones fiscales los pagos realizados, por estar vinculados a su actividad económica (70). Para mantener la capacidad de recaudación necesaria, a través del gravamen exclusivo de vehículos pesados, se requeriría emplear tasas o peajes de cuantía muy elevada, que perjudicarían a la industria y al comercio nacionales, muy dependientes del transporte por carretera.

En cualquier caso, la presencia de intereses públicos sí vendría a justificar la exención de tasas o peajes para vehículos de las Fuerzas Armadas, Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, bomberos, ambulancias, autoridades judiciales, servicios de emergencia, conservación de carreteras o Protección Civil (71). Así, salvo con dichas excepciones, parece que las tasas o peajes habrían de ser abonadas por la generalidad de los vehículos, sin perjuicio de que las contribuciones pudieran variar en función del concreto vehículo considerado.

De este modo, cuando se identifiquen distintos costes a recuperar mediante los gravámenes será posible fijar cuantías diferentes (72). Así, por una parte, los costes derivados de la amortización de las inversiones, los costes de establecimiento y gestión de los peajes o los costes

(69) Acerca de este particular, como orientación, se baraja la posibilidad de introducir mecanismos de pago por uso en las carreteras de «alta intensidad», según se desprende del *Plan de recuperación transformación y resiliencia*, del Gobierno de España, de abril de 2021, pág. 134.

(70) Deducibilidad, esta, que sería predicable tanto nos refiramos al Impuesto sobre Sociedades, como al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o al Impuesto sobre el Valor Añadido.

(71) De hecho, la actual regulación exime a estos vehículos del pago de peajes, allí donde estuvieran establecidos, de acuerdo con el artículo 23 de la Ley 37/2015, de 29 de septiembre, de carreteras.

(72) La vinculación entre la fijación de las tarifas en peajes y tasas y los costes que pueden internalizarse por los usuarios se estudia por parte de PARDO VEGEZZI, J.M. y LÓPEZ LEZA, L. (2011), «La tarificación de infraestructuras e internalización de costes externos». *Carreteras: Revista técnica de la Asociación Española de la Carretera*, 177, págs. 24-34.

indirectos de la estructura organizativa parecen equivalentes para cualquier tipo de usuario de las vías, por lo que no debieran llevar a diferenciaciones. Por el contrario, los costes de mantenimiento y reparaciones sí podrían imputarse en mayor medida a aquellos vehículos que más los generan, siendo esencial barajar una variable como el peso del vehículo.

De igual manera, pueden identificarse algunas externalidades negativas, vinculadas a la contaminación atmosférica o acústica, para las que deberá regir el principio de «quien contamina paga» (73). Así, por ejemplo, cabrá distinguir en función del volumen de emisiones y del ruido producido por cada vehículo, para lo que podría ser de utilidad el sistema de distintivos ambientales.

En particular, por lo que se refiere a las tasas, habría de definirse la duración vinculada al abono de las mismas, cabiendo varias posibilidades como, por ejemplo, tasas diarias, semanales, mensuales o anuales, según sea el tiempo por el que permiten circular por la infraestructura gravada. A este respecto, dentro del ámbito de armonización de la Unión, se fijan relaciones de coste máximas entre dichas tasas periódicas y se habilita la posibilidad de que los Estados miembros exijan a los vehículos matriculados en su territorio tasas exclusivamente anuales (74). El legislador de la Unión pretende evitar discriminaciones contra transportistas de otros Estados, que solamente usen de forma puntual las carreteras de un país. En conexión con esta finalidad, si se optase por la fijación de tasas periódicas, deberá asegurarse que las mismas se aplican efectivamente tanto a los vehículos nacionales como a los de Estados terceros, pues lo contrario supondría una injustificada discriminación por razón del origen (75).

Las tasas y los peajes no deberían servir para que los costes de las infraestructuras se recuperen mediante el gravamen desproporcionado de los vehículos no nacionales, pues los cobros se amparan en el efectivo

(73) La necesidad de que la tributación del transporte por carretera se ajuste al principio de «quien contamina paga» se ha subrayado en el *Libro blanco Hoja de ruta hacia un espacio europeo de transporte: por una política de transportes competitiva y sostenible*, de la Comisión Europea, de 28 de marzo de 2011, apartados 74 a 80.

(74) Artículo 7bis.1 de la Directiva 1999/62/CE.

(75) La justicia de la Unión ha tenido ocasión de pronunciarse sobre estas cuestiones, considerando contrario al Derecho de la Unión que las tasas por uso de carreteras que se abonan por vehículos matriculados en Alemania se descuenten posteriormente del impuesto anual de circulación de dichos vehículos, pues con ello se favorece exclusivamente a los propietarios de vehículos matriculados en dicho país. De igual manera, dicha situación implica que las tasas se abonan de forma efectiva solamente por los conductores de vehículos matriculados fuera de Alemania. Lo anterior supondría una discriminación indirecta por razón de la nacionalidad, prohibida, de acuerdo con la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 18 de junio de 2019, Austria/Alemania, asunto C-591/17, apartados 47 y siguientes.

uso de las vías que dichos vehículos realizan (76). Deben evitarse, por tanto, soluciones discriminatorias respecto del tráfico internacional de vehículos. Sin embargo, esta prohibición alcanza también al plano exclusivamente interno, respecto de medidas que favorezcan o perjudiquen de forma injustificada a conductores de una determinada parte del territorio nacional (77).

Conocidos los parámetros anteriores, lo ideal sería establecer un sistema de tasa o peaje único para todas las vías del país sometidas a gravamen. Por una parte, la armonización debería alcanzar a la parcela tecnológica, a fin de evitar que los conductores deban utilizar distintos dispositivos o programas en función de cuál sea la Administración gestora de una determinada vía. De igual manera, la armonización habría de afectar también a la definición de las vías cuyo uso se grava y a las cuantías a abonar, para evitar desequilibrios territoriales y sensaciones de injusticia. De este modo, si se optase por las tasas, la adquisición de una viñeta sería única para el uso de todas las vías gravadas y, si se optase por los peajes, la cuantía por kilómetro habría de ser idéntica en todo el territorio nacional. Ello no significa que no puedan establecerse distinciones en las tarifas según cuáles sean las características de las carreteras, pues los costes que se pretenden resarcir no son idénticos, pero estas diferencias no deberán basarse en quién sea la Administración titular o gestora (78).

Los fondos recaudados de forma unificada podrían después distribuirse entre las distintas Administraciones interesadas a partir de parámetros objetivos, obtenidos a partir de los sistemas de control establecidos, como sería el efectivo tráfico que se haya observado en sus vías.

(76) Así, dentro del marco de armonización comunitaria, sería contrario al Derecho de la Unión establecer peajes sustancialmente más elevados para trayectos totales de una carretera, desarrollados principalmente por vehículos con origen y destino en otro Estado, manteniendo en niveles proporcionalmente más bajos algunos trayectos parciales de dicha carretera, que suelen desarrollarse por vehículos matriculados en el Estado miembro que fija el gravamen. Ello, de acuerdo con la Sentencia del Tribunal de Justicia, de 26 de septiembre de 2000, Comisión Europea/Austria, asunto C-205/98, apartados 64 a 88.

(77) Las reflexiones pueden extenderse también al plano interno, en caso de surgir discriminaciones no justificadas entre los costes que hubieran de asumirse por los conductores que se desplazan con origen y destino fuera de un determinado territorio español, y aquellos que únicamente se desplazan en el interior de dicho territorio. En virtud de este criterio, se ha anulado la Norma Foral 7/2016, de 15 de diciembre, por la que se regula el canon de utilización de determinados tramos de las carreteras de alta capacidad A-15 y N-1 del Territorio Histórico de Guipúzcoa. Anulación que ha tenido lugar mediante Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sección 1.ª), de 9 de abril de 2018 (recurso 22/2017), recientemente confirmada en casación por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo (Sección 2.ª), de 18 de febrero de 2021 (recurso 4191/2018), Fundamento Jurídico 3.º.

(78) Así, el peaje podría ser distinto para las autopistas y para las vías convencionales. Sin embargo, el mismo habría de ser idéntico para todas las autopistas y vías convencionales de características similares, con independencia de quien fuese la Administración titular de la carretera.

Estos fondos podrían ser destinados por cada Administración a la conservación y mejora de las carreteras, utilizando para ello el medio que consideren más eficiente, bien sea la contratación de terceros o bien la ejecución por los propios servicios. De igual manera, los excedentes podrían aplicarse también a mejoras de las redes de infraestructuras de carretera o a medidas de compensación ambiental.

D. ¿QUÉ MODALIDAD HABRÍA DE ESCOGERSE EN NUESTRO PAÍS?

A la hora de decidir qué fórmula habría de emplearse en nuestro país, bien tasas o bien peajes, debería partirse de la incompatibilidad entre las mismas. Así, no deberán imponerse, de forma simultánea, un peaje y una tasa por el uso de un mismo tramo de carretera, ya que la finalidad perseguida por ambas figuras es equivalente y se estaría produciendo un indebido doble gravamen. No obstante lo anterior, en concretas infraestructuras donde las inversiones y costes de conservación y mantenimiento fueran excepcionalmente elevados, cabría que las eventuales tasas se complementaran con peajes, en caso de que las tasas no sirvieran para absorber correctamente la totalidad de los costes. Sería esta la situación, por ejemplo, de grandes infraestructuras, como viaductos, puentes, túneles o puertos de montaña (79).

Con esta inicial prevención, debería comenzarse por un análisis de los recursos disponibles, de las soluciones tecnológicas existentes, del coste de su adquisición y mantenimiento en relación con los ingresos que podrían obtenerse, y de las capacidades de comprensión y manejo de dispositivos por parte de los ciudadanos. A partir de dichos datos, y sin perjuicio de los concretos resultados del análisis, parece que lo idóneo sería seguir un enfoque progresivo e incremental, en el que se pasara de soluciones más sencillas y menos costosas a herramientas de mayor complejidad y coste.

De este modo, podría comenzarse por el establecimiento de una tasa, que requiere de un menor despliegue de recursos de gestión y de verificación y que es más fácilmente comprensible por los ciudadanos. De hecho, si se considerara imprescindible, a la vista de las capacidades existentes, podría comenzarse por un modelo mixto, en el que coexistiera la viñeta electrónica con una viñeta física. De igual manera, la extensión podría limitarse inicialmente a un menor número de vías, en las que fuera más sencillo y rentable desplegar los sistemas de control necesarios.

(79) En particular, en el marco del Derecho de la Unión, se permite expresamente este doble gravamen para puentes, túneles o puertos de montaña en el artículo 7.2 de la Directiva 1999/62/CE.

A medio plazo, con la experiencia adquirida, debería consolidarse el uso de sistemas de viñeta electrónica, cuya contratación y pago tuvieran lugar de forma automática al circular por las vías tarifadas, sin requerir la intervención de los usuarios. Este sistema de viñeta electrónica, además, habría de extenderse paulatinamente al conjunto de carreteras que se hubiera considerado oportuno gravar.

Una vez se hubiera implantado y perfeccionado la tasa por uso de carreteras, y se hubiera adquirido la experiencia suficiente en la gestión, podría plantearse avanzar hacia modelos de peaje, que gravasen el efectivo uso de las vías por los conductores. El despliegue de la red tecnológica necesaria para adquirir y verificar viñetas electrónicas, así como su progresiva utilización por los usuarios, abonarían el terreno para aproximarse a una solución más compleja, como es la de la generalización de los peajes. El peaje, por tanto, aparecería como solución definitiva, en caso de optarse por sistemas de pago, pues permite una distribución más justa de las cargas, asignando los específicos costes y externalidades derivadas de los desplazamientos a aquellos sujetos que efectivamente se desplazan, y posibilita la discriminación en función de la intensidad de dichos traslados.

Por otra parte, establecida la infraestructura tecnológica necesaria para la gestión automatizada de peajes, sería relativamente sencillo introducir ciertas medidas de política social o territorial debidamente justificadas, como la fijación de tarifas reducidas para ciertas zonas, colectivos o causas de desplazamiento. Sin embargo, estas cuestiones se separan ya de la estricta financiación de las carreteras, pues pretenden atender a otras necesidades distintas, por lo que exceden el objeto del presente trabajo.

V. Conclusiones

A la hora de abordar el mantenimiento y conservación de las carreteras españolas existen distintos modelos de financiación alternativos, que se sustentan bien en la gratuidad para los usuarios de las vías o bien en el abono de pagos por el uso dichas infraestructuras.

Con independencia de cuál sea la alternativa escogida por los poderes públicos, las características esenciales con las que ha de cumplir el sistema son idénticas. Así, el modelo de financiación del transporte deberá ser estable y basarse en criterios predecibles, de modo que se eliminen la incertidumbre y la volatilidad que actualmente acompañan a las partidas que anualmente se dedican a las carreteras(80). De igual manera, el sis-

(80) A estas finalidades atiende expresamente la consulta pública previa del *Anteproyecto de ley de movilidad sostenible*.

tema de financiación deberá asegurar la suficiencia de los fondos existentes para cubrir, como mínimo, las cuantías necesarias para garantizar que el mantenimiento y conservación de las infraestructuras se sitúan en un grado adecuado.

La exigida estabilidad de los fondos dedicados a financiar las carreteras desaconseja políticas de «plan de choque» en las que se movilizan cuantiosos recursos económicos puntuales para paliar deficiencias derivadas de un defectuoso mantenimiento (81). Este enfoque de carácter esencialmente reactivo, lleva a operar cuando el problema ya se ha hecho patente, lo que incrementa de forma notable el coste y las afectaciones para el tráfico. Por el contrario, lo deseable es adoptar un enfoque preventivo que, mediante trabajos continuos, permite anticiparse y evitar el surgimiento de deficiencias graves, con el consiguiente ahorro presupuestario. Una buena gestión exigirá, por tanto, adoptar una visión estratégica del mantenimiento y conservación de carreteras, evitándose actuaciones cortoplacistas.

Sin perjuicio de estas premisas, lo cierto es que, en la actualidad, el estado de conservación de las carreteras españolas sí exigiría un «plan de choque», que paliara las deficiencias graves observadas en ciertas vías, derivadas de un defectuoso mantenimiento y de un déficit de fondos acumulado. Dicho plan de choque, de naturaleza excepcional, permitiría reestablecer las infraestructuras a un estado adecuado que, posteriormente, habría de ser mantenido mediante un programa de actuaciones estable.

El mantenimiento y conservación estables pueden alcanzarse a través de modelos de gratuidad, en los que la financiación necesaria proviene de los presupuestos de las Administraciones implicadas. A este respecto, existen distintos tributos que, de forma directa o indirecta, conectan con la titularidad o el uso de vehículos, y que podrían proporcionar financiación suficiente. Sin embargo, ante la inexistencia de una vinculación de dichos ingresos con los gastos que han de abordarse, la suficiencia y estabilidad de la financiación quedarían supeditadas a vaivenes políticos o a las necesidades de financiación de otras políticas que puedan considerarse prioritarias.

Es por ello que sería deseable establecer modelos de pago por uso, que permiten liberar fondos públicos para atender a otras partidas de gasto, máxime en un contexto económico recesivo, donde las necesidades sociales a cubrir son crecientes y donde acudir al endeudamiento adicional resulta poco recomendable. Estos sistemas, además, permiten alcanzar mayores niveles de estabilidad en la financiación, pues las tarifas

(81) Defienden esa postura ESTRADA FERNÁNDEZ, J. A. y SÁEZ VILLAR, J. P. (2016), pág. 50.

fijadas pueden ajustarse a los costes esperados y a un uso de las carreteras que suele experimentar pocas variaciones en el corto plazo. De igual modo, estas modalidades permiten gravar a quien efectivamente disfruta de las vías y avanzar hacia la autofinanciación de las infraestructuras por parte de sus usuarios.

Si se optase por implantar técnicas de pago por el uso de infraestructuras, debería asegurarse un cierto grado de uniformidad territorial en la aplicación de las mismas, de modo que se lograra evitar una ya tradicional sensación de injusticia surgida entre los ciudadanos de distintas zonas del país, que perciben como arbitrario que la utilización de vías de características equivalentes implique un coste en ciertos territorios y en otros sea gratuita.

Igualmente, el establecimiento de estos modelos, bien se recurra a tasas —vinculadas a la duración del uso— o a peajes —que gravan la distancia recorrida— requiere adoptar múltiples decisiones para configurar su régimen. Así, deberá determinarse qué vehículos y qué vías se gravan, qué cantidades habrán de abonarse, y, en el caso de las tasas, qué periodos de duración se someten a pago. De igual manera, se deberán definir los métodos de adquisición de títulos, pago de las gravámenes y verificación del correcto abono por los usuarios, así como la infraestructura tecnológica que resulta necesaria al efecto.

Para tomar estas decisiones, en primer lugar, habría de realizarse un análisis de los recursos disponibles, de las soluciones tecnológicas existentes, del coste de su adquisición y mantenimiento en relación con los ingresos que podrían obtenerse, y de las capacidades de comprensión y manejo de dispositivos por los ciudadanos. A partir de dichos datos, y sin perjuicio de los concretos resultados del análisis, parece que lo idóneo sería seguir un enfoque progresivo e incremental, en el que se pasara de soluciones más sencillas y menos costosas a herramientas de mayor complejidad y coste.

De este modo, podría comenzarse por el establecimiento de una tasa, que requiere de un menor despliegue de recursos de gestión y de verificación, y que puede comprenderse más fácilmente por los ciudadanos. Una vez se hubiera implantado y perfeccionado la tasa por uso de carreteras, y se hubiera adquirido la experiencia suficiente en la gestión, podría plantearse avanzar hacia modelos de peaje, que gravasen el efectivo uso de las vías por los conductores y que permitiesen una distribución más justa de las cargas que han de asumirse.

En cualquier caso, a la hora de definir el sistema a seguir y de implementar la infraestructura tecnológica necesaria, existe en la actualidad una inigualable posibilidad de financiación, como es la propia del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, integrado en el instrumento NextGenerationEU. Y es que, a través de los fondos consignados en dicho Mecanismo, vincu-

lados a la digitalización de la Administración y de la economía, podrían financiarse las actuaciones de desarrollo e instalación de la red de vigilancia y gestión de los peajes o las tasas, o podría subvencionarse la adquisición de dispositivos electrónicos por los conductores.

VI. Bibliografía

- CASTELLANOS GARIJO, M. (2021), «Medidas de agilización de las subvenciones financiables con fondos europeos», en C. CAMPOS ACUÑA (Dir.), *La gestión de los Fondos Next Generation*, (págs. 407-442), Wolters Kluwer.
- CHANG, C.M., QIAO, F., ABDALLAH, I.N. et al. (2017), *Quantification of the Impact of Roadway Conditions on Emissions*. Center for Transportation Infrastructure Systems.
- DE LAS HERAS MOLINA, J., GÓMEZ SÁNCHEZ, J. y VASSALLO MAGRO, J.M. (2016), «Establecimiento de las bases teóricas de las tecnologías de cobro electrónico de peaje para su incorporación en el Sistema Europeo de Telepeaje» en *Cuadernos Tecnológicos de la Plataforma Tecnológica Española de la Carretera*, 2/2015, págs. 1-63.
- ESTRADA FERNÁNDEZ, J.A. y SÁEZ VILLAR, J.P. (2016), «La explotación, mantenimiento y conservación de las carreteras», en *Revista de Obras Públicas*, 3574, págs. 37-54.
- FALCÓN Y TELLA, R. (2004), «Las tasas y peajes por el uso de infraestructuras (Directiva “Euroviñeta”): ¿contraprestaciones o medidas fiscales?», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 19, págs. 907-916.
- FERNÁNDEZ ACEVEDO, R. (2016), «Mantenimiento del equilibrio económico y responsabilidad patrimonial como técnicas de moderación del riesgo concesional», en E. BOCKMANN MOREIRA (Coord.), *Contratos administrativos, equilibrio economico-financiero e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas*, (págs. 253-282), Fórum.
- FONT I LLOVET, T. (2021), «Nuevo régimen de subvenciones en el Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, para la modernización de la Administración pública y la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia» en *Cuadernos de Derecho Local*, 55, págs. 115-142.
- GALLEGO CÓRCOLES, I. (2016), «El derecho al reequilibrio económico de los contratos en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo» en *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, 142, págs. 52-61.
- GAMALLO DE CABO, J. (2011), Los contratos de conservación integral de carreteras y su estructura. *Cimbra: Revista del Colegio de Ingenieros Técnicos de Obras Públicas*, 395, págs. 44-51.
- GARCÉS SANAGUSTÍN, M. (2012), «En torno a la colaboración», en F. LAGUNA SANQUIRICO (Coord.), *El futuro de la colaboración del sector privado con el sector público*, (págs. 45-52), Fundación Ramón Areces.

- GIMENO FELIÚ, J.M. (2017), «La remunicipalización de servicios públicos locales: la necesaria depuración de conceptos y los condicionantes jurídicos desde la óptica del derecho europeo», en *Cuadernos de Derecho Local*, 43, págs. 31-78.
- GIMENO FELIÚ, J.M. (2019), *La Ley de Contratos del Sector Público 9/2017. Sus principales novedades, los problemas interpretativos y las posibles soluciones*. Aranzadi.
- GIMENO FELIÚ, J.M., SALA SÁNCHEZ, P. y QUINTERO OLIVARES, G. (2017), *El interés público y su satisfacción con la colaboración público-privada: Fundamentos, equilibrios y seguridad jurídica*. Cambra Oficial de Comerç, Indústria, Serveis i Navegació de Barcelona.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, J., VASSALLO MAGRO, J.M. y LÓPEZ GALDÓS, J. (2012), «Financiación de la conservación de carreteras una visión internacional», en *Carreteras Revista técnica de la Asociación Española de la Carretera*, 186, págs. 46-58.
- GREENE, S., AKBARIAN, M., ULM, F.J. y GREGORY, J. (2013), *Pavement Roughness and Fuel Consumption*. Massachusetts Institute of Technology Paper.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. L. (2017), «La depuración de las técnicas de equilibrio económico aplicables a la concesión de servicios de transporte regular de viajeros (comentario de la STS 1868/2016, de 20 de julio)» en *Revista de Administración Pública*, 202, págs. 205-222.
- LAZO VITORIA, X. (2018), «El riesgo operacional como elemento delimitador de los contratos de concesión», en J.M. GIMENO FELIÚ (Dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, (págs. 517-544), Aranzadi.
- LAZO VITORIA, X. y LÓPEZ MORA, M. E. (2020), «Reequilibrio económico de las concesiones en tiempos de Covid-19», en J.M. GIMENO FELIÚ (Dir.) y M.C. DE GUERRERO MANSO (Coord.), *Observatorio de los contratos públicos 2019*, (págs. 169-192), Aranzadi.
- LÓPEZ MORA, M.E. (2019), *El nuevo contrato de concesión: El riesgo operacional*. Atelier.
- MARCOU, G. (2000), «Financiación privada de infraestructura y equipamientos públicos (La experiencia francesa)», en *Estudios Socio-Jurídicos*, 2(1), págs. 43-96.
- MILANÉS, J.S. y NUCHE, I. (2013), «Pago por el uso de las carreteras», en *Revista de Obras Públicas*, 3.544, págs. 51-56.
- MOLINOS RUBIO, L.M. (2015), «El gravamen a los vehículos pesados de transporte de mercancías por carretera: protección de la atmósfera y fiscalidad: aproximación a la Euroviñeta», en A. EMBID IRUJO y A.M. AMAYA ARIAS (Dirs.), *Agua, energía, cambio climático y otros estudios de Derecho ambiental*, (págs. 475-498), Aranzadi.
- NISKANEN, E. y NASH, C. (2008), «Road Pricing in Europe - A Review of Research and Practice», en C. JENSEN-BUTLER *et al.* (Eds.), *Road Pricing, the Economy and the Environment*, (págs. 5-27), Springer.

- PARDO VEGEZZI, J.M. y LÓPEZ LEZA, L. (2011), «La tarificación de infraestructuras e internalización de costes externos», en *Carreteras: Revista técnica de la Asociación Española de la Carretera*, 177, págs. 24-34.
- PEIRÓ BAQUEDANO, A.I. (2019), *El sistema de reparto de riesgo en las concesiones: hacia una nueva gobernanza*. Aranzadi.
- PEMÁN GAVÍN, J.M. (1992), «Sobre la regulación de las carreteras en el Derecho español: una visión de conjunto», en *Revista de Administración Pública*, 129, págs. 117-162.
- SÁNCHEZ REY, A. y SANCHO GÓMEZ, F. (2011), «Pago por uso de carreteras: dónde, cuándo y cómo, Tecnologías y otros factores a considerar en la tarificación de carreteras», en *Revista de Obras Públicas*, 3.527, págs. 7-24.
- TORNOS MAS, J. (2018), «La tarifa como forma de retribución de los concesionarios de servicios de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 74, págs. 14-19.
- TORNOS MAS, J. (2020), «COVID-19, contratos concesionales y reequilibrio económico», en J.M. GIMENO FELIÚ (Dir.) y M.C. DE GUERRERO MANSO (Coord.), *Observatorio de los contratos públicos 2019*, (págs. 113-146), Aranzadi.
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. (2018), «Apuesta por una revisión estratégica del modelo concesional: punto de partida y planteamientos de futuro», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 74, págs. 52-61.
- VASSALLO MAGRO, J.M. y LÓPEZ SUÁREZ, E. (2009), *Efectos de la aplicación de una política de tarificación de infraestructuras a los vehículos pesados*. Abertis.



El Estado de Derecho frente al COVID: reserva de ley y derechos fundamentales

The Rule of Law against COVID:
Reservation of law and fundamental rights

JAVIER TAJADURA TEJADA

Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea
javier.tajadura@ehu.eus

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.120.2021.04>

LABURPENA: Azterketa honen xedea hau da: kritikoki aztertzea ea COVID-19aren kontrako borrokaren testuinguruan askatasuna (zirkulazio askerako eta biltzeko eskubidea, funtsean) murrizteko onetsitako neurri ugariak konstituzioan sartzen diren. Ez dago eztabaidagai neurri horiek, kasu gehienetan, beharrezkoak direla, baina bai neurriak nola hartu dituzten. Pandemiaren aurkako borroka egiteko moduari jarritako eragozpen juridiko nagusia da lege-erreserba urratu duela, eta, horrekin batera, segurtasun juridikoaren printzipioari ere kalte egin zaiola. Azterlanak eskema honi jarraitzen dio: lehenik eta behin, lege-erreserbaren konstituzio-esanahia eta -irismena azaltzen dira, gure Konstituzio Auzitegiaren doktrina eta jurisprudentzia finkatuaren arabera; bigarrenik, aztertzen da ea normaltasunaren zuzenbideak (Osasun Publikoaren Arloko Neurri Bereziei buruzko 3/1986 Lege Organikoa, zehazki), oinarritzko eskubideak orokorrean mugatzeko, erreserba horren eskakizunak asetzen dituen edo ez; hirugarrenik, aztertzen da ea, krisi- edo salbuespen-zuzenbidearen barruan, hartutako neurriek alarma-egoeran estaldura egokia duten edo haietakoren batek salbuespen-egoera aktibatzea behar izango zuen; azkenik, kritikoki azaltzen da eskubideak murrizteko neurriak hartzeko esku-mena Gobernuak kideei edo autonomia-erkidegoen presidenteei eskuordetzeak eragin duen lege-erreserbaren urraketa.

HITZ GAKOAK: Zuzenbide-estatua. Lege-erreserba. Segurtasun juridikoa. Oinarritzko eskubideen mugak. Krisi-zuzenbidea. Alarma- eta salbuespen-egoera.

ABSTRACT: The scope of this study is to critically analyze the constitutional fit of the numerous measures restricting freedom - the right to free movement and assembly, fundamentally - that have been approved in the context of the fight against COVID 19. It is not discussed that, in most cases, they are necessary measures, but the way and the form in which they have been adopted are. The main legal objection to the way in which the fight against the pandemic has been carried out is that the reservation of law has been violated and with this the principle of legal certainty has also been damaged. The study follows the following scheme: in the first place, the constitutional meaning and scope of

the reservation of law according to the doctrine and consolidated jurisprudence of our Constitutional Court are exposed; secondly, it examines whether the law of normality (specifically LO 3/1986 on Special Measures in Public Health Matters) satisfies or not the requirements of this reservation in order to establish limitations of fundamental rights in a general way; thirdly, it examines whether within the crisis or emergency law, the different measures adopted have adequate coverage in the state of alarm or some of them would have required to activate the state of exception; finally, it critically exposes the violation of the reserve of law that has meant the delegation of the competence to adopt restrictive measures of rights in members of the Government or in presidents of Autonomous Communities.

KEYWORDS: Rule of Law. Reservation of law. Legal certainty. Limits of Fundamental Rights. Crisis Law. State of alarm and exception.

RESUMEN: El objeto de este estudio es analizar críticamente el encaje constitucional de las numerosas medidas restrictivas de la libertad —el derecho a la libre circulación y de reunión, fundamentalmente— que se han aprobado en el contexto de la lucha contra el COVID 19. No se discute que, en la mayor parte de los casos, son medidas necesarias, pero sí el modo y la forma en que se han adoptado. La principal objeción jurídica al modo en que se ha llevado a cabo la lucha contra la pandemia es que se ha vulnerado la reserva de ley y con ello se ha lesionado también el principio de seguridad jurídica. El estudio sigue el siguiente esquema: en primer lugar se exponen el significado y alcance constitucionales de la reserva de ley según la doctrina y la jurisprudencia consolidada de nuestro Tribunal Constitucional; en segundo lugar, se examina si el Derecho de la normalidad (concretamente la LO 3/1986 de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública) satisface o no las exigencias de esa reserva a los efectos de establecer limitaciones de derechos fundamentales con carácter general; en tercer lugar se examina si dentro del Derecho de crisis o de excepción, las diferentes medidas adoptadas tienen cobertura adecuada en el estado de alarma o algunas de ellas hubieran requerido activar el estado de excepción; finalmente, se expone críticamente la vulneración de la reserva de ley que ha supuesto la delegación de la competencia para adoptar medidas restrictivas de derechos en miembros del Gobierno o en presidentes de Comunidades Autónomas.

PALABRAS CLAVE: Estado de Derecho. Reserva de ley. Seguridad jurídica. Límites de los derechos fundamentales. Derecho de crisis. Estado de alarma y excepción.

Trabajo recibido el 16 de febrero de 2021

Aceptado por el Consejo de Redacción el 21 de mayo de 2021

Sumario: I. COVID y Estado Constitucional.—II. La reserva de ley: origen y evolución del concepto.—III. La jurisprudencia constitucional sobre la reserva de ley.—IV. LOMESP vs LOEAES: ¿Derecho de la normalidad o Derecho de excepción?—V. Derecho de crisis y COVID: ¿Estado de alarma o estado de excepción?—VI. Reserva de ley y delegación de competencias.—VII. Otras vulneraciones de la reserva de ley.—VIII. Consideraciones finales.

I. COVID y Estado Constitucional

La pandemia del COVID-19 ha provocado una crisis sanitaria sin precedentes en nuestra época con gravísimas consecuencias económicas y sociales. La crisis ha repercutido también sobre nuestro ordenamiento constitucional que ha sido sometido a una dura prueba de resistencia. Tanto la parte orgánica como la parte dogmática de la Constitución se han visto afectadas por la necesidad de recurrir al Derecho de crisis o de excepción. Derecho cuyas notas distintivas son: por un lado, la centralización de las competencias en un mando único, y, por otro, la adopción de medidas limitadoras o suspensivas de derechos fundamentales.

En este sentido, Biglino ha subrayado que la pandemia del COVID ha provocado el impacto horizontal más intenso que se ha proyectado sobre nuestro orden constitucional en sus cuatro décadas de vigencia: «No me parece exagerado afirmar que, desde la entrada en vigor de la Constitución, ningún fenómeno ha tenido un impacto tan intenso sobre nuestro orden constitucional como el que ha generado la necesidad de hacer frente a la covid» (1).

El impacto, lamentablemente, ha sido muy negativo. No se han utilizado correctamente los instrumentos y los procedimientos previstos en nuestro ordenamiento. Se han quebrantado gravemente principios esenciales del Estado de Derecho como la reserva de ley y la seguridad jurídica. Se han producido vulneraciones de derechos fundamentales, algunas muy graves (2). El resultado de todo ello ha sido la generalización de un «caos jurídico» en términos gráficos y en modo alguno hiperbólicos empleados por constitucionalistas como Teruel Lozano o

(1) BIGLINO, P., «Introducción: los efectos horizontales de la covid» en *Los efectos horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*. Fundación Giménez Abad, Zaragoza, 2020. En las citas de los distintos capítulos de esta obra colectiva, una de las más completas sobre el tema, no indico página porque la versión electrónica de los mismos (única disponible) está sin paginar.

(2) En las Comunidades Autónomas de Galicia y del País Vasco Vasca se llegó a suspender el derecho de sufragio mediante disposiciones administrativas carentes de cobertura legal.

administrativistas como Jiménez-Blanco (3). Las causas de todo ello no son imputables a nuestro Derecho positivo que —a salvo de algunas posibles reformas que al final de este trabajo se apuntarán— cuenta con los instrumentos adecuados para afrontar una crisis de este tipo (el estado de alarma y el estado de excepción), sino a su incorrecta utilización por los poderes públicos competentes (Gobierno y Congreso de los Diputados). Compartimos plenamente la conclusión del profesor Aragón: «No tenemos un Estado fallido. Lo que tenemos es unos poderes públicos que han fallado en el cumplimiento de sus obligaciones» (4).

El objeto de este estudio es analizar críticamente el encaje constitucional de las numerosas medidas restrictivas de la libertad —el derecho a la libre circulación y de reunión, fundamentalmente— que se han ido aprobando para hacer frente a la pandemia. No se discute que, en la mayor parte de los casos, son medidas necesarias, pero sí el modo y la forma en que se han adoptado. A mi juicio, la principal objeción jurídica al modo en que se ha llevado a cabo la lucha contra la pandemia es que se ha vulnerado la reserva de ley en relación a la limitación de derechos fundamentales y con ello se ha lesionado también el principio de seguridad jurídica. En el estudio seguiré el siguiente esquema: en primer lugar expondré el significado y alcance constitucionales de la reserva de ley según la doctrina y la jurisprudencia consolidada de nuestro Tribunal Constitucional; en segundo lugar, examinaré si el Derecho de la normalidad (concretamente la LO 3/1986 de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, en adelante LOMESP) satisface o no las exigencias de esa reserva a los efectos de establecer limitaciones de derechos fundamentales con carácter general; en tercer lugar analizaré si dentro del Derecho de crisis o de excepción (arts. 55 y 116 CE), las diferentes medidas adoptadas tienen cobertura adecuada en el estado de alarma o hubieran requerido activar el estado de excepción; finalmente, expondré críticamente la vulneración de la reserva de ley que ha supuesto la aprobación tanto de Decretos Leyes, como de Decretos y sobre todo de numerosas órdenes ministeriales y disposiciones reglamentarias autonómicas que han limitado o suspendido derechos fundamentales.

(3) TERUEL LOZANO, G., «Desconcierto jurídico ante el rebrote de la pandemia: pinceladas aclaratorias», en <https://hayderecho.expansion.com>. JIMÉNEZ-BLANCO, A., «El tercer estado de alarma», en <https://www.globalpoliticsandlaw.com/2020/11/11/tercer-estado-alarma/>

(4) ARAGÓN, M., «Epílogo», en *Los efectos horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*. Fundación Giménez Abad, Zaragoza, 2020.

II. La reserva de ley: origen y evolución del concepto

La noción de reserva de ley surgió en el siglo XIX en un contexto histórico y político determinado: el Segundo Imperio Alemán. Tres fueron los presupuestos sociales, políticos e ideológicos que le otorgaron su significado y su sentido: la separación entre sociedad y estado, el principio monárquico, y el dogma de la personalidad jurídica del Estado.

Por un lado, el liberalismo clásico formuló la contraposición entre *civil society* y el Estado recurriendo a la doctrina del orden natural. Hay un orden inmanente al mundo (el mito del gran reloj) del que la sociedad participa. Los economistas escoceses —de los que Ferguson fue uno de sus más insignes representantes— negaron así las bases y fundamentos de la filosofía política contractualista. La sociedad sería lo natural, mientras el Estado, producto del contrato, representaría lo artificial(5). Posteriormente ese dualismo sociedad-estado se proyectó sobre la contraposición entre el principio democrático y el principio monárquico. En este marco, el Parlamento se configuró como un órgano de la sociedad frente al Monarca y el Poder Ejecutivo como órganos del Estado. El dualismo se proyectó sobre el sistema de fuentes, y la reserva de ley se vinculó desde su formulación inicial a la idea de que hay una serie de materias (libertad y propiedad) que solo los representantes de la sociedad pueden regular.

Por otro lado, en el Segundo Reich alemán en virtud de la plena vigencia del principio monárquico el titular de la soberanía era el Rey a quién correspondía la facultad de sancionar las leyes. Las Asambleas representativas o Parlamentos desempeñaban una función de limitación de ese poder. Con arreglo a los esquemas del positivismo clásico (P. Laband) la ley en sentido formal se definía como aquella decisión que procedía de la voluntad conjunta del Parlamento y del Monarca. En ese contexto era preciso determinar en qué ámbitos o respecto a qué materias el Rey no podía actuar sin la colaboración del Parlamento. Se alumbró para ello —en oposición al concepto formal de ley— un concepto material para el que resultó decisivo el dogma de la personalidad jurídica del Estado (O. Mayer).

No toda ley en sentido formal lo es en sentido material. Este no se construye sobre las notas de generalidad y universalidad sino sobre la de relación entre dos personas. Ley en sentido material es aquella norma que regula las relaciones existentes entre la persona estatal y otras per-

(5) DE VEGA, P., «Mundialización y Derecho Constitucional», en *Obras escogidas de Pedro de Vega*, CEPC, Madrid, 2017. pág. 284. Contra esos planteamientos reaccionó Hegel reivindicando al Estado como el único instrumento capaz de corregir las contradicciones e insuficiencias de la concepción liberal. Sobre la evolución de esta distinción y sus consecuencias para el Derecho Público, resulta esencial: ESTEVE PARDO, J., *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, Marcial Pons, Madrid, 2013.

sonas. Para el alumbramiento de este concepto resultó por ello imprescindible el surgimiento de la doctrina de la personalidad jurídica del Estado. Desde esta óptica no son leyes en sentido material (aunque lo sean en sentido formal) las que regulan las relaciones dentro del Estado, su organización interna, o las relaciones entre el Estado y quienes se encuentran respecto a él en una relación de sujeción especial (los funcionarios).

De esta forma, la reserva de ley se configuró como una garantía de la sociedad representada por el Parlamento frente al Rey. La ley —expresión de la voluntad conjunta del Rey y el Parlamento— puede regular cualquier materia. No se lesiona con ello las competencias del Rey-Ejecutivo puesto que este forma parte también del poder legislativo. Sin embargo, —y aquí la reserva de ley muestra su dimensión de garantía— el Rey no puede regular por sí solo (mediante Reglamentos) materias que afecten a la libertad o a la propiedad de los ciudadanos, esto es, en términos más amplios, a la sociedad. En todos los demás ámbitos —«no reservados a la ley»— el Rey conserva plenos poderes de regulación.

Debido a su concreto origen histórico, esta concepción dualista de la ley (formal y material) se consideró inaceptable e inútil allí donde no concurren los presupuestos mencionados y, especialmente, la vigencia del principio monárquico. Cuando el Parlamento no es un órgano que limite el poder soberano del Rey sino que se configura como el nuevo y único titular de la soberanía, carece de sentido hablar de un ámbito reservado a la ley. Tal es el caso del constitucionalismo francés y del europeo en general inspirado en sus principios (legicentrismo). Ley es todo acto o decisión que emane del legislador. Y solo en virtud de una habilitación legal puede el Ejecutivo hacer uso de su potestad reglamentaria (Carré de Malberg). En Francia (III y IV Repúblicas) no cabía hablar de reserva de ley porque la ley es la única vía existente para producir derecho nuevo.

La concepción dualista de la ley y la noción misma de reserva de ley fueron objeto de un contundente rechazo basado en el principio político democrático y en el principio jurídico de la soberanía parlamentaria y la consiguiente primacía absoluta de la ley. Ahora bien, este rechazo —como acertadamente denunció Rubio Llorente— «ignora lo que hay de universal y abstracto (en cuanto referido, al menos, a todas las democracias parlamentarias) en la necesidad de acotar el ámbito material reservado a la ley y sustraído, por tanto, incluso frente a la voluntad del legislador, a la potestad reglamentaria. Como es evidente, este acotamiento no puede hacerse si no es por referencia a la materia (no simplemente a la forma) de los preceptos legales» (6).

(6) RUBIO LLORENTE, F., «Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley (Sobre el problema del concepto de Ley en la Constitución)», en *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, tercera edición, CEPC, Madrid, 2012. Vol. III. pág. 881.

Los ordenamientos constitucionales del presente, edificados sobre el principio de legitimidad democrática no pueden, en modo alguno, prescindir del concepto de reserva de ley: «El ámbito reservado a la ley no es, ciertamente, en las Constituciones democráticas, el acotamiento negativo de la potestad nomotética de un poder no legitimado democráticamente, sino por el contrario, una limitación que la Constitución impone al poder que el legislador democrático (y único) tiene para atribuir a la Administración la facultad de regular por sí materias determinadas. Su razón de ser no está en una división de la soberanía, sino, cabría decir, en la radical limitación de todos los poderes constituidos, en la necesidad de preservar la separación entre Legislativo y Ejecutivo, que no resulta ya ‘naturalmente’ de su diverso origen y, por debajo de todo ello, como fundamento de la limitación y de la separación, en los valores supremos cuya vigencia la Constitución pretende asegurar» (7).

Al margen, por tanto, de las reservas de ley concretas que la Constitución establece, Rubio Llorente defiende la necesidad de operar con la reserva de ley como una categoría general del ordenamiento. Lo que obliga también a reintroducir un concepto material de ley. Y en la medida en que sus presupuestos originales han dejado de estar vigentes es preciso hacerlo sobre otros (8). A nuestro juicio, los principios de democracia y de Estado de Derecho pueden ser buenos fundamentos. En virtud del primero, corresponde y queda reservado a la representación popular, como único órgano dotado de legitimación democrática directa, todas las decisiones políticas que señalan directrices y líneas básicas del sistema. Entre ellas, sin duda, todas las normas configuradoras de los derechos fundamentales. El segundo es concreción de lo anterior. Corresponde «al legislador la competencia exclusiva para regular todos los ámbitos de libertad conectados con los derechos fundamentales, con independencia de que se trate de relaciones internas o externas del estado, pues entienden que los derechos fundamentales no solo son derechos de libertad, sino elementos fundamentales de derecho objetivo, cuyo contenido de garantía prestacional ha de ser preservado por la ley» (9).

En este nuevo escenario, la regulación y desarrollo normativo de los derechos fundamentales son uno de los principales ámbitos materiales reservados a la ley. Aunque preexisten al legislador necesitan su colabo-

(7) RUBIO LLORENTE, F., «Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley ...», *op. cit.* pág. 882. También, GARRORENA, Á., *El lugar de la ley en la Constitución española*, CEC, Madrid, 1980.

(8) El principio monárquico ha quedado arrumbado; la personalidad jurídica del Estado no se concibe ya como unidad de imputación sino de actuación y las relaciones internas del Estado también se regulan por ley. Esta no puede reducirse a la que regula relaciones entre el Estado y los ciudadanos; la distinción entre Estado y Sociedad se considera también superada, aunque a nuestro juicio conserva todavía mayor utilidad que la que usualmente se le reconoce.

(9) RUBIO LLORENTE, F., «Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley ...», *op. cit.* pág. 883.

ración. Y en cuanto que son limitados, la fijación de sus límites está igualmente reservada a la ley.

Los derechos fundamentales son el *leit motiv* del Estado constitucional(10). Son un elemento esencial del concepto político de Constitución tal y como aparece recogido en el artículo 16 de la Declaración francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano cuyo artículo 16 estableció que toda sociedad en la que los derechos no están garantizados y los poderes separados carece de Constitución. Los derechos fundamentales integran lo que se ha dado en llamar la parte dogmática de la Constitución. La parte orgánica vendría configurada por los preceptos que regulan la organización del Estado conforme al principio de división del poder. Ambas partes forman una unidad indisoluble porque como advirtiera Heller, «la libertad es siempre libertad organizada». Por ello, ya en la misma Declaración de Derechos citada se atribuyó a la ley la facultad de regular los derechos. Los revolucionarios franceses obviaron (y ese olvido se prolongó durante más de un siglo) que la ley podía también lesionar los derechos. Hubo que esperar al siglo xx para que, con el reconocimiento del carácter normativo de las constituciones, los derechos fundamentales pudieran ser cabalmente comprendidos como derechos que preexisten al legislador y lo vinculan. En ese contexto, la reserva de ley sigue siendo un elemento fundamental del Estado Constitucional —conectado tanto con el principio democrático como con el de Estado de Derecho— pero se trata de una ley que ya no es soberana y no goza de una primacía absoluta. La soberanía reside en la Constitución (como advirtieron Kelsen y Kriebe) y las leyes están subordinadas a aquella. Por lo que se refiere a los derechos fundamentales, su regulación y desarrollo se reserva a la ley que en todo caso deberá respetar su contenido esencial. Corresponde al Tribunal Constitucional controlar el respeto a las exigencias de la reserva de ley y a los límites que la Constitución impone al legislador (especialmente el respeto al contenido esencial de los derechos). Desde esta óptica, nuestro Tribunal Constitucional —en diálogo con otros Tribunales constitucionales e internacionales de Derechos Humanos— ha sentado una doctrina que debe ser el punto de partida para valorar y enjuiciar la constitucionalidad de las medidas adoptadas por los poderes públicos a la hora de afrontar la crisis sanitaria provocada por la COVID. Es evidente que la pandemia sólo puede ser superada con medidas de limitación —e incluso suspensión— de ciertos derechos fundamentales. Lo que vamos a examinar es si en su adopción se han respetado o no las reglas, los principios y procedimientos de nuestro Estado constitucional de Derecho, es decir, si los poderes públicos se han ajustado a no al marco cons-

(10) TAJADURA TEJADA, J., *Los derechos fundamentales y sus garantías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

titucional tal y como viene siendo entendido por el Tribunal Constitucional y por la doctrina iuspublicística más autorizada.

III. La jurisprudencia constitucional sobre la reserva de ley

La dogmática de los derechos fundamentales afirma que estos no son absolutos. Algunos sí lo son como ha advertido mi maestro, el profesor Torres del Moral (11). Pero la inmensa mayoría no: la libertad de circulación, la libertad de residencia, la libertad de reunión y manifestación, la libertad religiosa, la libertad de empresa, etc. Estos derechos pueden ser restringidos por medio de la ley «siempre que ello responda a un fin de interés general, y los requisitos y el alcance de la restricción estén suficientemente precisados en la ley y respeten el principio de proporcionalidad» (STC 76/2019).

El Tribunal Constitucional —de la misma forma que sus homólogos europeos y que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos— considera que para que una restricción de derechos sea lícita constitucionalmente se requiere siempre y en todo caso una previa habilitación legal y el cumplimiento de un fin determinado:

- a) En primer lugar, por mandato expreso de la Constitución, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas, bien porque incida directamente sobre su desarrollo (art. 81.1 CE), bien porque limite o condicione su ejercicio (art. 53.1 CE), precisa una habilitación legal (por todas, STC 44/1999 de 5 de abril, FJ 4).
- b) En segundo lugar, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas debe responder a un fin constitucionalmente legítimo o encaminarse a la protección o la salvaguarda de un bien constitucionalmente relevante (STC 76/2019). La Constitución no impide al Estado proteger derechos o bienes jurídicos a costa del sacrificio de otros igualmente reconocidos. El legislador puede imponer limitaciones al contenido de los derechos fundamentales o a su ejercicio, siempre que esas limitaciones estén justificadas en la protección de otros derechos o bienes constitucionales (STC 104/2000) y, además, sean proporcionadas al fin perseguido con ellas (SSTC 11/1981, 196/1987 y 292/2000).

(11) El derecho a la integridad física y psíquica, sin que en ningún caso pueda nadie ser sometido a tortura ni a penas o tratos degradantes; la no obligación de declarar sobre la propia ideología, religión o creencias; la condición de hombre libre de todo ser humano. TORRES DEL MORAL, A., *Principios de Derecho Constitucional Español*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, sexta edición, Madrid, 2010. Tomo I. pág. 363.

La STC 76/2019 define la función constitucional de la reserva de ley en los siguientes términos: «Esa reserva de ley a que, con carácter general, somete la Constitución española la regulación de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en su Título I, desempeña una doble función, a saber: de una parte, asegura que los derechos que la Constitución atribuye a los ciudadanos no se vean afectados por ninguna injerencia estatal no autorizada por sus representantes; y, de otra, en un Ordenamiento jurídico como el nuestro en el que los Jueces y Magistrados se hallan sometidos “únicamente al imperio de la Ley” y no existe, en puridad, la vinculación al precedente (SSTC 8/1981, 34/1995, 47/1995 y 96/1996) constituye, en definitiva, el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas. Por eso, en lo que a nuestro Ordenamiento se refiere, hemos caracterizado la seguridad jurídica como una suma de legalidad y certeza del Derecho (STC 27/1981 fundamento jurídico 10)».

La definición constitucional de la reserva de ley cumple así la doble función de garantía tanto del principio político democrático como del principio jurídico del Estado de Derecho que expusimos al inicio.

La doble función de la reserva de ley se traduce en una doble exigencia:

- a) Por un lado, la necesaria intervención de la ley para habilitar la injerencia. Este primer requisito tiene un carácter básicamente formal o procedimental. Es preciso siempre y en todo caso la existencia de una norma con rango de ley que recoja expresamente la restricción. Las restricciones de derechos requieren inexcusablemente una habilitación legal y no pueden formalizarse en normas reglamentarias. Están vedadas tanto al Reglamento como al Decreto-Ley (art. 86 CE). Esta primera exigencia plantea una serie de problemas ulteriores. En primer lugar, la delimitación de los distintos ámbitos de la reserva de ley ordinaria y la orgánica. En segundo lugar, y vinculado a lo anterior, la determinación de si la ley debe ser estatal o también puede ser autonómica. Finalmente, si según el alcance de la limitación es preciso recurrir o no al derecho de crisis o excepción.
- b) Por otro lado, que la injerencia esté recogida en términos tales que garantice el principio de seguridad jurídica (principio esencial y fundamental del Estado de Derecho cuyo respeto constituye una exigencia jurídica inexcusable para la garantía efectiva de la libertad). Este segundo requisito es de carácter sustantivo o material. La norma legal —subraya el Tribunal Constitucional— «ha de reunir todas aquellas características indispensables como garantía de la seguridad jurídica», esto es, «ha de expresar todos y cada uno de los presupuestos y condiciones de la intervención»

(STC 49/1999, FJ 4). En otras palabras, «no sólo excluye apoderamientos a favor de las normas reglamentarias (...), sino que también implica otras exigencias respecto al contenido de la Ley que establece tales límites» (STC 292/2000, FJ 15). La reserva de ley no puede confundirse con una suerte de habilitación general para restringir derechos, como un cheque en blanco en favor de la administración por utilizar un término coloquial pero ilustrativo. Esta segunda exigencia constituye lo que el Tribunal Constitucional denomina «la dimensión cualitativa de la reserva de ley», y se concreta en las exigencias de previsibilidad y certeza de las medidas restrictivas en el ámbito de los derechos fundamentales. Desde esta óptica, y esto reviste una importancia fundamental para determinar la inconstitucionalidad de muchas de las restricciones de derechos adoptadas durante la pandemia, el Tribunal ha advertido que, aun teniendo un fundamento constitucional, las limitaciones del derecho fundamental establecidas por una ley «pueden vulnerar la Constitución si adolecen de falta de certeza y previsibilidad en los propios límites que imponen y su modo de aplicación», pues «la falta de precisión de la ley en los presupuestos materiales de la limitación de un derecho fundamental es susceptible de generar una indeterminación sobre los casos a los que se aplica tal restricción»; «al producirse este resultado, más allá de toda interpretación razonable, la ley ya no cumple su función de garantía del propio derecho fundamental que restringe, pues deja que en su lugar opere simplemente la voluntad de quien ha de aplicarla» (12).

Establecido lo anterior, en relación con los derechos fundamentales nuestra Constitución establece expresamente en dos preceptos la reserva de ley. Lo hace con distinto alcance. Las normas que inciden directamente sobre el desarrollo del derecho deben ser leyes orgánicas (art. 81 CE) mientras que las que regulan su ejercicio, ordinarias (art. 53 CE).

El Tribunal Constitucional desde su temprana STC 5/1981 ha insistido siempre en la necesidad de aplicar un criterio estricto o restrictivo para determinar el alcance de la reserva de ley orgánica contenida en el

(12) En la misma sentencia y fundamento jurídico el Tribunal subraya que el tipo de vulneración que acarrea la falta de certeza y previsibilidad en los propios límites: «no sólo lesionaría el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), concebida como certeza sobre el ordenamiento aplicable y expectativa razonablemente fundada de la persona sobre cuál ha de ser la actuación del poder aplicando el Derecho (STC 104/2000, FJ 7, por todas), sino que al mismo tiempo dicha ley estaría lesionando el contenido esencial del derecho fundamental así restringido, dado que la forma en que se han fijado sus límites lo hacen irreconocible e imposibilitan, en la práctica, su ejercicio (STC 292/2000, FJ 15).

artículo 81 CE. Esta interpretación restrictiva pretende, por un lado, evitar petrificaciones del ordenamiento y, por otro, preservar la regla de la mayoría parlamentaria no cualificada. Ahora bien, no se puede olvidar que, con su introducción en nuestro sistema de fuentes, el constituyente proyectó la necesidad del consenso sobre materias muy relevantes del ordenamiento, entre las que obligado era incluir el desarrollo de los derechos fundamentales. La democracia no es solo la regla de la mayoría sino también la protección de las minorías. La mayoría cualificada puede ser entendida como una norma de protección de la democracia. Esta es la idea subyacente en la STC 173/1998 de 23 de julio. Con la reserva de ley orgánica el constituyente encomendó a un procedimiento legislativo que exige el respaldo de una mayoría cualificada el desarrollo normativo inmediato de la Constitución en aquellas materias fundamentales. Las leyes orgánicas son complemento necesario e indispensable del constituyente y deben sustraerse de la disponibilidad de la mayoría simple.

En relación con los derechos fundamentales, la interpretación restrictiva de la reserva de ley orgánica afecta tanto a la materia u objeto de la reserva como al alcance del término desarrollar. Por un lado, la remisión a los derechos fundamentales y a las libertades públicas contenida en el artículo 81. 1 CE debe ceñirse exclusivamente a los regulados en la sección primera del capítulo segundo del título primero de la Constitución (artículos 15 a 29). Por otro, en relación al alcance del término «desarrollo»: lo que está constitucionalmente reservado a la ley orgánica es «la regulación de determinados aspectos esenciales para la definición del derecho, la previsión de su ámbito y la fijación de sus límites en relación con otras libertades constitucionalmente protegidas». La reserva de ley orgánica cubre toda norma que desarrolle de modo directo un derecho o que establezca restricciones a los mismos; en definitiva, todo lo relativo al haz de facultades que configuran el objeto del derecho y la determinación de los titulares del mismo. La ley ordinaria basta para regular las condiciones de ejercicio del derecho (siempre que no determine ni su ámbito ni sus límites).

Combinando ambos criterios nos encontramos con que a la ley ordinaria (ya sea de Cortes o de una Asamblea autonómica) le está vedada la posibilidad de habilitar medidas restrictivas de los derechos fundamentales recogidos en los artículos 15 a 29 (libertad de circulación, reunión, manifestación, libertad religiosa, etc). Fuera de ese ámbito, esto es, los derechos fundamentales no incluidos en la sección primera del capítulo segundo del Título primero (libertad de empresa o derecho de propiedad, entre otros) pueden ser restringidos mediante leyes que no tengan el rango de orgánicas. Por lo que se refiere a las Comunidades Autónomas, en relación a estos derechos, si tuvieran competencia sobre determina-

das materias podrían regularlos y limitarlos, con el límite del respeto a su contenido esencial y las exigencias de la reserva de ley (13).

En relación con las medidas para hacer frente a la pandemia, De la Quadra ha subrayado que «sería perfectamente conforme con la Constitución que las Comunidades Autónomas en ejercicio de sus competencias, por ejemplo, sobre el desarrollo de las bases sanitarias —a las que en todo caso no pueden contradecir— o sobre comercio interior, estableciesen habilitaciones legales para que las propias autoridades autonómicas puedan restringir derechos como el de libertad de empresa permitiendo así la adopción de medidas sobre aforo, desinfección, horarios, distancia, acondicionamiento, suspensión del ejercicio de actividades, cierres de empresa o sus instalaciones, o intervención de medios materiales y personales» (14). Lo que las Comunidades Autónomas de ninguna manera pueden hacer es restringir esos derechos mediante disposiciones reglamentarias sin habilitación legal previa. Y lo que tampoco tiene cabida en nuestro ordenamiento es la habilitación por parte del legislador orgánico a las Comunidades Autónomas para restringir o limitar los Derechos fundamentales contenidos en la referida sección primera (art. 15 a 29 CE). «Esas decisiones normativas —ha recordado Aragón— no pueden trasladarse a las Comunidades Autónomas» (15).

IV. LOMESP vs LOEAE: ¿Derecho de la normalidad o Derecho de excepción?

Una vez explicado el significado y alcance de la reserva de ley estamos en condiciones de examinar si las medidas adoptadas por las distintas administraciones para restringir derechos con la legítima finalidad de detener la expansión del COVID 19 han respetado o no esa reserva. El examen exige diferenciar las medidas adoptadas en el marco del derecho de la normalidad (legislación sanitaria) de las aprobadas con la cobertura del derecho de crisis (estado de alarma).

(13) Obligado es denunciar las contradicciones en que incurre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en este ámbito. Por un lado, restringe la posibilidad de que los Estatutos de Autonomía (Leyes Orgánicas) incidan en la regulación de los derechos fundamentales y por otra permite al legislador autonómico —en el ámbito de sus competencias— llevar a cabo esa regulación respecto a los derechos fundamentales no comprendidos en la sección primera (arts. 15-29).

(14) DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T., «Estado Autonómico y lucha contra la pandemia», en *Los efectos horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*. Fundación Giménez Abad, Zaragoza, 2020.

(15) ARAGÓN, M., «Epílogo», en *Los efectos horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*. Fundación Giménez Abad, Zaragoza, 2020.

En un caso, las administraciones se han considerado habilitadas por la Ley Orgánica 3/1986 de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública (LOMESP), para llevar a cabo importantes restricciones a derechos fundamentales de la sección primera (libre circulación, reunión y manifestación, libertad religiosa, derecho de participación política, etc.). En otros, la habilitación se ha llevado a cabo merced a los diferentes Decretos de alarma aprobados en virtud de la Ley Orgánica 4/1981, reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio (LOEAES). A nuestro juicio, en ambos casos se ha vulnerado el principio de reserva de ley en su dimensión material (calidad de la ley). Las restricciones de derechos llevadas a cabo por las administraciones al no estar amparadas por normas legales que precisaran con claridad los indicadores objetivos para aplicar las limitaciones, han quebrantado gravemente el principio de seguridad jurídica y sumido a los ciudadanos en una incertidumbre pavorosa. Las restricciones adoptadas por las administraciones no responden a ningún criterio objetivo sino única y exclusivamente a la libre voluntad del sujeto que las adopta. Se ha establecido así un escenario de arbitrariedad — incompatible con el Estado de Derecho— en el que, en muchas ocasiones, Comunidades Autónomas con situación sanitaria y epidemiológica mejor que otras han establecido limitaciones de derechos más estrictas que las vigentes en otras en peor situación.

En este contexto, la primera gran violación de la reserva de ley ha consistido en llevar a cabo restricciones de derechos fundamentales (como la libre circulación) con carácter general al amparo de la legislación sanitaria en general, y de la LOMESP en particular. Se trata de medidas restrictivas de una intensidad tal que sólo tienen cabida en el marco del Derecho de crisis. Y para las que la LOMESP no satisface en modo alguno las exigencias de la reserva de ley. Ciertamente cumple el requisito del rango —orgánica— pero no cumple la segunda exigencia relativa a la calidad de la ley. Su aplicación es contraria a la seguridad jurídica. Un sector de la doctrina administrativa lo ha respaldado. Otro sector de la doctrina constitucional encabezado por Manuel Aragón lo han denunciado (16).

Y tal y como se deduce de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el incumplimiento de la reserva de ley —en su dimensión de calidad de la ley— implica una vulneración de los derechos fundamentales afectados por la restricción: «La falta de precisión de la ley en los presupuestos materiales de la limitación de un derecho fundamental es suscepti-

(16) ARAGÓN, M., «Epilogo» ... *op. cit.* CARMONA, A., «El fin no justifica los medios», en *El País*, 16 de julio de 2020. SAENZ ROYO, E., «Limitar derechos fundamentales durante la pandemia», en <https://fundaciongimenezabad.es>. TERUEL LOZANO, G., «Desconcierto jurídico ante el rebrote de la pandemia... *op. cit.* PRESNO, M., <https://presnolinera.wordpress.com/2020/>

ble de generar una indeterminación sobre los casos a los que se aplica tal restricción (...) al producirse este resultado, más allá de toda interpretación razonable, la ley ya no cumple su función de garantía del propio derecho fundamental que restringe, pues deja que en su lugar opere simplemente la voluntad de quien ha de aplicarla» (17). Esto es lo que ha ocurrido en España durante la pandemia. Los ciudadanos hemos quedado sumidos en la confusión. La seguridad jurídica entendida como previsibilidad y certeza del derecho aplicable brilla por su ausencia. El alcance de las restricciones es arbitrario y depende exclusivamente de la voluntad de la administración que las aplica. Esto ha sido evidente cuando las medidas se han amparado en la legislación sanitaria o derecho de la normalidad. A esta conclusión se oponen quienes defienden una interpretación de la LOMESP como una suerte de ley habilitante o de plenos poderes que, por las razones que vamos a exponer en este epígrafe, nos parece inaceptable.

El artículo tercero de la LO 3/1986 de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública (LOMESP), dispone que: «Con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible». La doctrina está dividida en cuanto al significado y alcance de la habilitación contenida en este precepto.

Para un sector doctrinal, esta ley habilita a las diferentes administraciones —central y autonómicas— para adoptar medidas individuales restrictivas de derechos fundamentales. Sus destinatarios son siempre individuos o grupos individualizables de personas (una familia, los vecinos de un determinado inmueble, etc.). Lo que no permite es establecer una restricción general dirigida a una pluralidad indeterminada de personas (todos los residentes en un municipio, provincia o comunidad Autónoma). Para esto último es preciso recurrir al Derecho de crisis, esto es, al estado de alarma o excepción (LOEAES). Según esta tesis que compartimos plenamente y defendida entre otros por Barnes (en la doctrina administrativista) o Aragón, Presno, Teruel Lozano, Carmona, (entre los

(17) En la misma sentencia y fundamento jurídico el Tribunal subraya que el tipo de vulneración que acarrea la falta de certeza y previsibilidad en los propios límites: «no sólo lesionaría el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), concebida como certeza sobre el ordenamiento aplicable y expectativa razonablemente fundada de la persona sobre cuál ha de ser la actuación del poder aplicando el Derecho (STC 104/2000, FJ 7, por todas), sino que al mismo tiempo dicha ley estaría lesionando el contenido esencial del derecho fundamental así restringido, dado que la forma en que se han fijado sus límites lo hacen irreconocible e imposibilitan, en la práctica, su ejercicio (STC 292/2000, FJ 15).

constitucionalistas), la LOMESP habilita a las autoridades sanitarias (centrales y autonómicas) para adoptar dos tipos de medidas:

- a) Medidas dirigidas a un individuo o grupos individualizables de personas que impliquen una limitación grave de la libertad de circulación u otro derecho fundamental. Esas medidas requieren inexcusablemente de la ratificación judicial prevista en el artículo 8. 6. 2 de la Ley 29/1998 de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (18).
- b) Medidas generales, pero solo en el caso de que su afectación del derecho sea superficial: por ejemplo: fijación de aforos, horarios de apertura o distancias de seguridad.

Dos son los criterios que marcan los límites de la LOMESP: el ámbito personal de aplicación (destinatarios) y la intensidad material de la restricción. Con ella se pueden adoptar las medidas más restrictivas imaginables como es el confinamiento siempre y cuando sean individuales y con ratificación judicial. Por otro lado, se pueden adoptar también medidas generales, pero para llevar a cabo limitaciones de menor entidad. A nuestro juicio, esta es la única interpretación constitucionalmente admisible de esta legislación porque en otro caso, el estado de alarma resultaría redundante. En definitiva, esto es lo máximo que permite el derecho de la normalidad. Si los poderes públicos no son capaces con este tipo de medidas —esto es, con el uso de sus poderes ordinarios— de hacer frente a la pandemia han de recurrir al derecho de crisis o excepción.

No obstante, un importante sector doctrinal (sobre todo administrativo)(19) al amparo de una interpretación supuestamente literal del citado artículo 3 de la LOMESP entiende que las Comunidades Autónomas —y las administraciones en general— pueden adoptar cualesquiera medidas necesarias para proteger la salud y la vida de las personas frente a la COVID-19. Según esta tesis, las autoridades sanitarias (administración central o autonómica indistintamente) están legitimadas para limitar (e incluso a suspender) los derechos fundamentales dado que se acepta que puedan incluso decretar el confinamiento de la totalidad de una po-

(18) «Corresponderá a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo la autorización o ratificación judicial de las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental».

(19) DOMÉNECH PASCUAL, G., «Derecho público del coronavirus», en <https://almacenederecho.org>, 14 de marzo de 2020; y «Comunidades Autónomas, derechos fundamentales y covid 19», en <https://almacenederecho.org>, 21 de julio de 2020. VELASCO CABALLERO, F., «Estado de alarma y distribución territorial del poder», en *El Cronista del Estado Social y Democrático*, núm. 86-87, marzo-abril, 2020. NOGUEIRA LÓPEZ, A., «Confinar el coronavirus. Entre el viejo derecho sectorial y el Derecho de excepción», en *El Cronista del Estado Social y Democrático*, núm. 86-87, marzo-abril, 2020.

blación determinada. Esta interpretación concibe la LOMESP como una suerte de ley habilitante o de plenos poderes que es incompatible con un Estado de Derecho y deja sin efecto el Derecho de crisis (LOEAES).

Los argumentos con los que se ha justificado esta habilitación general de las administraciones públicas para restringir cualquier derecho fundamental son —siguiendo a Doménech Pascual— los siguientes:

En primer lugar, el criterio temporal. Doménech entiende que en el supuesto de existir alguna contradicción entre la LOEAES de 1981 y la LOMESP de 1986, por aplicación del principio recogido en el art. 2. 2 del Código Civil (*lex posterior derogat priori*) debe prevalecer la última. A nuestro juicio, este criterio no es asumible porque la LOEAES es una ley especial, de desarrollo directo del art. 116 CE, que regula el Derecho de crisis; y carece de sentido entender que cualquier otra ley orgánica sobre otras materias aprobadas con posterioridad tenga el efecto de desplazar dicha regulación. Es más, cada Ley Orgánica tiene atribuida un contenido material específico y ninguna de ellas tiene el efecto de desplazar o modificar del modo que sea lo dispuesto por otra. El criterio temporal no es aplicable para la resolución de eventuales conflictos entre ellas.

En segundo lugar, el tenor literal del artículo 3 de la LOMESP. Doménech subraya la necesidad de respetar el tenor literal del precepto que consta de dos incisos. El primero prevé expresamente la adopción de medidas oportunas para el control de enfermos y otras personas mientras que el segundo se refiere a la posibilidad de adoptar todas aquellas medidas que se consideren necesarias. Estas últimas pueden afectar a una pluralidad indeterminada de personas porque en otro caso el inciso «resultaría redundante, sobraría, carecería de sentido». Doménech entiende que «con una interpretación estrictamente literal de este precepto, las autoridades sanitarias pueden imponer cualquier medida que consideren indispensable a estos efectos». Según esta interpretación, la legislación sanitaria vigente permitiría adoptar todas las medidas necesarias para luchar contra la pandemia, confinamientos de la población incluidos. Doménech refuerza su argumentación rechazando que sea lícito interpretar restrictivamente el alcance del art. 3 de la LOMESP. No se puede interpretar restrictivamente una norma cuya finalidad es proteger la vida y la integridad física. «No se entiende por qué hay que interpretar restrictivamente una disposición legal que protege la vida y la integridad física de millones de personas, máxime cuando la interpretación restrictiva postulada es manifiestamente contraria a su tenor literal».

Esta interpretación no es aceptable por varias razones. Primero, porque la supuesta interpretación literal prescinde del hecho de que en ningún apartado o inciso de ese precepto y de los demás contenidos en dicha ley, se dice que se puedan limitar derechos fundamentales. Y, segundo, yendo más allá, porque una tal habilitación general no podría te-

ner cabida en nuestro ordenamiento. Como ha advertido Aragón: «No puede existir, en materia de limitación de derechos fundamentales, una especie de habilitación en blanco efectuada por la ley orgánica a favor de otras normas (según doctrina constante del TC), y menos a simples órdenes de las consejerías autonómicas» (20). En última instancia, una disposición legal del Derecho de la normalidad no puede ser interpretada como una norma de excepción. No es aceptable interpretarla como una cláusula de plenos poderes con el argumento de que en otro caso el inciso legal (medidas necesarias) resultaría redundante porque con ello lo que se convierte en redundante y superfluo es el Derecho de excepción. Si con el derecho de la normalidad la administración ya puede limitar con esa amplitud los derechos fundamentales, ¿para qué sirven los estados de alarma y de excepción?

En tercer lugar, la interpretación se justifica apelando al principio de necesidad aplicado a la interpretación del derecho ordinario. «Resulta justificado que esta habilitación legal haya sido formulada y deba ser interpretada en unos términos tan amplios. La razón salta a la vista. Es muy probable que, en situaciones de graves crisis sanitarias, para las que está pensado dicho precepto, surjan problemas imprevistos e imprevisibles, que el legislador no pueda anticipar y regular con detalle, pero a los que hay que dar una respuesta pública inmediata y con frecuencia drástica. Semejante habilitación genérica, realmente insólita en el marco de nuestra legislación, confiere a las autoridades administrativas la flexibilidad precisa para dar una respuesta precisa a estas situaciones de extraordinaria y urgente necesidad». A nuestro juicio se trata como reconoce su autor de una habilitación «tan insólita» que no puede encontrar cabida en el marco de un Estado de Derecho que ha hecho un esfuerzo notable por regular el Derecho de crisis. Una habilitación concebida en esos términos es incompatible con las exigencias de la reserva de ley. Ni siquiera en el marco del derecho de crisis (LOEAS) sería posible adoptar una cláusula de plenos poderes como la que se pretende ver en la LOMESP.

Finalmente, en cuarto y último lugar, Doménech rechaza expresamente que la adopción de estas medidas sea una competencia exclusiva (del Estado o de las Comunidades Autónomas) y considera que en este ámbito «existe y debe existir un cierto solapamiento o redundancia competencial». A esto cabe objetar que, por un lado, nuestro ordenamiento no admite tal solapamiento. Por un lado, porque el estatuto jurídico de los derechos fundamentales no es una cuestión competencial, sino que afecta al núcleo sustantivo del vínculo de ciudadanía. Por otro, porque el

(20) ARAGÓN, M., «Epílogo» ... *op. cit.*

principio de seguridad jurídica quebraría si ante situaciones sanitarias y epidemiológicas similares cada uno de los diferentes legisladores (central y autonómicos) diera respuestas diferentes(21). La multiplicación de medidas restrictivas de derechos fundamentales por parte de las diferentes administraciones fragmentaría el estatuto jurídico de los derechos fundamentales y quebrantaría gravemente la seguridad jurídica.

Por todo ello, ninguno de los anteriores argumentos nos parece convincente. A nuestro juicio es claro que la LOMESP no satisface las exigencias mínimas de la reserva de ley expuestas al inicio de esta exposición. Así lo ha denunciado otro importante sector doctrinal (M. Aragón, A. Carmona, G. Teruel, E. Sáenz, M. Presno). De la jurisprudencia del Tribunal Constitucional expuesta se deduce claramente que no basta cualquier ley para habilitar a las autoridades sanitarias a restringir derechos. En contra de lo que sostienen Doménech y otros, la reserva de ley exige que «los requisitos y el alcance de la restricción estén suficientemente precisados en la ley (...) y respeten el principio de proporcionalidad». Desde esta óptica, es evidente que la LOMESP no satisface «la dimensión cualitativa de la reserva de ley». A pesar de haberse recurrido a ella al inicio de la pandemia, es preciso insistir en que no ofrece la cobertura legal constitucionalmente requerida para que las administraciones puedan adoptar medidas limitadoras de derechos fundamentales como el de libre circulación mediante confinamientos generales, o la limitación del derecho de reunión o el de libertad religiosa. Y ello «por su falta de determinación acerca de las condiciones esenciales a que han de someterse las posibles limitaciones de derechos (limitaciones a las que, por cierto, ni siquiera alude), sin que baste con señalar únicamente la causa (graves problemas sanitarios) que avalaría las actuaciones públicas» (22).

La habilitación general contenida en el segundo inciso de la LOMESP para que las administraciones adopten «las medidas que se consideren necesarias» es completamente indeterminada. Aunque su literalidad es la que permite a Doménech y otros configurarla como una cláusula de plenos poderes con el argumento de que donde no distingue el legislador no puede hacerlo el intérprete, a nuestro juicio la conclusión que se impone es justamente la contraria. Es precisamente esa indeterminación del precepto legal la que pone de manifiesto su absoluta insuficiencia para garantizar el mínimo grado de certeza y previsibilidad que requiere el principio de seguridad jurídica. Ni siquiera el derecho de crisis admite esa indeterminación. «Nuestro ordenamiento constitucional

(21) Doménech afirma: «La posibilidad de que este solapamiento genere decisiones incoherentes o contradictorias constituye un peligro menor, que vale la pena correr».

(22) ARAGÓN, M., «Epílogo» ... *op. cit.*

— escribe Aragón— no permite una especie de ley de plenos poderes para la adopción de cualquier medida que las autoridades públicas consideren necesaria para hacer frente a una crisis sanitaria» (23). Y es que, como oportunamente ha recordado Ana Carmona «el fin no justifica los medios» (24). Coincidimos plenamente con Eva Sáenz en que el artículo 3 no satisface las exigencias constitucionales del principio de legalidad en su vertiente material pues «ni especifica el derecho fundamental que puede ser restringido por las autoridades sanitarias ni, por supuesto, las condiciones y garantías de esa limitación». El precepto «en absoluto cumple con los requisitos para permitir una acción gubernamental de limitación de derechos generalizada. En todo caso, permitirá una restricción de derechos a personas individualizadas con la consiguiente autorización judicial» (25). En definitiva, la LOMESP ni establece qué derechos pueden limitarse; ni precisa el alcance de las posibles limitaciones; ni, finalmente tampoco determina los criterios o indicadores objetivos que justifican la restricción. Criterios que son los únicos que permitirían llevar a cabo un control judicial de los mismos y, en definitiva, los únicos que garantizarían que la restricción de derechos fundamentales obedeciese a causas regladas u objetivas y no a la pura discrecionalidad de la administración correspondiente.

Reviste por ello una extraordinaria gravedad que el legislador se haya hecho eco de esta inasumible interpretación en una reforma, «poco meditada y peligrosa» en palabras del profesor Aragón. Se trata de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al covid-19 en el ámbito de la Administración de Justicia. Dicha ley dispone que los Tribunales Superiores de Justicia «conocerán de la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria que las autoridades sanitarias de ámbito distinto al estatal consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen la limitación o restricción de derechos fundamentales cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente». La ratificación y autorización de medidas restrictivas de derechos con destinatarios individualizados sigue correspondiendo en virtud del artículo 8 de la Ley 29/1998 de la Jurisdicción Contencioso-administrativa a los Juzgados de lo contencioso.

Aragón ha denunciado los dos problemas de constitucionalidad que esta ley plantea:

(23) ARAGÓN, M., «Epilogo» ... *op. cit.*

(24) CARMONA, A., «El fin no justifica los medios», en *El País*, 16 de julio de 2020.

(25) SAENZ ROYO, E., «Limitar derechos fundamentales durante la pandemia», en <https://fundaciongimenezabad.es>.

- a) El primero, su contradicción con la función constitucional del poder judicial cuyas competencias (incluidas las que cabe atribuirle por ley según el art. 117.4) no pueden invadir las propias de otros poderes como el legislativo o el judicial. «El Poder Judicial no puede colegislar que es lo que sucede si para que una norma pueda entrar en vigor se exige la previa autorización judicial»
- b) El segundo es el relativo al hecho de que una norma de carácter procesal como la que establece ese control judicial previo «no puede servir como título atributivo de competencia material al poder (en este caso autonómico) del que emana la medida susceptible de control».

En nuestro ordenamiento, las Comunidades Autónomas no están habilitadas para adoptar estas medidas de limitación o suspensión de derechos (porque el confinamiento es una verdadera suspensión del derecho a la libre circulación). La legislación sanitaria no les habilita para ello (26). Es más, ni siquiera los poderes centrales podrían hacerlo. Como ha advertido Aragón: «Tales limitaciones autonómicas de derechos, indiscriminadas o generales, aunque circunscritas a determinadas zonas o territorios, si dados su ámbito y su notable intensidad restrictiva tuviesen un carácter excepcional, como es el caso de algunas de ellas, ni siquiera (...) podrían ser adoptadas hoy por el propio Estado de manera ordinaria, y menos aun, en esos casos por los poderes autonómicos, pues, a mi juicio, no cabrían dentro del Derecho de la normalidad, sino del Derecho de la excepción: ya sea mediante la declaración del estado de alarma, si se trata únicamente de limitaciones de derechos, o del estado de excepción, si estos derechos se suspendieran» (27).

Ninguna autoridad sanitaria —ni central ni autonómica— puede adoptar por tanto medidas restrictivas de derechos fundamentales con el alcance que es necesario para hacer frente a la crisis sanitaria provocada

(26) En contra, De la Quadra-Salcedo para quien no es preciso recurrir al estado de alarma: «El estado de alarma es (...) una respuesta alternativa a la crisis sanitaria y que permite al Gobierno de la nación adoptar aquellas medidas individuales o generales que en virtud de la normativa sanitaria ordinaria podrían ser adoptadas por cada comunidad autónoma». Desde esta óptica la declaración del estado de alarma el 15 de marzo de 2020 fue una decisión constitucional pero no obligada. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T., «Estado Autonómico y lucha contra la pandemia», en *Los efectos horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*. Fundación Giménez Abad, Zaragoza, 2020.

(27) La declaración de alarma no solo es necesaria para centralizar las competencias (mando único) sino que es precisa para limitar derechos con una intensidad tal que no permite el derecho de la normalidad. «Si el derecho ordinario habilitase para la adopción de las necesarias limitaciones de derechos, solo podría declararse el estado de alarma si también fuese necesaria la centralización territorial de las competencias. Nuestro problema (...) es que el actual Derecho de la normalidad no contiene la habilitación constitucionalmente requerida para las limitaciones de derechos fundamentales adoptadas por las medidas ordinarias (no excepcionales) que se han tomado para hacer frente a la pandemia». ARAGÓN, M., «Epílogo» ... *op. cit.*

por la COVID-19 al amparo de la legislación propia del derecho de la normalidad. Ello no quiere decir que el Estado esté inerte para hacer frente a la pandemia. Dispone de los instrumentos jurídico para hacerle frente: la declaración de los estados excepcionales. El único expediente constitucionalmente legítimo para limitar derechos fundamentales con carácter general y con la intensidad requerida para hacer frente a la pandemia es el recurso al Derecho de crisis o de excepción que es un título competencial específico del poder central (la competencia sobre la asunción de poderes extraordinarios para hacer frente a las crisis o situaciones excepcionales). Una facultad en las que se concreta su función de dirección política del Estado y sin posibilidad alguna de suplencia por parte de las Comunidades Autónomas.

Los decretos de declaración (y prórroga) de los estados de alarma y excepción son los instrumentos constitucionalmente previstos para establecer las restricciones de derechos fundamentales que la lucha contra la pandemia requiere. Son decretos que tienen rango de ley. Ahora bien, deben cumplir también los requisitos de calidad de la ley, es decir, lo que hemos denominado dimensión cualitativa de la reserva de ley. Estos decretos son los que pueden establecer las limitaciones de derechos fundamentales con carácter general y habilitar a todas las administraciones, tanto central como autonómicas, a ejecutar o aplicar medidas restrictivas de derechos fundamentales.

Establecida así la necesidad de acudir al Derecho de crisis, los sucesivos Decretos de alarma aprobados durante el 2020 plantean los siguientes interrogantes. En primer lugar, si algunas de las medidas adoptadas en el primero —singularmente el confinamiento domiciliario— encajan en él o por implicar la suspensión (y no mera limitación del derecho a la libre circulación) hubieran necesitado la cobertura de una declaración de estado de excepción. En segundo lugar, si su contenido (sobre todo el del tercero de ellos inconstitucionalmente prorrogado por seis meses) satisface las exigencias de la reserva de ley en su dimensión cualitativa.

V. Derecho de crisis y COVID: ¿Estado de alarma o estado de excepción?

El Derecho de crisis tiene por objeto conservar el Estado de Derecho y el Estado democrático cuando debido a circunstancias excepcionales se pone en peligro el normal funcionamiento de las instituciones y/o el ejercicio de los derechos de los ciudadanos. Cualquier aproximación al estudio de nuestro Derecho de crisis debe partir del hecho subrayado por Aragón de que «durante las situaciones de emergencia previstas en el artículo 116 el Estado de Derecho no desaparece, como tampoco

el Estado democrático. Esa es una de las virtudes de nuestro derecho constitucional de excepción que es justo reconocer» (28). En este sentido, Cruz Villalón —uno de los mejores especialistas en el tema— destaca que el constituyente realizó «el máximo esfuerzo por extender el imperio de la ley a las situaciones de emergencia» (29). Nuestro punto de partida es, por tanto, que el Derecho de crisis (art. 55 y 116 CE) está bien concebido y dota al Estado de los instrumentos necesarios para hacer frente a aquellas situaciones que pongan en peligro el normal funcionamiento de las instituciones o perturben gravemente la convivencia.

Durante la vigencia de los estados excepcionales no pueden interrumpirse ni el funcionamiento de las Cámaras —cuya función de control del Gobierno es más necesaria que nunca— ni el de los demás poderes constitucionales del Estado. Tampoco puede resultar afectado el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes. Estas previsiones normativas contrastan con lo ocurrido una vez decretada la alarma el 14 de marzo de 2020. Las Cámaras dejaron de reunirse, el Tribunal Constitucional suspendió su actividad y los plazos administrativos y procesales se interrumpieron. El resultado de todo ello ha sido un debilitamiento del control político del Gobierno durante el primer decreto de alarma. Situación que se ha visto agravada en el de octubre por su prórroga —inconstitucional— por un plazo de seis meses. Por otro lado, el Decreto ley se ha convertido en la forma ordinaria de legislar. Y se ha utilizado para regular materias que le están constitucionalmente vedadas (derechos fundamentales).

Llegados a este punto, y una vez demostrado que el derecho de la normalidad no sirve para hacer frente con eficacia a la pandemia del COVID-19, y que es preciso recurrir a uno de los estados excepcionales regulados en nuestro Derecho de crisis, la primera cuestión que se nos plantea es a cuál de ellos: al estado de alarma o al estado de excepción (30). Para interpretar los preceptos reguladores de los diversos estados excepcionales resulta imprescindible acudir a la teoría constitucional del Derecho de crisis. Teoría que nos muestra los elementos comunes a todos ellos. Desde esta óptica, Solozábal advierte que la insistencia en las diferencias entre los diversos estados excepcionales y singularmente en-

(28) ARAGÓN, M., «Epílogo» ... *op. cit.*

(29) CRUZ VILLALÓN, P., *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 31.

(30) Controversia que ya se suscitó también en la primera ocasión que se declaró un estado de alarma, en 2010. ABA CATORIA, A., «El estado de alarma en España», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 28, 2011. VIDAL PRADO, C. y DELGADO RAMOS, D., «Algunas consideraciones sobre la declaración del estado de alarma y su prórroga», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 92, mayo-agosto 2011.

tre el de alarma y excepción nos impide a veces ver que ambos comparten unos elementos comunes. Así lo entendió el constituyente al reservar a una ley orgánica la regulación conjunta de todos ellos. En los estados excepcionales rige una legalidad extraordinaria que reemplaza a la ordinaria —siempre de forma temporal y adecuada a las exigencias de la proporcionalidad— y —por lo que a nuestro tema interesa— altera el régimen jurídico de los derechos fundamentales. Pero esa legalidad extraordinaria está sometida también a límites constitucionales de carácter formal y sustantivo(31). En el marco del Derecho de crisis el gobierno ejerce una función de dirección política específica —pero en modo alguno actúa como soberano— y su poder sigue siendo limitado. Esta es la grandeza de la regulación de la crisis. Cuando esta no se regula resulta inevitable que los hechos prevalezcan sobre el derecho. Incluso cuando se hace ese riesgo existe. En todo caso debe quedar muy claro que: «lo que el derecho de excepción trata de preservar es un orden mínimo pero innegable de libertad y seguridad que, a pesar de las circunstancias se imponga a los poderes públicos, de manera que en tal situación los gobernantes tengan una referencia que vaya más allá de la sujeción a las reglas de la salvación del estado a todo precio (*salus rei publicae suprema lex esto*)» (32).

En este contexto, dos son las diferencias principales existentes entre el estado de alarma y el de excepción. La primera es la referida al supuesto de hecho habilitante, esto es, a la naturaleza de la crisis que reclama su activación. La segunda, el alcance de los poderes extraordinarios conferidos al Gobierno que en un caso incluyen la limitación de derechos fundamentales y en otro la suspensión(33). La afectación en ambos casos a los derechos fundamentales está cubierta doblemente por la reserva de ley. En primer lugar, por la LOEAES, y en segundo lugar por el propio Decreto declaratorio del estado de alarma o excepción. El Tribunal Constitucional ha subrayado que la declaración del estado de

(31) Sobre los límites y controles de los poderes de excepción, resulta imprescindible: GARRIDO LÓPEZ, C., *Decisiones excepcionales y garantía jurisdiccional de la Constitución*, Marcial Pons, Madrid, 2021. En esta obra se analizan con rigor y con detalle los problemas que ha planteado la activación del derecho de crisis en 2010 y en 2020.

(32) SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J. J., «Algunas consideraciones constitucionales sobre el estado de alarma» en *Los efectos horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*. Fundación Giménez Abad, Zaragoza, 2020.

(33) El Derecho de crisis va a afectar a los derechos. Se trata de una alteración constitucional provisional o temporal (a diferencia de la reforma). La alteración puede consistir en una restricción lícita para asegurar otros derechos o bien en una suspensión, esto es la privación temporal del ejercicio del derecho. El Tribunal Constitucional ha dicho: «A diferencia de los estados de excepción y de sitio, la declaración del estado de alarma no permite la suspensión de ningún derecho fundamental (art. 55. 1 CE contrario sensu) aunque si la adopción de medidas que puedan suponer limitaciones o restricciones a su ejercicio».

alarma (como el de su prórroga con la preceptiva autorización parlamentaria (34)) aunque formalizada mediante un decreto del consejo de ministros, por su contenido normativo y efectos jurídicos es una decisión o disposición con rango o valor de ley. El decreto desplaza durante su vigencia a la legalidad ordinaria en la medida en que excepciona, modifica o condiciona la aplicabilidad de determinadas normas entre las que pueden figurar otras leyes o normas con rango de ley (STC 83/2016, de 28 de abril, FJ 10).

El Decreto de alarma —que tiene rango de ley— debe respetar lo dispuesto en la LOEAES. En la medida en que está previsto expresamente para epidemias y crisis sanitarias, es indiscutible la concurrencia del supuesto de hecho habilitante para activarlo. Mayores problemas plantean el alcance e intensidad de las restricciones de derechos adoptadas. Conforme a la Ley y a la doctrina del Tribunal Constitucional, en el estado de alarma no se puede suspender ningún derecho fundamental.

En este sentido, y por lo que se refiere al primer estado de alarma, el activado el 14 de marzo de 2020 (Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo), las restricciones de derechos fundamentales —libertades de circulación, reunión y manifestación— establecidas en el artículo 7 del citado Real Decreto(35) tanto por su alcance material como por sus consecuencias y efectos deben ser consideradas más como una suspensión de aquellos que como una mera limitación. Son medidas previstas para el estado de excepción. El estado de alarma no habilita a los poderes públicos para suspender derechos.

En estas mismas páginas, Fernández de Casadevante ha expuesto con claridad cómo las restricciones adoptadas en el primer Decreto de alarma, en cuanto auténticas suspensiones de derechos, no tenían encaje en ese tipo de «estado excepcional». Por compartirlos plenamente, me remito a sus razonamientos(36).

(34) En la prórroga, la intervención del Congreso es una autorización que por un lado declara su procedencia, y por otro, fija el contenido, los términos y los efectos de esta. De esa forma el Congreso fija y predetermina el contenido material del decreto que dictará el Gobierno. El decreto de prórroga es una formalización de la previa autorización del Congreso. Tanto la decisión del Congreso de autorizar la prórroga (ATC 7/2012 FJ 4) como la del Gobierno de formalizar aquella revisten la condición de actos con rango o valor de ley.

(35) Y que se mantuvieron en las tres primeras prórrogas del Decreto, el 27 de marzo, el 10 y el 24 de abril, respectivamente. La cuarta prórroga del 8 de mayo, continuada con la del 5 de junio hasta su levantamiento el 21 de junio llevó a cabo una atenuación de las restricciones. Puede entenderse, por ello, que a partir del 8 de mayo las restricciones sí encajan en el marco del estado de alarma. La última palabra al respecto la dirá el Tribunal Constitucional cuando resuelva los recursos de inconstitucionalidad presentados contra el decreto citado.

(36) FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, P., «Los derechos fundamentales en estado de alarma: una suspensión inconstitucional», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 119, 2021 (págs. 59-99).

El artículo 7 estableció el confinamiento general de los ciudadanos estableciendo una prohibición de circular —o salir del domicilio— salvo para adquirir alimentos, productos farmacéuticos y de primera necesidad; acudir a centros de salud; ir al trabajo; cuidado de mayores, niños y personas dependientes; ir a entidades financieras y de seguros; o por causa de fuerza mayor o situación de necesidad u otra actividad de naturaleza análoga; pudiendo acordarse el cierre a la circulación de carreteras o tramos de ellas». Se trata de medidas que parecen encajar mejor en lo previsto en el artículo 20 de la LOEAS que contempla expresamente la prohibición de circulación de personas y vehículos en las horas y lugares que se determinen(37).

A favor de interpretar estas medidas como una limitación drástica pero no como una suspensión, por lo que la declaración del estado de alarma (y no la de excepción) se considera que fue —desde el inicio de la crisis— la opción constitucionalmente correcta se han esgrimido básicamente dos tipos de argumentos:

- a) El primero, el de que el derecho a la libre circulación (y otros conexos) no se ha suspendido porque, aunque su ejercicio se ha sometido a diversas condiciones, de cumplirse estas, puede ser ejercido.
- b) El segundo, que, precisamente por lo anterior, esos derechos pueden ser alegados por los ciudadanos ante la jurisdicción, lo que no podría ocurrir respecto a derechos que por estar suspendidos no podrían en ningún caso ser alegados y defendidos jurisdiccionalmente(38). Y ello porque la suspensión de los derechos implica la supresión de sus garantías ordinarias. La tutela de un derecho suspendido queda limitada a la posibilidad de que se declare la inconstitucionalidad del decreto de declaración o prórroga. Mientras que la restricción permite invocarlo ante el juez por lo que la tutela ordinaria se mantiene. Así ha ocurrido y ocurre en relación al derecho de reunión y manifestación, y respecto a la libertad de circulación. La justicia ha anulado sanciones impuestas a los particulares que han visto restablecido así sus derechos. Si hubiera habido suspensión, estas alegaciones y controles no hubieran sido posible.

(37) Un examen detallado de las medidas en DURÁN ALBA, J.F., «Afectaciones a la libertad de circulación derivadas del Estado de alarma declarado a causa de la crisis COVID-19», en *Los efectos horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*. Fundación Giménez Abad, Zaragoza, 2020. El autor denuncia que el Decreto «no se acompaña de un lúcido esfuerzo justificativo» pues se limita a afirmar en su exposición de motivos que no suponen la suspensión de ningún derecho fundamental, y concluye con un juicio que compartimos plenamente: «un examen de la intensidad de la restricción que han padecido los derechos y libertades afectados por el primer estado de alarma pandémico (...) desvelaría un resultado más suspensivo que meramente restrictivo».

(38) DURÁN ALBA, J.F., «Afectaciones a la libertad de circulación ... op. cit.

Se trata de argumentos consistentes que el Tribunal Constitucional habrá de valorar cuando resuelva los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra el Decreto. En todo caso, a mi juicio, son argumentos formales que obvian el *quid* de la cuestión: la intensidad de la restricción. Los condicionamientos del derecho a la libre circulación impuestos en el Decreto de alarma son tales que —*de facto*— han dejado prácticamente vacío de contenido el derecho y de poco sirve por ello que pueda ser alegado ante la jurisdicción (39). Se trata —como ha advertido Solozábal— de un enfoque nominalista. «El legislador debe tener en cuenta que no puede autorizar en la declaración del estado de alarma actuaciones que percutan gravemente en el derecho, dejándolo reducido a mero nombre o apariencia, en realidad inservible para su ejercicio, pues este tipo de afectación llamémosla esencial del derecho, no está disponible para quien, como ocurre en el caso del estado de alarma, posee solo una habilitación para proceder a su restricción, y que no puede ni siquiera suspenderlo» (40). A nuestro juicio, el derecho de circulación (y en cierta medida también otros conexos como el de reunión y manifestación) desde la declaración del primer estado de alarma pandémico (Decreto de 14 de marzo de 2020) hasta su cuarta prórroga (8 de mayo) quedó reducido a un mero nombre. Se despojó al derecho de su contenido, reduciendo su haz de facultades al mínimo. El mantenimiento de ese mínimo es lo que permite a un sector doctrinal entender que no ha habido suspensión del derecho. A ello cabe replicar: ¿si el confinamiento domiciliario no es suspensión qué podría serlo? Ha sido el profesor Aragón quien con mayor claridad y contundencia ha denunciado —abandonando todo formalismo falsificador de la realidad— que «ordenar una especie de arresto domiciliario de la inmensa mayoría de los españoles, que es lo que realmente se ha hecho, no es limitar el derecho sino suspenderlo» (41). Este es uno de los principales interrogantes que el Tribunal Constitucional habrá de resolver.

En todo caso, si el Gobierno y las Cortes optaron por el estado de alarma fue porque este está expresamente previsto para catástrofes naturales, accidentes o crisis de naturaleza no política mientras que el estado de excepción se concibió fundamentalmente para hacer frente a crisis políticas. Básicamente es así, pero esa distinción —entre crisis de

(39) Por otro lado, no se puede confundir el derecho con su garantía. Según esa tesis, un derecho sin contenido, por estar garantizado, no podría considerarse suspendido. Realmente, ese vaciamiento es precisamente lo que define la suspensión, al margen de que las garantías se mantengan.

(40) SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J.J., «Algunas consideraciones constitucionales sobre el estado de alarma» ... *op. cit.*

(41) ARAGÓN, M., «Hay que tomarse la Constitución en serio», en *El País*, 10 de abril de 2020.

carácter natural y otras de naturaleza política— no puede entenderse como absoluta. García Cuadrado ya advirtió que el estado de alarma es un estado excepcional que parece tener «una confusa y contradictoria *naturaleza mixta* ... queriendo participar a un tiempo, en parte de las características de la defensa extraordinaria de la Constitución y en parte de la protección civil de la sociedad frente a eventos naturales catastróficos» (42). Esa naturaleza mixta debilita la frontera tajante que se ha establecido entre estado de alarma y excepción. El estado de alarma también puede activarse ante situaciones de crisis política o social como la provocada por huelgas o conflictos que provoquen desabastecimiento o paralización de servicios esenciales. Y ello sin necesidad de que se produzca accidente o catástrofe natural alguna. Así ocurrió en diciembre de 2010 cuando el Gobierno lo decretó para afrontar la crisis provocada por la huelga ilegal y encubierta de los controladores aéreos que paralizó el tráfico aéreo. Y, en sentido contrario, el estado de excepción puede y debe decretarse cuando se produzca una «grave alteración» de cualquier «aspecto del orden público». Este concepto de orden público no debe interpretarse restrictivamente sólo como paz, tranquilidad y seguridad en las calles, sino en un sentido más amplio, como orden público en sentido constitucional, es decir, como orden que permite el disfrute y el normal ejercicio de los derechos por parte de todos. Si ese normal ejercicio de los derechos —elemento esencial del orden público constitucional— se ve alterado, cabe apreciar la concurrencia del supuesto habilitante del estado de excepción. Que el orden público así entendido sufrió una alteración gravísima por la expansión del COVID-19 es algo difícilmente discutible. Por ello, desde esta óptica ningún reproche constitucional podría haberse realizado a la declaración el pasado marzo del estado de excepción.

Como ha advertido Aragón, «la protección de los derechos fundamentales exige una cuidadosa utilización del artículo 116 CE (...) no hay por qué tener reparos en decretar el estado de excepción si se dan las circunstancias que lo habilitan y si las medidas cuya adopción sea necesaria para hacerle frente con eficacia así lo requieren. No podemos estar presos de la imagen del pasado sobre los estados de excepción preconstitucionales, pues, afortunadamente, las garantías democráticas que, a partir de la Constitución, están previstas para el estado de excepción no son de menor entidad que las establecidas para el estado de alarma» (43).

(42) GARCÍA CUADRADO, A.M., «El estado de alarma y su ambigua naturaleza», en *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 8, 1994. págs. 81 y 82.

(43) ARAGÓN, M., «Epílogo» ... *op. cit.*

En todo caso, *de lege ferenda*, y para disipar las dudas sobre los supuestos que justifican el recurso al estado de excepción, convendría introducir en la LOEAES expresamente entre ellos, el de una crisis sanitaria provocada por una pandemia que dada su gravedad no puede ser combatida eficazmente con el estado de alarma, dado que se considera necesario llevar a cabo la suspensión de derechos.

VI. Reserva de ley y delegación de competencias

Al margen de lo anterior, los principales problemas del primer Decreto de alarma y sobre todo del tercero (RD 926/2020, de 25 de octubre) residen en que no fijaron con la claridad necesaria los supuestos, condiciones, e indicadores objetivos de las restricciones de derechos que establecían (44). El resultado de esa indeterminación normativa es que dichas medidas restrictivas se han establecido finalmente mediante órdenes ministeriales o decretos de los presidentes autonómicos dictadas en virtud de unas delegaciones efectuadas en los decretos de alarma que no tienen cobertura constitucional alguna. Estas normas reglamentarias acaban configurando por sí mismas la limitación de los derechos, y no son meros actos de aplicación o ejecución del decreto de alarma.

El marco constitucional del Derecho de crisis no permite delegar en autoridades político-administrativas la potestad de regular o establecer limitaciones de derechos fundamentales. La limitación con la máxima precisión posible (indicadores objetivos) constituye el contenido necesario del decreto de alarma. Las denominadas «autoridades delegadas» sólo pueden ejercer facultades de ejecución o aplicación de las medidas previstas en el decreto de alarma. Y corresponde al orden contencioso-administrativo del Poder Judicial, velar por que en el ejercicio de estas potestades de ejecución se respete escrupulosamente el marco legal del estado de alarma. El principio de división y de control del poder inherente al Estado de Derecho conserva así toda su vigencia.

Los numerosos problemas y controversias jurídicas suscitados durante la vigencia de los diferentes estados de alarma traen causa de no haberse respetado esos principios. Al no haber respetado el decreto de alarma las exigencias de la reserva de ley en su dimensión cualitativa y haberse establecido una suerte de delegaciones o habilitaciones muy genéricas para restringir derechos, las diferentes administraciones han ope-

(44) El segundo estado de alarma se aplicó sólo a Madrid en el contexto del enfrentamiento político existente entre el Gobierno central y el de aquella Comunidad. Desde la óptica de este trabajo, el Decreto de declaración del mismo fue el más correcto de todos. Al incluir en su Preámbulo una serie de indicadores objetivos para la restricción de determinados derechos, respetó las exigencias cualitativas de la reserva de ley.

rado con un notable grado de discrecionalidad, y los tribunales a la hora de enjuiciar la actividad de aquellas han dado respuestas distintas a problemas similares. En ese ejercicio de control, el Poder Judicial ha operado como el último baluarte en defensa de la libertad y los derechos contra la arbitrariedad del poder. Pero el Estado de derecho sufre igualmente si el Poder Judicial —sometido al imperio de la ley— carece de un marco normativo claro y preciso (decreto de alarma) que le permita enjuiciar la legalidad de las medidas restrictivas de derechos adoptadas por ministros o Presidentes Autonómicos.

1. La delegación en favor de determinados miembros del Gobierno

La LOEAS prevé que en el estado de alarma el Gobierno —como órgano colegiado— asuma la dirección de la crisis en su condición de «autoridad competente». No prevé ningún tipo de delegación. El Decreto de alarma no puede ser utilizado para delegar en otras autoridades las facultades para limitar derechos. La reserva de ley exige que el propio Decreto fije con la mayor precisión posible el alcance y los criterios o indicadores en virtud de los cuales se limitan los derechos.

La primera violación de esta prohibición se produjo con el Decreto de alarma de marzo, que llevó a cabo una delegación de competencias en determinados ministros(45) que no está prevista ni en la LOEAS ni tampoco en el derecho de la normalidad. Cabe poner en cuestión la legalidad de esas delegaciones(46). Las competencias de decisión política del Gobierno son indelegables. En situaciones de normalidad, el artículo 20. 2 de la ley 50/1997, de 27 de noviembre, de Gobierno solamente prevé que se puedan delegar «a propuesta del Presidente del Gobierno las funciones administrativas del Consejo de Ministros en las Comisiones Delegadas del Gobierno» y no funciones de naturaleza política o normativa en favor de los ministros. Y en el Derecho de crisis, la única delegación prevista en la LOEAS es la realizada a un Presidente Autonómico (art. 7).

(45) Al designar como «autoridades competentes delegadas, en sus respectivas áreas de responsabilidad» a los ministros de Defensa, del Interior, de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana y de Sanidad «bajo la superior dirección del presidente del Gobierno», otorgando residualmente la delegación de competencias en el resto de materias no previstas al Ministro de Sanidad (art. 4.2 RDCOVID). Esta delegación competencial posteriormente recaería en exclusiva en el Ministro de Sanidad (arts. 3 y 6 R. D. 537/2020, de 22 de mayo, que autorizó la quinta prórroga del estado de alarma) y, más tarde, sería compartida por este con los presidentes autonómicos (art. 6 R.D. 555/2020, de 5 de junio, que autorizó la sexta prórroga).

(46) APARICIO DE LÁZARO, J.R., «Los estados de alarma y excepción como mecanismos legales ante una pandemia», en *Actualidad Administrativa*, núm. 5, mayo, 2020. Pág. 7 y GONZÁLEZ DE LARA, J.M., «Régimen de recursos contra las órdenes dictadas por las autoridades competentes delegadas durante el estado de alarma», en *Actualidad Administrativa*, núm. 7, julio, 2020, págs. 4-8.

A pesar de ello, en el Decreto de alarma de marzo se delegaron en los ministros funciones que le son atribuidas al Gobierno por la LOEAS en su condición de órgano constitucional, y de titular del poder de dirección política del Estado, en general, y de dirección de crisis, en particular. Como consecuencia de esta delegación se quebrantó la reserva de ley en materia de derechos fundamentales. Por supuesto que se puede atribuir a los ministros competencias de ejecución de lo dispuesto en el decreto de alarma, pero nunca de normación o regulación.

Es preciso insistir en que debe ser el propio Decreto el que —por tener rango de ley— establezca las medidas limitadoras de derechos. Mediante órdenes ministeriales (u ordenes de los consejeros autonómicos) no se pueden establecer limitaciones de derechos. Sin embargo —en flagrante violación del principio de reserva de ley— se dictaron numerosas ordenes ministeriales que lo hicieron (por ejemplo, todas las reguladoras de las condiciones del denominado proceso de «desescalada»). A nuestro juicio, todas estas ordenes ministeriales vulneraron la reserva de ley establecida para proceder a la regulación de las condiciones de ejercicio de los derechos y libertades establecida en el artículo 53. 1 CE.

2. La delegación en favor de los presidentes de las Comunidades Autónomas

La sexta prórroga del primer estado de alarma reconoció a todos los presidentes autonómicos la condición de autoridades competentes delegadas en su territorio —compartida con la del Ministro de Sanidad— y se les atribuyó en exclusiva la competencia «para la adopción, supresión, modulación y ejecución de las medidas correspondientes a la fase III de la desescalada» en el ámbito territorial de su comunidad, autorizándoles también para decidir la finalización del estado de alarma en su territorio (art. 6.1 y 6.2 RD 555/2020, de 5 de junio, sexta prórroga). Se trató de una delegación manifiestamente inconstitucional. Se les atribuyó unas competencias de decisión y regulación que, por imperativo constitucional, el artículo 6.2 y 11 de la LOEAS atribuyen en exclusiva al Gobierno mediante el Decreto de alarma. Con ello, además, el COVID-19 —que el presidente del gobierno en un alarde de incomprensible irresponsabilidad consideró derrotado— se expandió y sentó las bases para la denominada segunda ola.

Esa desescalada no encuentra cabida alguna en nuestro ordenamiento (47). Como ha denunciado Herbón Costas, «la atribución a los pre-

(47) En contra, VELASCO CABALLERO, F., «Estado de alarma y distribución territorial del poder», en *El Cronista del Estado Social y Democrático*, núm. 86-87, marzo-abril, 2020.

sidentes autonómicos de capacidad de decisión sobre las medidas limitativas del ejercicio de derechos escapa a las competencias que le reconoce la LOEAS en su condición de autoridades competentes delegadas, y la habilitación para que las comunidades autónomas decidieran la salida del estado de alarma y el paso a la nueva normalidad efectuada en el artículo 6. 2 RD 555/2020 transfiere unas facultades que la LOEAS residencia exclusivamente en manos del Gobierno» (48).

Tomando como precedente la regulación de esa desastrosa «desescalada» que culminó con la segunda ola del COVID-19, el decreto de declaración del tercer estado de alarma aprobado en octubre y prorrogado inconstitucionalmente por un plazo de seis meses, llevó a cabo una delegación de las competencias del Gobierno como poder de dirección de las crisis en favor de todos y cada uno de los presidentes de las Comunidades Autónomas.

Delegación incompatible con uno de los principios esenciales vertebradores del Derecho de crisis: el mando único y la concentración de competencias. Incompatible también con la finalidad y la literalidad de la LOAES cuyo artículo 7 solo permite de modo excepcional delegar en un Presidente Autonómico el mando si el supuesto que justifica la declaración de la alarma no excede el ámbito territorial de una Comunidad Autónoma (49). E incompatible también —por lo que a nuestro tema interesa— con el respeto a la reserva de ley en materia de derechos fundamentales.

El RD 926/2020, de 25 de octubre establece un marco para la adopción de una serie de medidas restrictivas de derechos fundamentales y delega en las comunidades autónomas la facultad de establecerlas o no, e incluso de modularlas, sin fijar ningún tipo de criterio o indicador objetivo para ello (50).

(48) Compartimos plenamente su tesis: Los artículos 7, 9 y 10 LOEAS «privan al Gobierno de alternativa alguna para sortear este modelo de gestión (mando único) mediante la devolución (ni a sus ministros ni a las autoridades territoriales) de las competencias que la declaración de alarma le atribuye mientras persista la emergencia constitucional». HERBÓN COSTAS, J.J., «El mando y la gestión del estado de alarma», en *Los efectos horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*. Fundación Giménez Abad, Zaragoza, 2020.

(49) De la Quadra defiende una «interpretación más flexible que permita al Gobierno delegar la gestión de una alarma declarada en todo el territorio nacional en los Presidentes autonómicos de los respectivos territorios». DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T., «Estado Autonómico y lucha contra la pandemia» ... *op. cit.* Se trata de una interpretación absolutamente libre de la LOEAS que no se puede compartir. Toda delegación requiere una base legal. Realmente, lo único claro del desafortunado artículo 7 es que, si el ámbito territorial de la crisis excede de una Comunidad Autónoma, no cabe «delegación». Fuera de ello, todo son dudas sobre el significado y alcance de esa delegación. Por lo que a nuestro tema respecta, debemos subrayar que lo que nunca podría delegarse es la facultad de establecer o regular del modo que sea limitaciones de los derechos fundamentales.

(50) El artículo 2 atribuye la autoridad competente delegada a los presidentes de las Comunidades Autónomas y el artículo 3 les habilita para dictar «las órdenes, resoluciones y disposiciones para la aplicación de lo previsto en los artículos 5 a 11».

Este decreto ha dado lugar en la práctica a 17 estados de alarma diferentes y sumido a los ciudadanos en la más absoluta confusión. La intensidad de las medidas restrictivas de derechos que se aplican en cada Comunidad depende exclusivamente de la voluntad de su presidente.

Las restricciones de derechos que permite el Decreto son las siguientes: artículo 5: limitación de la libertad de circulación de las personas en horario nocturno (toque de queda); artículo 6: limitación de la entrada y la salida en las Comunidades Autónomas, y en ámbitos territoriales inferiores (cierres perimetrales autonómicos, provinciales o municipales); artículo 7: limitación de la permanencia de personas en espacios públicos y privados (a 6 o inferior). La primera limitación es la única que se impone —en un primer momento— con carácter nacional, aunque se permite modularla(51). La adopción o no de las demás se deja a la absoluta discrecionalidad de los presidentes autonómicos sin establecer ningún tipo de indicador objetivo(52).

El principio de seguridad jurídica queda así gravemente erosionado(53). Como ha denunciado Jiménez-Blanco, «lo que se pone en manos de las Comunidades Autónomas no es un cheque en blanco, sino un talonario de cheques en blanco. Todo queda a su albur —va a haber 17 estados de alarma diferentes—, salvo, eso sí, el confinamiento domiciliario»(54). En la práctica, este escenario caótico ha permitido que en Comunidades Autónomas con mejores datos e indicadores sanitarios y epidemiológicos que otras, se hayan adoptado medidas más restrictivas y limitaciones de derechos más intensas que las aprobadas en otras en peor situación.

(51) El Decreto de prórroga (RD 956/2020 de 3 de noviembre) suprimió el toque de queda obligatorio y lo añadió al elenco de medidas que libremente pueden adoptar o no las Comunidades.

(52) Así el artículo 10 habilita a los presidentes autonómicos a modular, flexibilizar y suspender la aplicación de esas medidas. Y la referencia a los indicadores es en relación a los que se aprueben en el futuro. El procedimiento para la aprobación de los mismos dista mucho de ser claro. Coincido plenamente con Jiménez-Blanco: «de todos los reproches que merece el RD de 25 de octubre, lo más grave (es) la carencia de indicadores (...) o sea de aquello que pudiera permitir la transparencia de las decisiones y su controlabilidad, que son dos exigencias que imponen con frecuencia las disposiciones europeas como requisito de una tutela judicial verdaderamente efectiva (y también como condición de una democracia de calidad, que es aun más importante». Desde esta óptica, el tercer estado de alarma supuso un paso atrás respecto al segundo (RD 900/2020, de 9 de octubre) dictado para Madrid pero que, al menos, en su Preámbulo establecía tres indicadores objetivos (incidencia acumulada, porcentaje de positividad y ocupación de UCIS). JIMÉNEZ-BLANCO, A., «El tercer estado de alarma», en <https://www.globalpoliticsandlaw.com/2020/11/11/tercer-estado-alarma/>

(53) Así lo advertí en una tribuna en *El País* al día siguiente de la publicación del Decreto. TAJADURA TEJADA, J., «Estado de alarma y seguridad jurídica», 27 de octubre de 2020.

(54) JIMÉNEZ-BLANCO, A., «El tercer estado de alarma» ... *op. cit.*

VII. Otras vulneraciones de la reserva de ley

Señalo a continuación otras vulneraciones de la reserva de ley que se han producido a la hora de afrontar la crisis provocada por el COVID-19.

En primer lugar, se ha vulnerado la reserva de ley cuando las limitaciones de derechos se han establecido mediante los Decretos a los que se refiere el art 8. 2 LOEAS: «El Gobierno también dará cuenta al Congreso de los Diputados de los decretos que dicte durante la vigencia del estado de alarma en relación con éste». Estos Decretos —a diferencia de lo que ocurre con los de declaración y prórroga— no tienen fuerza de ley y por tanto no pueden modificar o ampliar las limitaciones de derechos establecidas (55).

En segundo lugar, se ha vulnerado la reserva de ley cuando las limitaciones de derechos se han establecido mediante Decretos-Leyes. Como se expuso al inicio, el principio democrático exige que la reserva de ley sea de ley formal aprobada por el Parlamento. Por ello el artículo 86. 1 CE dispone que los Decretos-leyes no podrán afectar a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título I de la constitución. Durante la pandemia el Gobierno ha recurrido sistemáticamente al Decreto-ley y en algunas ocasiones tal utilización es constitucionalmente adecuada. Pero en otros casos los decretos-leyes afectan a materias —tributaria, procesal o de organización de la administración de justicia— que le están vedadas por el artículo 86.1. Algunos de estos decretos-leyes han llegado incluso a modificar y ampliar medidas adoptadas por los decretos de declaración y prórroga del de alarma. Así, la regulación de lo que se denominó «nueva normalidad» se estableció mediante el 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. Esta es la norma que dio cobertura legal a la obligatoriedad del uso de mascarillas (art. 6) y donde se estableció la distancia de seguridad (1.5 metros) para centros docentes, establecimientos hosteleros y otras actividades.

Como ha advertido el profesor Aragón, esta utilización (abusiva) del Decreto-ley es uno de los problemas importantes que se han planteado durante la vigencia del estado de alarma. Los Decretos-leyes son Derecho de la normalidad, no de la excepción. Son normas extraordinarias en cuanto que sólo pueden ser utilizadas (sustituyendo a las Cortes y de forma provisional) en casos de «extraordinaria y urgente necesidad», pero no son normas de excepción de las que integran el Derecho de cri-

(55) Por ejemplo, el RD 465/2020 introdujo modificaciones en el RD 463/2020.

sis: «No es el artículo 86.1 el que prevé un derecho de excepción, sino el artículo 116. De ahí que lo que sí pueden hacer los decretos de declaración y prórroga de los estados excepcionales, en este caso, del estado de alarma, no pueden hacerlo los decretos-leyes» (56). Y mucho menos los Decretos-leyes autonómicos.

Obligado es denunciar en este sentido lo ocurrido en Cataluña cuando el verano pasado, el Poder Judicial denegó la ratificación de las medidas establecidas por la Generalitat (confinamientos generales) a la comarca del Sagriá. Para sortear el veto de la jurisdicción contenciosa, el Gobierno catalán aprobó el Decreto-Ley 27/2020, de 13 de julio, por el que se establecen varias reglas para el ejercicio de la potestad prevista en el art. 3 LOMESP. Coincidimos con Ana Carmona en la manifiesta inconstitucionalidad de ese Decreto: «Emplear el decreto ley para limitar derechos fundamentales genera un vicio de inconstitucionalidad evidente, puesto que la afectación de los mismos queda expresamente vedada a la potestad de urgencia atribuida a los gobiernos» (57).

En tercer lugar, es preciso denunciar además que, en periodos en que no ha estado en vigor ningún estado de alarma, mediante normas reglamentarias autonómicas (órdenes de consejeros) —sin habilitación legal alguna— se han restringido numerosos derechos. El supuesto más grave, por tratarse de una suspensión del derecho y no mera limitación, y por la trascendencia del derecho vulnerado, fue la supresión del derecho de sufragio de determinadas personas en las elecciones autonómicas celebradas en Galicia y el País Vasco en julio de 2020.

VIII. Consideraciones finales

La lucha contra el COVID-19 ha erosionado gravemente el Estado de Derecho. La violación generalizada del principio de reserva de ley y una interpretación y aplicación inconstitucionales del Derecho de crisis nos ha conducido a un escenario en el que el principio de seguridad jurídica no se ha garantizado y en el que se han producido numerosas vulneraciones de derechos fundamentales. El responsable último de todo ello es el legislador. Es la inacción del legislador la causa de lo que José

(56) ARAGÓN, M., «Epílogo» ... *op. cit.*

(57) Por ello sostuvo con acierto que «la limitación de derechos fundamentales que se propone llevar a cabo en el excepcional contexto generado por los brotes —la Catedrática de la Universidad de Sevilla escribía tras el levantamiento en junio del estado de alarma y el caos de la desescalada— cuyos destinatarios no son individuos concretos, sino todos aquellos que residen en los territorios afectados, exigiría declarar el estado de alarma en dicho ámbito geográfico». CARMONA, A., «El fin no justifica los medios», en *El País*, 16 de julio de 2020.

María Baño ha denominado «confusión regulatoria en la crisis sanitaria» (58). Ausencia de leyes que contrasta con la profusión de ordenes ministeriales y de consejeros autonómicos y de decretos de los presidentes autonómicos.

Órdenes y decretos —normas de rango reglamentario todas ellas— que, con la finalidad legítima de frenar la expansión del COVID-19, han limitado drásticamente derechos fundamentales. En unos casos, sin cobertura constitucional suficiente puesto que el Derecho de la normalidad no permite llevar a cabo limitaciones de derechos con carácter general y de tal intensidad como un confinamiento. En otros, con la supuesta cobertura de unos Decretos de alarma que, por la ausencia de indicadores objetivos para llevar a cabo las restricciones de derechos, no cumplen tampoco las exigencias de la reserva de ley en su dimensión cualitativa.

El fin no justifica los medios. La lucha contra el COVID-19 requiere adoptar medidas limitadoras de derechos fundamentales. En los peores escenarios puede resultar necesario incluso recurrir a la suspensión de algunos. Ahora bien, esas medidas deben adoptarse respetando los principios y valores esenciales del Estado de Derecho (reserva de ley y seguridad jurídica). Corresponde siempre e inexcusablemente al legislador la potestad de regular y limitar los derechos. En circunstancias de normalidad la afectación e intensidad de esas restricciones no pueden superar cierto límite. Concretamente para limitar con carácter general el derecho de libre circulación y otros conexos es preciso recurrir al Derecho de crisis. El legislador de excepción sí que puede establecer esas limitaciones mediante el decreto de declaración del estado de alarma, pero solo puede llevar a cabo suspensiones de derechos a través de la declaración del de excepción.

En todo caso, y esta es una de las principales críticas y conclusiones de este estudio, esos decretos deben respetar la dimensión cualitativa de la reserva de ley. Es decir, deben determinar con absoluta claridad el alcance e intensidad de las limitaciones, y, sobre todo, en una crisis mo-

(58) BAÑO LEÓN, J. M., «Confusión regulatoria en la crisis sanitaria», 29 de octubre de 2020, en <https://almacenederecho.org/confusion-regulatoria-en-la-crisis-sanitaria>. Inactividad de nuestras Cortes Generales que contrasta con la diligencia del Bundestag alemán que el 27 de marzo de 2020 modificó la Ley de Protección frente a Infecciones, introduciendo la «situación epidémica de alcance nacional» y atribuyendo importantes funciones al Instituto Robert Koch (una Administración Independiente); o con la de la Asamblea Nacional francesa que modificó su Código de Salud Pública mediante la Ley 2020-290, de 23 de marzo, «para hacer frente a la epidemia de COVID-19. La desidia de nuestro legislador ha sido tal que, a pesar del grave problema jurídico que supuso aplazar las elecciones autonómicas inicialmente convocadas para abril de 2020 en Galicia y País Vasco, la Ley Orgánica de Régimen Electoral General sigue sin modificarse. Y la controversia jurídica se ha vuelto a plantear en relación a las catalanas del 14 de febrero de 2021.

tivada por una pandemia como la del COVID-19, recoger los indicadores objetivos o criterios (sanitarios, epidemiológicos, etc) en función de los cuales se aplican las limitaciones. Esos indicadores están cubiertos por la reserva de ley y su fijación no puede quedar en manos de la Administración. Las distintas administraciones —central y autonómicas— en el ámbito de sus competencias deberán aplicar y ejecutar las medidas restrictivas según los criterios establecidos en el Decreto de alarma. Solamente así queda garantizada la seguridad jurídica.

Lamentablemente, en ausencia de esos indicadores, las distintas administraciones se ampararon primero en la LOMESP, y en las delegaciones de los Decretos de alarma después, para fijar cada una los criterios en función de los cuales restringir los derechos fundamentales. La LOMESP se utilizó como un cheque en blanco para restringir derechos y posteriormente el último decreto de alarma dictado al amparo de la LOEAES como un verdadero talonario de cheques (Jiménez-Blanco).

De las limitaciones de derechos fundamentales establecidas en el Decreto de alarma, cabe decir —como de las previstas en cualquier otra norma de rango legal— que «pueden vulnerar la Constitución si adolecen de falta de certeza y previsibilidad en los propios límites que imponen y su modo de aplicación». Esto es lo que ha ocurrido. El Gobierno ha llevado a cabo una aplicación del Derecho de crisis incompatible con las exigencias de la cláusula del Estado de Derecho. Ha fragmentado el estado de alarma en 17 estados de alarma; ha aplicado las disposiciones que le convenían y quebrantado y vulnerado las que no le eran útiles; ha vulnerado la reserva de ley, y quebrantado la seguridad jurídica. El Derecho ha dejado de cumplir su finalidad esencial: proporcionar certeza, generar confianza, garantizar seguridad. En lugar de ello tenemos confusión y desconcierto.

El Tribunal Constitucional tiene la última palabra sobre los numerosos aspectos problemáticos y controvertidos de la aplicación del derecho de crisis aquí expuestos. El hecho de que, pasado un año desde la aprobación del primer Decreto de alarma, el Tribunal no haya dictado sentencia sobre los recursos planteados contra él, pone de manifiesto otra grave carencia de nuestro sistema de garantías. Este debe ser perfeccionado. En la medida en que, por tratarse de normas con rango de ley, los decretos de declaración y prórroga de los estados excepcionales sólo pueden ser impugnados ante el Tribunal Constitucional habría que establecer una vía sumaria y urgente de recurso frente a los mismos que obligara al Tribunal a dictar sentencia en un plazo breve.

Bibliografía

- ABA CATORIA, A., «El estado de alarma en España», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 28, 2011.
- ÁLVAREZ GARCÍA, V., «El coronavirus: respuestas jurídicas frente a una situación de emergencia sanitaria», en *El Cronista del Estado Social y Democrático*, núm. 86-87, marzo-abril, 2020.
- APARICIO DE LÁZARO, J.R., «Los estados de alarma y excepción como mecanismos legales ante una pandemia», en *Actualidad Administrativa*, núm. 5, mayo, 2020.
- ARAGÓN, M., «Epílogo», en *Los efectos horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*. Fundación Giménez Abad, Zaragoza, 2020.
- ARAGÓN, M., «Hay que tomarse la Constitución en serio», en *El País*, 10 de abril de 2020.
- BAÑO LEÓN, J.M., «Confusión regulatoria en la crisis sanitaria», 29 de octubre de 2020, en <https://almacenederecho.org/confusion-regulatoria-en-la-crisis-sanitaria>.
- BARNES, J., «Un falso dilema», en *El País*, 14 de agosto de 2020.
- BIGLINO CAMPOS, P., «Introducción: los efectos horizontales de la covid», en *Los efectos horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*. Fundación Giménez Abad, Zaragoza, 2020.
- CARMONA, A., «El fin no justifica los medios», en *El País*, 16 de julio de 2020.
- CRUZ VILLALÓN, P., *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Tecnos, Madrid, 1984.
- DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T., «Estado Autonómico y lucha contra la pandemia», en *Los efectos horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*. Fundación Giménez Abad, Zaragoza, 2020.
- DE VEGA, P., «Mundialización y Derecho Constitucional», en *Obras escogidas de Pedro de Vega*, CEPC, Madrid, 2017.
- DOMENECH PASCUAL, G., «Comunidades Autónomas, derechos fundamentales y covid 19», en <https://almacenederecho.org>. 21 de julio de 2020
- DOMENECH PASCUAL, G., «Derecho público del coronavirus», en <https://almacenederecho.org>. 14 de marzo de 2020
- DURÁN ALBA, J.F., «Afectaciones a la libertad de circulación derivadas del Estado de alarma declarado a causa de la crisis COVID-19», en *Los efectos horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*. Fundación Giménez Abad, Zaragoza, 2020.
- ESTEVE PARDO, J., *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, P., «Los derechos fundamentales en estado de alarma: una suspensión inconstitucional», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 119, 2021.
- GARCÍA CUADRADO, A.M., «El estado de alarma y su ambigua naturaleza», en *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 8, 1994.

- GARRIDO LÓPEZ, C., «Naturaleza jurídica y control jurisdiccional de las decisiones constitucionales de excepción», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 110, mayo-agosto 2017.
- GARRIDO LÓPEZ, C., *Decisiones excepcionales y garantía jurisdiccional de la Constitución*, Marcial Pons, Madrid, 2021.
- GARRORENA, Á., *El lugar de la ley en la Constitución española*, CEC, Madrid, 1980.
- GONZÁLEZ DE LARA, J.M., «Régimen de recursos contra las órdenes dictadas por las autoridades competentes delegadas durante el estado de alarma», en *Actualidad Administrativa*, núm. 7, julio, 2020.
- HERBÓN COSTAS, J.J., «El mando y la gestión del estado de alarma», en *Los efectos horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*. Fundación Giménez Abad, Zaragoza, 2020.
- JIMÉNEZ-BLANCO, A., «El tercer estado de alarma», en <https://www.global-politicsandlaw.com/2020/11/11/tercer-estado-alarma/>
- NOGUEIRA LÓPEZ, A., «Confinar el coronavirus. Entre el viejo derecho sectorial y el Derecho de excepción», en *El Cronista del Estado Social y Democrático*, núm. 86-87, marzo-abril, 2020.
- PRESNO, M., <https://presnoliner.wordpress.com/2020/>
- RUBIO LLORENTE, F., «Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley (Sobre el problema del concepto de Ley en la Constitución)», en *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, tercera edición, CEPC, Madrid, 2012. Vol. III.
- SAENZ ROYO, E., «Limitar derechos fundamentales durante la pandemia», en <https://fundaciongimenezabad.es>.
- SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J.J., «Algunas consideraciones constitucionales sobre el estado de alarma», en *Los efectos horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*. Fundación Giménez Abad, Zaragoza, 2020.
- TAJADURA TEJADA, J., «Estado de alarma y seguridad jurídica», 27 de octubre de 2020.
- TAJADURA TEJADA, J., *Los Derechos fundamentales y sus garantías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- TERUEL LOZANO, G., «Desconcierto jurídico ante el rebrote de la pandemia: pinceladas aclaratorias», en <https://hayderecho.expansion.com>.
- TORRES DEL MORAL, A., *Principios de Derecho Constitucional Español*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, sexta edición, Madrid, 2010. Tomo I.
- VELASCO CABALLERO, F., «Estado de alarma y distribución territorial del poder», en *El Cronista del Estado Social y Democrático*, núm. 86-87, marzo-abril, 2020.
- VIDAL PRADO, C. y DELGADO RAMOS, D., «Algunas consideraciones sobre la declaración del estado de alarma y su prórroga», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 92, mayo-agosto 2011.

Jurisprudencia



El Supremo «alivia» la carga procesal del lesionado y determina el momento de la aparición del daño en la acción de responsabilidad patrimonial contra el legislador

The Supreme court «relieves» the procedural burden on the injured party and defines the onset moment of the damage in the patrimonial liability action against the legislator

M.^ª CONSUELO ALONSO GARCÍA

Catedrática de Derecho Administrativo
Universidad de Castilla-La Mancha
Consuelo.Alonso@uclm.es
ORCID: 0000-0002-1240-8260

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.120.2021.05>

LABURPENA: Lan honek Auzitegi Gorenaren kasazio-doktrina berria aztertzen du, zeinak Sektore Publikoko Araubide Juridikoaren 40/2015 Legeak ezarritako eskakizun batzuk interpretatu eta egokitzen baititu; hala bada, Estatu Legegilearen ondarezko erantzukizuna ikusten du konstituzio-kontrako legeek (eta Europar Batasuneko Zuzenbidea urratzen duten legeek) eragindako kalteak direla eta. Zehazki, Auzitegiak ofizioz berrikustea onartzen du ustez konstituzioaren aurkakoa den lege-xedapena betearazten duen administrazio-jarduna aurkaratzeko errekurtso egoki gisa, hau da, lege-testu horren 32.4 artikuluan aurreikusitako baldintza betetzat jotzeko; eta ordaina jaso dezaketen kalteak egintzat hartzen diren momentua zehazten du, halaber, araua konstituzioaren aurkakoa dela adierazten duen epaia argitaratu baino lehenagoko bost urteko hasierako epea zenbatzeko. Arau beraren 34.1 artikulua bigarren paragrafoak aipatzen du muga hori.

HITZ-GAKOAK: Legegilearen erantzukizuna. Kasazio-doktrina. Prozesuko betekizunak. Denbora-eskakizunak.

ABSTRACT: This work examines the innovative doctrine related to appeals delivered by the Supreme Court that interprets by tempering them some of the requirements established by the Act 40/2015 on the Legal Regime of the Public Sector, in order to determine the patrimonial liability of the legislator State for the damages resulting of unconstitutional legislative acts (and acts that infringe EU Law). Specifically, the Court admits the *ex officio* review as an adequate action to challenge the administrative action that executes an alledgedly unconstitutional legislative provision to the effects of meeting the conditions of art. 32.4 of the aforementioned legal act, and it defines the moment where damages are to be considered inflicted for the purpose of indemnization so as to estimate the onset

moment of the five years limit term previous to the publication of the judgment that concludes its unconstitutionality, a time limitation to which art. 34.1, second paragraph, of the same provision refers.

KEYWORDS: Liability of the legislator. Doctrine related to appeals on law. Procedural requirements. Temporary requirements.

RESUMEN: El presente trabajo examina la novedosa doctrina casacional del Tribunal Supremo que interpreta, atemperándolas, algunas de las exigencias que impone la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, para apreciar la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador por los perjuicios derivados de leyes inconstitucionales (y de leyes que vulneran el Derecho de la Unión Europea). Concretamente, el Tribunal admite la revisión de oficio como recurso oportuno para impugnar la actuación administrativa que ejecuta la disposición legislativa pretendidamente inconstitucionalidad a los efectos de entender cumplida la condición prevista en el artículo 32.4 de dicho texto legal, y define el momento en el que se entienden producidos los daños indemnizables a fin de contabilizar el plazo inicial de los cinco años anteriores a la fecha de la publicación de la sentencia que declare su inconstitucionalidad, limitación a la que se refiere el artículo 34.1, párrafo segundo, de la misma norma.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad Legislador. Doctrina casacional. Requisitos procesales. Exigencias temporales.

Trabajo recibido el 24 de febrero de 2021

Aceptado por el Consejo de Redacción el 21 de mayo de 2021

Sumario: I. Introducción: la responsabilidad patrimonial del legislador en la Ley 40/2015.—II. El *iter* judicial del que parte esta nueva doctrina jurisprudencial.—III. El recurso que se considera oportuno para ir contra el acto administrativo que ejecuta una ley supuestamente inconstitucional. 1. La necesidad de combatir el acto administrativo que ejecuta una ley pretendidamente inconstitucional. 2. La interpretación por el TSJ País Vasco sobre cuál haya de ser el recurso adecuado para dirigirse contra el acto administrativo causante del daño. 3. Los considerandos de las Sentencias del Tribunal Supremo.—IV. Las limitaciones de carácter temporal al ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial del legislador. 1. Los límites a la facultad de instar la reclamación de la acción de responsabilidad patrimonial por los ilícitos legislativos. 2. La limitación de la indemnización a los daños producidos en los cinco años anteriores a la declaración de incumplimiento. A) La previsión de la Ley 40/2015. B) La interpretación del momento en el que se produce el perjuicio según el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. C) La interpretación del Tribunal Supremo.—V. Conclusiones.—VI. Bibliografía.

I. Introducción: la responsabilidad patrimonial del legislador en la Ley 40/2015

La Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP, en adelante), constituye la primera regulación normativa de la responsabilidad patrimonial del Legislador, una institución de reciente creación jurisprudencial.

A tal efecto, la norma contempla tres supuestos en los que el Estado debe afrontar la reparación de los daños originados por disposiciones de rango legal:

El primero, cuando el perjuicio trae su causa en una ley que vulnera el principio de confianza legítima, supuesto para cuya ordenación, el artículo 32.3 del texto legal se limita a reproducir literalmente el antiguo artículo 139.3 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común de 1992. Sorprende que el Legislador de 2015, que tan exigente se ha mostrado a la hora de imponer los requisitos que deben concurrir para valorar la responsabilidad patrimonial del Parlamento, haya mantenido, y reiterado, un precepto de tan indeterminado significado, en el que subyace una regla tan ambigua en su interpretación como en la determinación de su alcance⁽¹⁾,

(1) La reproducción del polémico precepto hace que vuelvan a plantearse las mismas dudas que, tanto a nivel doctrinal como judicial, generó su compleja exégesis en el pasado: el alcance de la diferenciación entre actos legislativos expropiatorios y no expropiatorios de derechos, la consideración de la antijuridicidad del daño y la no obligación de soportar el contenido de las disposiciones legislativas que han sido válidamente aprobadas, la manera en que ha de inter-

y ampliamente cuestionada por la doctrina (2). Tal vez sea porque duda de la virtualidad práctica de un motivo cuya apreciación está siendo cada vez más rechazado por la jurisprudencia (3).

Los segundo y tercer motivos de exigencia de responsabilidad patrimonial al Estado en cuanto Legislador se producen cuando las disposiciones legales que causan, en última instancia, los daños son declaradas inconstitucionales o vulneran el Derecho de la Unión Europea, supuestos regulados en los artículos 32.3 a) y 32.4, el primero, y 32.3 b) y 32.5, el segundo.

Para preservar el principio europeo de equivalencia, la Ley 40/2015 establece idénticos requisitos procesales y temporales para pretender y valorar ambos tipos de reclamaciones indemnizatorias, aunque cuando se trata de leyes que incumplen el Ordenamiento de la Unión, la norma ha

pretarse el silencio del Legislador en cuanto a la indemnización y la voluntad tácita que, en su caso, ha querido expresar con dicha omisión, así como respecto de la cuantía de la indemnización, que sugiere si ha de limitarse a la fijada en la propia disposición legislativa o si, por el contrario, puede el juez ampliarla o cuestionar los supuestos y las condiciones en las que ésta ha de hacerse efectiva.

(2) *Vid.* por todos GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, «El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador», *RAP*, 159 (2002), pero también MARTÍN REBOLLO, Luis, quien refiriéndose a la redacción del precepto, mantiene que dicha responsabilidad depende, en definitiva, de lo que al respecto fijen los propios actos legislativos, por lo que resulta ser «Una precisión seguramente innecesaria y, si se me apura, hasta perturbadora» («Responsabilidad Patrimonial por actos legislativos: una discutible elaboración jurisprudencial en expansión», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 556 (2002), pág. 1), QUINTANA LÓPEZ, Tomás quien considera que se trata de una disposición normativa legal «...hasta tal punto desestabilizadora que rompe los límites razonables en las relaciones entre la Administración y los administrados» («La responsabilidad del Estado Legislador», *RAP*, 135 (1994), pág. 571) o BACIGALUPO SAGGESE, Mariano («El principio de seguridad jurídica y sus manifestaciones», *Documentación Administrativa*, 263-264 (2002).

(3) El argumento de la vulneración del principio de confianza legítima, junto con el de la violación del Derecho de la Unión Europea, fue defendido por los recurrentes en las múltiples demandas de responsabilidad patrimonial que contra el Estado mantuvieron los productores de energías renovables contra los «paquetes» normativos que definían el régimen aplicable a este tipo de producción energética (2010-2012, en el que se limitaron los incentivos inicialmente previstos a la misma, y 2012-2014, en el que se suprimieron las primas de las que se beneficiaban). Los demandantes planteaban que la responsabilidad en que incurrió el Legislador derivaba de los perjuicios causados tanto por la alteración «sorpresiva» del régimen jurídico primado del que hasta las citadas normas habían disfrutado como de la conculcación de los compromisos que nuestro Derecho había asumido en virtud de la Directiva 2009/28/CE (que obligaba a nuestro país a utilizar un determinado porcentaje de este tipo de energía en el consumo final). Finalmente, tanto el Tribunal Constitucional como el Supremo desestimarán dichas pretensiones al entender que ni se atentó contra la confianza legítima —dada la interpretación amplia del «riesgo regulatorio» que asumían los operadores del sistema— ni se violentó la Directiva invocada (SSTC 270/2015 y 36/2017, y SSTS de 12 de abril de 2012 (rec. cas. 40/2011), 13 de enero de 2014 (rec. cas. 357/2012) y 24 de junio de 2016 (rec. 494/2014, rec. 628/2014, rec. 536/2014, rec. 484/2014 y 637/2014), entre otros numerosísimos fallos). Sobre esta cuestión puede examinarse nuestro trabajo «Jurisprudencia española sobre los recortes a las renovables», en *El Derecho de las energías renovables y el regadío* (dir. DELGADO PIQUERAS, Francisco), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2018, págs. 117 a 141.

previsto una serie de exigencias de naturaleza sustantiva (4) que la Comisión Europea ha considerado que no respetan dicha máxima, razón por la que ha procedido a demandar a nuestro Estado ante el Tribunal de Justicia en el recurso de incumplimiento C-278/20 (5), todavía no resuelto.

Las severas condiciones que la Ley de 2015 impone a quienes pretenden la reparación pecuniaria de los daños y perjuicios derivados de leyes que atentan contra el Derecho, nacional o europeo, y que prácticamente convierte en inmune al Parlamento, han provocado una radical transformación con respecto de la situación jurídica anterior, cuyas reglas, en ausencia de legislación al respecto, se habían conformado de manera ampliamente generosa por nuestro Tribunal Supremo.

En efecto, ya desde las sentencias resolutorias del asunto sobre las *máquinas recreativas* (6), la más alta Magistratura permitía demandar la responsabilidad del Estado frente a disposiciones legislativas que hubieran sido declaradas contrarias a la Norma fundamental incluso a los particulares que hubieran obtenido sentencia firme desestimatoria del recurso contra el acto de aplicación de la norma inválida o a aquellos que ni siquiera hubieran reaccionado frente a dichos actos de ejecución (7).

(4) Las exigencias de naturaleza sustantiva que el artículo 32.5 LRJSP impone para apreciar la responsabilidad en que incurre el Legislador nacional frente a las violaciones del Derecho europeo son las siguientes:

- a) La norma ha de tener por objeto conferir derechos a los particulares.
- b) El incumplimiento ha de estar suficientemente caracterizado.
- c) Ha de existir una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación impuesta por el Derecho europeo y el daño sufrido por los particulares.

Dichos requisitos no son exigibles cuando la responsabilidad se pretende del supuesto que nos ocupa: daños producidos por actos de aplicación de leyes inconstitucionales.

(5) La vulneración del principio de equivalencia operada por la Ley española de 2015 no es el único motivo que argumenta la Comisión en su demanda: entiende, asimismo, que la regulación nacional para valorar la responsabilidad patrimonial ante los incumplimientos de las normas europeas atenta contra el principio de efectividad en cuanto que las cargas procesales previstas para el ejercicio de la acción resarcitoria y las limitaciones temporales impuestas para obtener la indemnización son tan excesivas que hacen imposible o excesivamente difícil su reconocimiento.

(6) Sentencias de 29 de febrero de 2000 (rec. 49/1998), 13 de junio de 2000 (rec. cas. 2438/199), 15 de julio de 2000 (rec. 736/1997) y 27 de diciembre de 2000 (rec. 521/1998 y rec. 537/1998), y las que a ellas siguieron sobre este mismo asunto, todas ellas estimatorias.

(7) Esta regla, prevista para el ejercicio de la acción de responsabilidad frente a daños derivados de leyes inconstitucionales, se trasladaría, por aplicación del principio de equivalencia del Derecho de la Unión Europea, a la destinada a compensar los originados por leyes que atentarán contra el Derecho transnacional. Así lo entendió el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 17 de septiembre de 2010 (rec. 153/2007, 373/2006 y 149/2007) y las que a estas siguieron, en las que, rectificando la jurisprudencia mantenida en las SSTS de 29 de enero de 2004 y 24 de mayo de 2005, y aplicando doctrina de la Corte de Luxemburgo expresada en la Sentencia sobre el asunto *Transportes Urbanos y Servicios Generales* (sentencia de 26 enero 2010 (asunto C-118/08), estima la responsabilidad en que incurre el Estado por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea, aun cuando el demandante no hubiera reaccionado, ni en vía administrativa ni judicial, frente al acto administrativo lesivo dictado sobre la base de la ley contraria al Ordenamiento jurídico supranacional, ya que tal regla no era exigible cuando se trataba de una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado con fundamento en la infracción de la Constitución.

Se entendía que la acción dirigida a la reparación de los daños causados por una ley inconstitucional era una acción autónoma de la destinada a reivindicar la tutela primaria, *actio nata* —en palabras del propio Tribunal Supremo—, que se «reabría» con la sentencia de inconstitucionalidad y que podía ser ejercitada por el lesionado durante el plazo de un año contado a partir de la publicación del fallo de inconstitucionalidad, permitiendo la retroacción de sus efectos para reparar cualquier perjuicio derivado de la norma anulada sin limitación temporal alguna, en una laxa exégesis del artículo 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (8), cuyo único límite consistía en el pronunciamiento que el propio intérprete de la Norma fundamental hubiera realizado sobre los efectos prospectivos de su sentencia (9).

Sin embargo, la Ley 40/2015 condiciona el ejercicio de esta acción a la previa reacción judicial del lesionado contra el acto administrativo que aplica la norma causante del daño, evitando con ello que quien no demandó el amparo primario de su derecho pueda beneficiarse, por la vía indemnizatoria, de la reparación o tutela secundaria (10).

(8) Una extensa jurisprudencia sobre el alcance del artículo 40.1 LOTC permitía entender que, cuando el precepto excepciona expresa y exclusivamente la eficacia retroactiva de las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de normas con rango de ley a los procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada, estaba anudando como consecuencia lógica que en el resto de supuestos (entre ellos, cuando el particular se había aquietado contra los actos de ejecución de la ley) cabía la indemnización de los perjuicios que la ley invalidada hubiera podido crear. En esta ausencia de precisión por parte del Tribunal Constitucional sobre el alcance de sus fallos se basó la alta Magistratura para estimar las pretensiones de los perjudicados por la inconstitucionalidad de la ley que establecía el recargo de la tasa que gravaba los juegos de suerte, envite o azar (STC 173/1996), y que dio lugar a la referida jurisprudencia conocida como *máquinas recreativas*.

(9) Esta proyección de los fallos de inconstitucionalidad exclusivamente *pro futuro* fue la decisión adoptada por el Tribunal Constitucional en sus Sentencias, entre otras, 45/1989, 60/1986, 146/1994, 179/1994, 195/1994, 185/1995, 159/1997, 180/2000, 194/2000, 289/2000, 178/2004, 179/2006, 196/2012, 60/2013, 22/2015, 73/2017 y 688/2019. MESTRE DELGADO, Juan F., considera que esta tesis ha propiciado un aumento de los pronunciamientos expresos del Tribunal Constitucional en orden a limitar sus sentencias de inconstitucionalidad exclusivamente a situaciones que no hayan adquirido firmeza, precisión que antes era excepcional («La responsabilidad del Estado Legislador», en *Responsabilidad patrimonial del Estado legislador, administrador y juez*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 2004, pág. 156). Por su parte, DÓMENECH PASCUAL, Gabriel, entiende que tal regla es susceptible de crítica en la medida en que se trata de una declaración genérica y con eficacia *erga omnes* que no tiene en cuenta una previa valoración de los supuestos concretos, de las situaciones jurídicas que, derivadas de la norma anulada, deben ser conservadas («Responsabilidad patrimonial de la Administración por leyes declaradas inconstitucionales: las contradicciones del Tribunal Supremo», *Impuestos*, 11 (2005), pág. 28).

(10) En esta idea insisten los profesores TORNOS MAS, Joaquín, y RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José M.ª. Para el primero, «no se puede pretender que el particular que con su actitud consolidó esta situación, obtenga mediante el instituto de la responsabilidad lo que el Tribunal Constitucional quiso negar, esto es, extraer efectos de su sentencia de inconstitucionalidad» («Crónica de jurisprudencia contencioso-administrativa», *RAP*, 154 (2001), pág. 284). Para el segundo, «es perfectamente razonable... que a quien nada hizo para defender su situación jurídica inconstitucionalmente atacada... mediante una pretensión de protección primaria se le niegue también la secundaria, que se concede con carácter subsidiario de la primaria, pero con el requisito de haber intentado esta, que es preferente» («Igualar por abajo». La doctrina del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad del Estado derivada de la ley contraria al Derecho comunitario y de la ley inconstitucional», *REDE*, 38 (2011), pág. 155).

De esta manera, la reclamación patrimonial se concibe y plantea ahora como una acción subsidiaria de la pretensión inicial, un segundo juicio que sólo puede ser iniciado después de que el sujeto lesionado demuestre un exceso de celo, una absoluta diligencia en impugnar un acto administrativo que, aplicando una ley que se presume legítima, le cause un daño, obteniendo a tal fin una sentencia firme desestimatoria que ha de venir luego de haber invocado, certeramente, la vulneración de la Norma fundamental en que dicha disposición legal incurre, decisión judicial a la que habrá de seguir el fallo declaratorio de inconstitucionalidad.

Sólo así podrá el perjudicado suscitar, en otro proceso posterior, diferido en el tiempo, la demanda de responsabilidad patrimonial del Estado por esta causa. Pero, aunque el resultado de este proceso le fuera favorable y el juez apreciara la obligación reparatoria, tal declaración podría devenir inútil en aplicación de una regla que limita temporalmente la indemnización a los daños producidos en los cinco años anteriores a la publicación de la sentencia de inconstitucionalidad.

El rigor en la formulación de estas dos clases de restricciones, procesales y temporales, son las que ahora ha atemperado el Tribunal Supremo en sus Sentencias de casación, idénticas todas ellas, de 14 de septiembre de 2020 (rec. cas. 2486/2019)(11), 21 de septiembre de 2020 (rec. cas. 2820/2019)(12), 19 de octubre de 2020 (rec. cas. 5694/2019)(13), 22 de octubre de 2020 (rec. cas. 6717/2019)(14) y 29 de octubre de 2020 (rec. cas. 5964/2019)(15).

II. El *iter* judicial del que parte esta nueva doctrina jurisprudencial

La siempre tediosa descripción de la situación fáctica y jurídica que precede a un conflicto judicial como el que aquí se analiza se hace imprescindible en este caso para conocer el *iter* procesal al que se vieron sometidos los demandantes para pretender del Estado una indemnización por los daños derivados de una ley declarada inconstitucional, y las razones que llevaron a la alta instancia judicial a atenuar la compleja situación jurídica en la que la Ley 40/2015 ha colocado a este tipo de administrados.

(11) STS núm. 1158/2020. Pte: Octavio Juan HERRERO PINO.

(12) STS núm. 1186/2020. Pte: Octavio Juan HERRERO PINO.

(13) STS núm. 1351/2020. Pte: Rafael FERNÁNDEZ VALVERDE.

(14) STS núm. 1384/2020. Pte: Inés HUERTA GARICANO.

(15) STS núm. 1422/2020. Pte: Inés HUERTA GARICANO.

Los recurrentes de las cinco sentencias examinadas eran, en 2008, transportistas autónomos integrados en el epígrafe fiscal 1.722 de la Norma Foral 10/2006, de 29 de diciembre, reguladora del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas del Territorio Histórico de Guipúzcoa. Para la determinación del rendimiento neto de su actividad, se acogieron al método opcional de estimación objetiva por módulos. En 2011, el Servicio de Gestión de impuestos directos del Departamento de Hacienda y Finanzas de la Diputación Foral de Guipúzcoa les practicó las liquidaciones provisionales del IRPF correspondiente al ejercicio de 2007. En las mismas se explicaba que, conforme al artículo 30.2 de la referida Norma Foral, la aplicación de la modalidad de estimación objetiva no podía dejar sin someter a gravamen los rendimientos reales de la actividad económica. A partir de ahí, se calculó este rendimiento real mediante la modalidad simplificada del método de estimación directa. Como consecuencia de esta operación, resultó a cada uno de ellos una deuda a ingresar que fue satisfecha de manera voluntaria por todos los afectados en 2012, por lo que, al no haberse recurrido, ganó firmeza.

Sin embargo, en ese mismo año los demandantes solicitaron la revisión de oficio de las liquidaciones realizadas. Estas reclamaciones fueron desestimadas mediante Órdenes Forales dictadas en 2012. Frente a las mismas se interpusieron los correspondientes recursos ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que en todas sus sentencias, dictadas en 2014, los desestima (16). En los dos primeros casos se formularon incluso recursos de casación ante el Tribunal Supremo (17), recursos que también fueron rechazados por la alta instancia judicial (18).

Dejamos apuntado el dato, para su posterior explicación, de que en todos estos recursos los interesados impugnaron indirectamente el referido artículo 30.2 de la Norma Foral de 2006, solicitando que sobre dicho precepto se elevara cuestión de inconstitucionalidad. Subsidiariamente,

(16) STSJPV de 16 de diciembre de 2014 (núm. 633/2014); STSJPV de 21 de noviembre de 2014 (núm. 582/2014); STSJPV de 16 de enero de 2015 (núm. 10/2015) y STSJPV de 27 de noviembre de 2014 (rec. 1082/12).

(17) Nos parece que, dada la configuración que en nuestro Derecho tiene el recurso de casación, —que, como ha señalado BOUAZZA ARIÑO, Omar, ya desde su incorporación a nuestro Derecho en 1992 cumple una «función nomofiláctica de protección y depuración del Ordenamiento jurídico y de unificación de la Jurisprudencia en la aplicación e interpretación de la norma...»— (*El recurso de casación contencioso-administrativo común. Estudio de Legislación y de Jurisprudencia y propuestas para su reforma*, Civitas. Thomson-Reuters, Madrid, 2013, págs. 25 y 26)—, no hará falta culminar el proceso dirigido a obtener la indemnización de los daños provocados por el Legislador con su planteamiento, teniendo que cuenta que tanto su tramitación como su propia inadmisión sólo conduciría a alargar más el proceso, con los inconvenientes que ello puede suponer para el posterior reconocimiento de los daños indemnizables.

(18) SSTS de 28 de octubre de 2016 (núm. 2.328/2016) y de 24 de octubre de 2016 (núm. 272/2016).

interesaban que se anulara dicho precepto y, consecuentemente, el acto administrativo de exacción del tributo, dejándolo sin efecto.

En un procedimiento distinto de los dirigidos a impugnar los impuestos abonados, la sección 2.^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco decidió plantear cuestión prejudicial sobre la validez del mencionado artículo 30.2 de la Norma Foral por la posible infracción en que incurriría del artículo 3.a) de la Ley 12/2002, de 23 de mayo, por la que se aprobó el Concierto Económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco.

Como consecuencia de esta cuestión prejudicial, el pleno del Tribunal Constitucional dictó la Sentencia 203/2016, de 1 de diciembre, que fue publicada en el Boletín Oficial del Estado de 9 de enero de 2017. En ella se decidió estimar la cuestión planteada y, en consecuencia, declarar inconstitucional y nulo el precepto foral.

A raíz de esta sentencia, en 2017 los demandantes presentaron reclamaciones de responsabilidad patrimonial contra la Diputación Foral de Guipúzcoa. En concreto, exigían las indemnizaciones que se correspondían con la cantidad que habían abonado como consecuencia de la liquidación practicada por la Administración autonómica en aplicación del precepto declarado inconstitucional. Las mismas se rechazaron.

Frente a estas resoluciones desestimatorias, los perjudicados interpusieron, en 2018, recursos contencioso-administrativos ante los Juzgados de lo Contencioso-administrativo números 1 y 2 de San Sebastián. Todos ellos fueron desestimados(19). De estos fallos conoció en apelación el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, resolviendo, también en sentido desestimatorio, en 2019(20).

Los motivos por los que el Tribunal vasco denegó la razón a los recurrentes en estas últimas demandas de responsabilidad patrimonial fueron dos: primero, que, dado que los actos de liquidación del tributo habían quedado firmes por no haberse impugnado en tiempo y forma, y dado que frente a los mismos solo se había interpuesto recurso revisión, no se entendía cumplido el requisito establecido en el artículo 32.4 de la Ley 40/2013, conforme al cual es necesario interponer recurso contra la ac-

(19) Sentencia del Juzgado de lo contencioso-administrativo núm. 2 de San Sebastián de 19 de junio de 2018 (rec. 762/2017); Sentencia del Juzgado de lo contencioso-administrativo núm. 2 de San Sebastián de 22 de junio de 2018 (rec. 855/2017); Sentencia del Juzgado de lo contencioso-administrativo núm. 1 de San Sebastián de 19 de junio de 2018 (rec. 800/2017); Sentencia del Juzgado de lo contencioso-administrativo núm. 2 de San Sebastián de 31 de enero de 2019 (rec. 396/2018) y Sentencia del Juzgado de lo contencioso-administrativo núm. 2 de San Sebastián de 2 de junio de 2018 (sentencia núm. 110/2018).

(20) STSJVP de 1 de febrero de 2019 (rec. ap. 723/18); STSJVP de 18 de febrero de 2019 (rec. ap. 704/2018); STSJVP de 9 de abril de 2019 (rec. ap. 769/2019); STSJVP de 2 de julio de 2019 (rec. ap. 394/2019) y STSJVP de 6 de mayo de 2019 (rec. ap. 832/2018).

tuación administrativa que ocasionó el daño; segundo, tampoco se apreciaba la concurrencia de lo dispuesto en el artículo 34.1, párrafo segundo de la misma norma, según el cual únicamente serán indemnizables los daños producidos en el plazo de los cinco años anteriores a la fecha de la publicación de la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley.

Presentados los correspondientes recursos de casación ante el Tribunal Supremo, este los admite considerando el interés casacional que presenta el asunto en cuanto a determinar «cuáles son los recursos judiciales que permiten dar por cumplido el requisito estipulado en el art. 32.4 de la Ley 40/2015 a efectos de instar válidamente la acción de responsabilidad patrimonial prevista en dicho precepto— sobre los que no se ha pronunciado aún el Tribunal Supremo y no existe jurisprudencia, dada la proximidad temporal de la reforma habida en el régimen de la responsabilidad patrimonial, operada en las leyes 39/15 y 40/15, y cuya entrada en vigor se demoró además hasta el 2 de octubre de 2016» (21).

III. El recurso que se considera oportuno para ir contra el acto administrativo que ejecuta una ley supuestamente inconstitucional

1. La necesidad de combatir el acto administrativo que ejecuta una ley pretendidamente inconstitucional

En un precepto ampliamente examinado y criticado por la doctrina (22) como es el artículo 32.4, la LRJSP supedita la interposición de la demanda indemnizatoria contra el Estado por la aplicación de leyes inconstitucionales a que el particular «haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación

(21) Auto del Tribunal Supremo de 1 de enero de 2019 (rec. 1750/2019. Pte: Wenceslao Francisco OLEA GODOY).

(22) ALONSO GARCÍA, M.ª Consuelo: «*Réquiem* por la responsabilidad patrimonial del legislador: la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público», en ALONSO GARCÍA, M.ª Consuelo y MARTÍN DELGADO, Isaac: *La responsabilidad del Estado por el incumplimiento de las obligaciones normativas derivadas del Derecho de la Unión Europea. El caso de España*, Iustel, Madrid, 2020, págs. 143 a 245; COBREROS MENDAZONA, Edorta, *Responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea*. Iustel, Madrid, 2015; DOMÉNECH PASCUAL-Gabriel, «La menguante responsabilidad patrimonial del Estado por leyes contrarias a Derecho», *Anuari de Dret Parlamentari*, 31 (2018). Págs: 411 a 427; Roberto GALÁN VIOQUE: «A vueltas con la regulación de la responsabilidad del Estado Legislador», *Documentación Administrativa*, 2 (2015) y GUICHOT REINA, Emilio, «La responsabilidad del Estado Legislador por infracción del Derecho de la Unión Europea en la jurisprudencia y en la legislación españolas a la luz de los principios de equivalencia y efectividad», *REDE*, 60 (2016), págs: 49 a 101.

administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la inconstitucionalidad posteriormente declarada».

Esta regulación obliga al perjudicado a interponer el correspondiente recurso de alzada, si el acto no agota la vía administrativa, o, si así lo hace, optar por el potestativo de reposición (23), contra la «actuación administrativa» que ocasionó el daño.

Ya la utilización por el Legislador de 2015 de la expresión «actuación administrativa» nos suscita un primer reparo, debiendo entender que la misma se refiere al «acto administrativo» causante del perjuicio, único que, junto con las disposiciones de carácter general, la inactividad de la Administración y sus actuaciones materiales que constituyan vía de hecho, configuran el objeto del recurso contencioso-administrativo (artículo 25 de su Ley reguladora de 1998).

Además de esta duda inicial, el precepto nos revela otra: y es que la Ley de 2015 ha reconducido todo el sistema de responsabilidad del Legislador a combatir previamente el acto «administrativo» que ejecuta la disposición legal cuya inconstitucionalidad se predica, obviando la posibilidad de que dicha ejecución se pueda realizar a través de otro acto, contrato o negocio jurídico de carácter no administrativo, sino civil, mercantil o laboral, o mediante un reglamento (24) o simplemente se trate de norma legal autoaplicativa. Entendemos que, en estos supuestos, el perjudicado habrá también de pretender la anulación de dicho acto, contrato o negocio de acuerdo con las normas procesales de la respectiva jurisdicción que resulte competente.

(23) Respecto de si es necesario el planteamiento del recurso de reposición específicamente previsto en la Ley reguladora de las Haciendas Locales, y que exige el artículo 108 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local para poder impugnar ciertos actos de las entidades locales (concretamente los tributos locales y los restantes ingresos de Derecho Público de las mismas, —prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias, precios públicos, y multas y sanciones pecuniarias—), conviene precisar que la STS de 21 de mayo de 2018 (rec. cas. 113/2017) lo ha excepcionado cuando la impugnación que sustenta el mismo se fundamenta en la inconstitucionalidad en que incurre la ley que presta cobertura a dichos actos (*Vid.* sobre esta cuestión ALONSO GARCÍA, Ricardo: «La incidencia del Derecho de la Unión Europea en el proceso contencioso-administrativo español», en *La incidencia del Derecho de la Unión Europea en la jurisdicción contencioso-administrativa*, European Inklings, núm. 20 (2019) (EUi) IVAP, págs. 16 y 17).

(24) Conviene aclarar que cuando el daño deviene de la declaración de nulidad de un reglamento por su oposición al texto constitucional, la responsabilidad patrimonial es imputable exclusivamente a la Administración pública autora del mismo, siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 32.1 LRJSP, que en ningún caso considera que la misma se produzca de manera automática. Rechazamos por ello alguna jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha considerado que la responsabilidad patrimonial derivada de reglamentos que vulneran el Derecho de la Unión Europea se rige por las mismas reglas diseñadas para valorar en la que incurre el Legislador por este mismo motivo (SSTT TS de 30 de abril de 2004 (rec. cas. 8622/1999), de 21 de septiembre de 2010 (rec. cas. 533/2006) y de 5 de marzo de 2012 (rec. cas. 789/2010)).

En cualquier caso, dicha impugnación deberá llevarse hasta sus últimas consecuencias, de tal manera que se consiga una sentencia firme desestimatoria de la pretensión de anulación, sentencia que habilitará a la víctima para posteriormente, y siempre que se haya declarado la inconstitucionalidad de la ley de la que dichos actos, contratos o negocios son ejecución, formular la correspondiente reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Consejo de Ministros (25), que si rechazada, será recurrible ante el Tribunal Supremo, —o, si se trata, como en el supuesto aquí analizado, de una actuación autonómica, ante el Consejo de Gobierno de la Comunidad autónoma respectiva y Tribunal Superior de Justicia—.

La siguiente cuestión que conviene despejar es cuál ha de ser este recurso *idóneo* para combatir el acto administrativo que aplica la ley cuya ilicitud se pretende demostrar, puesto que, a juicio de la Sala del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, este no puede ser el procedimiento de revisión de oficio que, previsto en el artículo 106 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común ante las Administraciones públicas (LPACAP), pudiera instar el lesionado ante la Administración para que esta proceda a declarar la nulidad del acto administrativo que haya devenido firme por haber puesto fin a la vía administrativa o porque, como es la cuestión que en este estudio nos interesa, no se haya recurrido en plazo.

Antes de la actual regulación que sobre el instituto de la responsabilidad patrimonial del Legislador ha operado la Ley de 2015, la consideración de la acción resarcitoria como acción independiente de la dirigida a atacar el acto administrativo que ejecutaba la norma inconstitucional permitía a los perjudicados no sólo interponer directamente, una vez publicada la sentencia de inconstitucionalidad, y sin haber tenido de agotar las instancias administrativas y judiciales pertinentes, la reclamación patrimonial, sino también pretender la anulación de aquellos actos que no hubieran ganado firmeza o la revisión por la Administración de los que fueran firmes (por el cauce del antiguo artículo 102 de la Ley de 1992) y, de manera simultánea o sucesiva, reclamar la indemnización de los perjuicios que los mismos hubieran generado.

Dichas vías se consideraban compatibles o alternativas (26), siendo la casuística muy variada, especialmente en el caso de exacciones tributarias, en el que cabía al lesionado, además del ejercicio de la ac-

(25) Artículo 92 de la Ley 39/2015.

(26) Como «alternatividad» calificaba esta situación el magistrado del Tribunal Supremo XIOL RÍOS, Juan Antonio, en su estudio «La responsabilidad patrimonial por acto legislativo», en *La responsabilidad civil y su problemática actual* (coord. MORENO MARTÍNEZ, J.A.), Dykinson, Madrid, 2007, pág. 1050.

ción resarcitoria contra el Legislador (27), la articulación de los procedimientos de revisión indicados en el artículo 216 de la Ley General Tributaria —revisión de oficio de los actos de liquidación firmes que incurran en alguna de las causas de nulidad previstas en el artículo 217.1 LGT— y la indemnización de los perjuicios que derivaran de aquéllos; la rectificación de las autoliquidaciones que dieron lugar a un ingreso indebido, y su correspondiente devolución (art. 120.3 LGT y artículos 126 a 129 del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos); la recuperación de ingresos indebidos (artículo 221 LGT, a lo que podía seguir el recurso potestativo de reposición (28) y la posterior reclamación económico administrativa, antes de acudir al contencioso-administrativo (29)) y, de manera simultánea o sucesiva, la reclamación de la responsabilidad patrimonial para aquellos ingresos cuya cuantía no pudiera obtenerse por la vía de la devolución por haber prescrito el plazo de cuatro años que para dicha acción marcan los artículos 66 d) y 67.1 de la misma norma.

También era posible que si los Tribunales de Justicia no apreciaban la imputación del daño al Legislador, remitieran al perjudicado a la revisión de oficio o al procedimiento de devolución de ingresos indebidos, quien podía válidamente instarlos si su ejercicio no había prescrito.

(27) El FJ 5.º de la STS de 27 de diciembre de 2000 (rec. 537/1998) así lo expresa:

«En nuestro sistema legal, quienes han tenido que satisfacer el gravamen complementario, impuesto por el precepto declarado inconstitucional, después de haber impugnado en vía administrativa y sede jurisdiccional dicho gravamen obteniendo sentencia firme que lo declara conforme a derecho, no tienen otra alternativa, en virtud de lo dispuesto por el artículo 40.1, LOTC, que ejercitar, como en este caso ha procedido la entidad demandante, una acción por responsabilidad patrimonial, derivada del acto del legislador, dentro del plazo fijado por la ley.

Si no hubieran impugnado jurisdiccionalmente las liquidaciones de dicho gravamen complementario, los interesados tienen a su alcance la vía de pedir, en cualquier momento, la revisión de tal acto nulo de pleno derecho, como prevé el mencionado artículo 102 de la Ley de Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, y, simultánea o sucesivamente, de no tener éxito dicha revisión, están legitimados para exigir responsabilidad patrimonial derivada de actos del legislador, pero también pueden utilizar directamente esta acción, ya que no cabe imponer a quien ha sufrido un daño antijurídico la vía previa de la revisión de disposiciones y actos nulos de pleno derecho, a fin de dejarlos sin efecto, y sólo subsidiariamente permitirle demandar la reparación o indemnización compensatoria por responsabilidad patrimonial, cuando son las propias Administraciones quienes deben proceder a declarar de oficio la nulidad de pleno derecho de tales disposiciones o actos y el ciudadano descansa en la confianza legítima de que la actuación de los poderes públicos se ajusta a la Constitución y a las leyes».

(28) Arts. 222 a 225 LGT.

(29) Art. 32 LGT. *Vid.* también el Reglamento general de desarrollo de la LGT aprobado por RD 520/2005, de 13 de mayo.

No obstante esta doctrina general, el propio Tribunal Supremo había mantenido un punto de inflexión importante a esta tesis, más acorde con la regla que ahora ha acuñado el artículo 32.4 LRJSP, considerando que cualquier resolución denegatoria de la devolución de ingresos indebidos no recurrida en vía judicial impedía el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial dirigida al Estado. Se trata de las SSTs de 22 de septiembre de 2014 (rec. 394/2012, rec. 390/2012) y de 26 de septiembre de 2014 (rec. 657/2012), que negaban que esta responsabilidad fuera un medio alternativo al expediente de reintegro de aquéllos o un camino subsidiario para que el particular que viera desestimada su solicitud por otra vía, obtuviera a través del instituto resarcitorio aquello que le ha sido ya denegado por otro cauce (30).

Esta compatibilidad de las acciones compensatorias es la que proscribió el Tribunal Superior de Justicia vasco, en atención a los razonamientos jurídicos, luego matizados por la alta Magistratura, que a continuación examinaremos.

2. La interpretación por el TSJ País Vasco sobre cuál haya de ser el recurso adecuado para dirigirse contra el acto administrativo causante del daño

En todas las sentencias dictadas en los asuntos que aquí analizamos, la Sala de apelación del Tribunal vasco comparte los considerandos del órgano judicial *a quo*, considerando que los interesados, al no haber formulado recurso contra la liquidación tributaria causante del daño, dejaron que la misma ganara firmeza y, aunque posteriormente sí pidieron que se declarase la nulidad de la misma por la vía de revisión de oficio, entiende que no se ha cumplido con el requisito exigido a este respecto por el artículo 32.4 de la Ley 40/2015 para poder pretender la responsabilidad patrimonial del Estado legislador.

(30) FJ 6.º de la primera sentencia citada afirma que:

«...Tal como observa el Abogado del Estado, la retención correspondiente a ese ejercicio fue objeto de una solicitud de devolución de ingresos indebidos. Dicha solicitud fue desestimada por la Administración, cuya resolución habría podido ser impugnada mediante el oportuno recurso contencioso-administrativo; algo que no consta que la demandante hiciera, por lo que debe considerarse que se aquietó. Así, no puede ahora intentar por otra vía obtener aquello que le ha sido ya denegado: la responsabilidad patrimonial de la Administración no es un medio alternativo al expediente de devolución de ingresos tributarios indebidos, ni menos aún subsidiario de aquél para aquellos supuestos en que el particular ve desestimada su solicitud de devolución. La responsabilidad patrimonial de la Administración es un medio para obtener indemnización por daños extracontractuales o aquilianos y, por consiguiente, no opera en aquellos supuestos en que -como sucede con los ingresos tributarios indebidos- el problema es de existencia o inexistencia de una obligación que nace ex lege y que dispone de una acción específica».

El Tribunal de Justicia da la razón, por consiguiente, a la parte apelada, la Diputación Foral de Guipúzcoa, suscribiendo sus argumentos, centrados básicamente en las siguientes consideraciones(31):

- Que los recurrentes no interpusieron recurso alguno contra el acto administrativo que les causó el daño.
- Que el recurso de revisión promovido por aquéllos no iba dirigido contra las liquidaciones tributarias efectuadas, que habían quedado firmes, sino contra la resolución desestimatoria de la solicitud de nulidad de pleno derecho de las mismas, de tal modo que la Administración tributaria, primero, y el juez contencioso-administrativo, después, únicamente podían examinar si concurría alguna de las causas de nulidad de pleno derecho enumeradas en el artículo 224.1 de la Norma Foral de 2006. De hecho, las sentencias que desestimaron los recursos de revisión fundamentaron su fallo en que las liquidaciones practicadas no adolecían de vicio de nulidad alguno.
- Que de haberse dirigido directamente contra el acto administrativo tributario, tanto el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco como el Tribunal Supremo (que resolvió en casación en dos de los supuestos) hubieran podido plantear una cuestión prejudicial sobre la validez del artículo 30.2 de la Norma Foral. Al no haber procedido de esta manera, ese precepto no era aplicable para la resolución del caso y, en consecuencia, el fallo no dependía de su validez.
- Finalmente, en cuanto a la alegación que realiza la defensa del apelante sobre que la Hacienda foral habría estimado las pretensiones de responsabilidad patrimonial en las que la parte había utilizado la vía de la revisión de oficio, explica que no consta que tales supuestos fueran iguales a los que ahora se resuelven: de hecho, en uno de esos acuerdos se establecía expresamente que el afectado había interpuesto recurso contencioso-administrativo contra las liquidaciones tributarias. En cualquier caso, afirma que si se hubieran producido los hechos como refiere el recurrente, no nos encontraríamos ante un precedente válido que hubiera que tomar en consideración para resolver este procedimiento, sino que se trataría de un supuesto que podría dar lugar a la declaración de esos actos como lesivos para el interés público para posteriormente impugnarlos ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Para el apelante, sin embargo, la interpretación restrictiva mantenida por la Sala de instancia vulnera la *vis expansiva* propia de un de-

(31) FJ 5.º de todas las Sentencias analizadas.

recho fundamental como el reconocido en el artículo 106 de la Carta Magna. Por esta razón, entiende que debía considerarse que el artículo 32.4 LRJSP «únicamente requiere que se interponga un recurso contra la actuación administrativa que generó el daño, pero no acotaría su naturaleza». El precepto admitiría, por consiguiente, que cualquier respuesta por parte del administrado contra el acto administrativo que causó el perjuicio colmaría las exigencias del mencionado precepto, máxime teniendo en cuenta que en este caso se habría ejercitado la acción de nulidad contra el mismo prevista tanto en el artículo 219.1 de la Norma Foral tributaria de Guipúzcoa 2/2015 como en el artículo 213.1 de la Ley General Tributaria, que al establecer las vías para impugnar y revisar los actos de aplicación tributaria incluye, de forma explícita, los procedimientos especiales de revisión. Además, el resultado de esta revisión es recurrible ante la jurisdicción contencioso-administrativa en las mismas condiciones que cualquier otro acto administrativo, por todo lo cual entiende que tanto se articule la revisión como el recurso administrativo, se está actuando contra el acto de liquidación (32).

Finalmente, la *ratio decidendi* del fallo de la sentencia, formulada en su FJ 5.º, desestima el recurso al entender que

«De la lectura del precepto se desprende que la intención del legislador es la de *acotar la responsabilidad de la administración a aquellos supuestos en que el interesado haya reaccionado contra la actuación causante del daño por la inconstitucionalidad de la norma en cuestión*. No sería pues, procedente reconocer tal responsabilidad en los casos en que, como el que ahora nos ocupa, *el afectado ha dejado que el acto administrativo productor del daño haya ganado firmeza*. De asumirse el razonamiento de la parte apelante, se estaría dejando a la voluntad del interesado el plantear la solicitud de revisión en cualquier momento, sin sometimiento a límite de tiempo. A mayor abundamiento, hemos de destacar el hecho de que la revisión de oficio aparece regulada, dentro de la Ley 39/2015, en un capítulo diferente a los recursos administrativos. Ello nos indica ya que *nos encontramos ante dos figuras diferentes*» (33).

(32) FJ 3.º de todas las SSTT TSJPV analizadas.

(33) La cursiva es nuestra.

3. Los considerandos de las Sentencias del Tribunal Supremo

El Tribunal Supremo centra el argumento principal de su fallo en la «compleja posición jurídica en la que se encuentra el perjudicado a la hora de hacer valer su derecho frente a la lesión causada en razón de la inconstitucionalidad de la norma aplicada» (34).

Ante esta intrincada situación, lo procedente, según el alto Tribunal, «es efectuar una interpretación amplia de la exigencia del art. 32.4 LRJSP en cuanto supone una limitación o cortapisa procedimental considerable».

Llegado a este punto, diferencia entre la acción dirigida a anular el acto administrativo de aplicación de la ley pretendidamente inconstitucional y la destinada a reparar los perjuicios por ésta causados, entendiendo que dicho resarcimiento «no implica necesariamente dejar sin efecto el acto sino el reconocimiento de que ha existido un perjuicio individualizado, concreto y evaluable que resulta indemnizable, derecho que nace y tiene su fundamento en la declaración de inconstitucionalidad de la norma por el Tribunal Constitucional» (35), de lo que deduce que

«Por ello, cuando el precepto se refiere a sentencia firme en cualquier instancia desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa, ha de entenderse que comprende *todas aquellas formas de impugnación de dicha actuación* que, de una parte, pongan de manifiesto la disconformidad del interesado con la misma cuestionando su constitucionalidad y, de otra, den lugar al control jurisdiccional plasmado en una sentencia firme en la que se valore la constitucionalidad de la norma que después es objeto de pronunciamiento por el Tribunal Constitucional» (36).

(34) Así lo explica el FJ 1.º de todas sus Sentencia, que expone que ha de tenerse presente «al examinar el alcance de la exigencia establecida en el art. 32.4... la compleja posición jurídica en la que se encuentra el perjudicado a la hora de hacer valer su derecho frente a la lesión causada en razón de la inconstitucionalidad de la norma aplicada, en cuanto su valoración no se limita a cuestionar la legitimidad de la actuación administrativa ajustada a la norma aplicada y causante del daño cuya reparación pretende sino que, implica, superando la presunción de legalidad de la norma, la realización de un juicio o valoración de su constitucionalidad, que siempre entraña dificultades notables; y ello en un marco jurídico en el que el perjudicado no está legitimado para ejercitar la acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal competente para su conocimiento, que en la impugnación en vía administrativa no es posible plantear la cuestión de inconstitucionalidad, y en la impugnación jurisdiccional se limita a solicitar su planteamiento ante el órgano jurisdiccional que está conociendo de la impugnación frente al acto administrativo, que es el competente para decidir al respecto».

(35) FJ 1.º.

(36) FJ 1.º. La cursiva es nuestra.

Termina la Sala Tercera admitiendo que, entre las formas de impugnación que permiten constatar que el particular lesionado no sólo se ha enfrentado a la actuación administrativa que le provoca el daño, cuestionando la inconstitucionalidad de la ley en que se apoya ésta y de la cual aquel es ejecución, sino que, además, se ha efectuado un control jurisdiccional de la validez de dicho acto que culmina en una sentencia firme, *se encuentran la de instar, en cualquier momento, la revisión del acto nulo de pleno derecho* por el procedimiento previsto en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, además de aquellos procedimientos específicos que se pueden accionar para ir contra las liquidaciones tributarias: los procedimientos especiales de revisión, que, junto el recurso de reposición y las reclamaciones económico-administrativas, integran los medios de revisión de los actos de aplicación de los tributos (37).

Aunque ciertamente yo había mostrado mi escepticismo sobre un posible pronunciamiento de la suprema instancia judicial en el sentido expresado (38), no puedo más que celebrar esta jurisprudencia que alivia la carga procesal que para el sujeto damnificado supone no ya sólo obtener, sino simplemente reclamar la responsabilidad del Estado por la adopción de leyes contrarias a Derecho, permitiéndole:

- Instar la revocación de oficio de todos los actos administrativos que derivados de una misma disposición legal, le hayan causado una lesión, acumulándolos en una misma solicitud. Esta facultad resulta especialmente útil si se tiene en cuenta que, en determinados casos, como suele suceder en materia tributaria, ciertas figuras impositivas se liquidan con temporalidad anual, trimestral o, incluso, cada vez que se produce un acto de consumo.

(37) FJ 1.º. La cursiva es nuestra.

(38) Refiriéndome a la posible solución que el Tribunal Supremo podría dar a este asunto — que, aunque examinada desde el punto de vista de la responsabilidad patrimonial por los daños derivados de leyes que vulneran el Derecho de la Unión Europea, es perfectamente trasladable al motivo que nos ocupa —, afirmaba que

«... mucho nos tememos que la solución final a esta cuestión no va a pasar por admitir la revisión de oficio en estos casos. La interpretación a la que aboca el nuevo precepto [art. 32.4 LRJSP], si se tiene en cuenta todo el contexto de regulación del instituto de la responsabilidad del Legislador que el mismo establece, es a considerar que el perjudicado ha de atacar necesariamente, y de manera preventiva, la actuación administrativa que ejecuta el mandato legislativo desde el primer momento y hasta el final, invocando el vicio de antieuropeidad en que incurre aquél y consiguiendo una sentencia firme desestimatoria de su pretensión, aunque no le conste certeza alguna acerca de si la ley que ampara la misma resultará o no contraria al Derecho de la Unión.

Permitir que un sujeto lesionado que se aquietó en un primer momento en la tutela primaria de su derecho, y que, por consiguiente, no ha mostrado, siempre según el Legislador, «diligencia» alguna a este respecto, intente «resucitar» la acción indemnizatoria a través de este recurso «indirecto» a la revisión de oficio, sería retroceder a la casilla de salida, que es lo que, creemos, quiere proscribir la Ley de 2015» («Réquiem...» *op. cit.*, págs. 193).

— Evitar los perentorios plazos que para recurrir los actos administrativos prevé nuestro Ordenamiento jurídico, disponiendo de esta manera de más tiempo para analizar los concretos preceptos de la Norma fundamental y los certeros motivos que invocará para defender la inconstitucionalidad de la disposición legal de la que derivan los daños padecidos (39).

No obstante, y aun valorando positivamente el beneficio que para el perjudicado supone esta nueva doctrina casacional, conviene realizar dos ulteriores consideraciones:

Primera: El fin que se pretende conseguir con el recurso a la revisión de oficio en estos casos no es lograr la declaración de nulidad del acto de aplicación de una ley inconstitucional. A tal efecto, el Supremo no amplía con esta jurisprudencia los supuestos de nulidad en que puede incurrir un acto administrativo firme, que son los expresamente tasados en el artículo 47.1 de la Ley 39/2015, entre los que no figura la inconstitucionalidad sobrevenida de la disposición legal de la que aquél sea de aplicación (40). Por otro lado, este motivo tampoco podría prosperar dado que en el momento en

(39) La invocación de los concretos preceptos en cuya vulneración incurre la disposición legal de la que trae causa el daño no es una mera *cláusula de estilo*, en la expresión acuñada para ello por LOZANO, Blanca («La necesaria inclusión en las demandas, como cláusula de estilo, de la inconstitucionalidad o el carácter contrario al Derecho de la Unión Europea del acto recurrido», en GÓMEZ ACEBO y POMBO, Gestión de Conocimiento, diciembre 2016), sino que, como indica MORENO QUIRÓS, Juan Antonio ha de ser una alegación «certera» que obliga al perjudicado a invocar específicamente el motivo concreto por el que entiende que la norma nacional es contraria al Derecho de la Unión (*La responsabilidad patrimonial del Estado Legislador: análisis desde la perspectiva tributaria*, Aranzadi, Pamplona, 2018, pág. 127). Como señala FERNÁNDEZ TORRES, en la Sentencia de 21 de noviembre de 2019 (rec. cas. 86/2019, relativa a la *plusvalía municipal*), el Supremo sigue manteniendo una interpretación muy restrictiva del artículo 32.4 en relación con el carácter certero de la alegación de inconstitucionalidad que en el juicio ha de realizar el recurrente, al entender que sólo se cumple en su integridad cuando el demandante haya citado el «concreto precepto (o preceptos) aplicable al caso que motiva aquélla», lo cual se convierte en «una condición indispensable» para que la primera demanda prospere. Así lo ha considerado también la Sentencia del mismo órgano de 5 de diciembre de 2019 (rec. cas. 1682/2019), en la que la falta de alegación en dicha instancia de la inconstitucionalidad del precepto declarado después inconstitucional no permite entender satisfecha de manera plena exigencia de este artículo («¿Hasta cuándo la inseguridad jurídica y la doble vara de medir en materia de impuesto de plusvalía?», REDA, 207 (2020), págs. 49 a 74).

(40) A este respecto, Juan Ramón FERNÁNDEZ TORRES recuerda que el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de confirmar esta doctrina en sus tres sentencias de 18 de mayo de 2020 (rec. cas. 1068/1019, 1665/2019 y 2596/2019) relativas al impuesto de la plusvalía municipal, en las que el alto Tribunal considera que la inconstitucional parcial de determinados artículos del Texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales declarada por la STC 59/2017 «no implica la nulidad de pleno derecho de las liquidaciones firmes del IIVTNU, de suerte que no ha lugar su revisión de oficio contemplada en el artículo 217.1 LGT». Y ello, entre otras razones, porque dichas liquidaciones firmes «no son subsumibles en ninguna de las causas de nulidad de pleno derecho establecidas por el artículo 271.1 LGT», ni tampoco en las otras causas de nulidad de pleno derecho establecidas en el artículo 217.1 g) de la propia LGT. Dicha doctrina es extrapolable a la regulación general que del procedimiento de revisión de oficio contempla en artículo 106 LPACAP, del cual el previsto en la Ley General Tributaria es una especialidad. («¿Hasta cuándo...», *op. cit.*, nota 53 de la página 67).

que el particular insta la revisión de oficio, todavía no se ha producido la sentencia de inconstitucionalidad que ampararía dicha anulación.

La virtualidad práctica que se busca con esta opción que admite el Supremo en los fallos que comentamos es que el lesionado tenga la oportunidad de dirigirse contra estos actos administrativos aun cuando no los haya recurrido, permitiéndole acudir a la vía jurisdiccional con el fin de obtener una sentencia firme desestimatoria de su pretensión que le posibilite en un juicio posterior, y siempre que se haya producido la declaración de inconstitucionalidad de la ley de la que dichos actos son aplicación, entablar la reclamación de responsabilidad patrimonial dirigida contra el Estado en cuanto Legislador.

Segunda: la alta instancia jurisdiccional ha respetado el límite establecido por la Ley de 2015 para pretender dicha demanda indemnizatoria y es que, si bien la revisión de oficio puede instarse por el particular en cualquier momento, el fallo desestimatorio firme que resuelve la misma se ha de producir en cualquier caso «antes de la declaración de inconstitucionalidad de la norma» (41).

Por consiguiente, la sentencia de inconstitucionalidad no reabre el plazo para el ejercicio de la acción indemnizatoria contra los actos que hayan devenido firmes porque el perjudicado no los haya combatido con carácter previo a la sentencia de inconstitucionalidad de la disposición legal que los mismos ejecutan.

IV. Las limitaciones de carácter temporal al ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial del legislador

1. Los límites a la facultad de instar la reclamación de la acción de responsabilidad patrimonial por los ilícitos legislativos

En aras del principio de seguridad jurídica, el Derecho puede establecer límites temporales al ejercicio de las acciones de responsabilidad de tal manera que se impida que el plazo para emprenderlas se mantenga perpetuamente abierto, evitando que su reconocimiento pueda afectar a situaciones muy pretéritas en el tiempo (42), lo que podría producir detri-

(41) FJ 1.º *in fine*.

(42) Recientemente, el Consejo de Estado francés, en su Decisión contenciosa de 24 diciembre 2019, ha reconocido por primera vez en el Ordenamiento galo la responsabilidad en que puede incurrir el Estado por la declaración de una ley contraria a la Constitución. No obstante, su reconocimiento se somete a las condiciones siguientes:

- se admite la posibilidad de que el propio Consejo Constitucional precise los efectos temporales de la declaración de inconstitucionalidad de la ley,
- los daños sufridos han de derivar de manera directa de la aplicación de la ley inconstitucional,

mento en las finanzas públicas y complicar la gestión administrativa necesaria para atender dichas reclamaciones (43).

Así lo ha previsto nuestro Legislador de 2015, que, al margen de la consideración como daños indemnizables de los producidos antes de los cinco años desde la publicación de la sentencia de inconstitucionalidad, —cuestión que será objeto de nuestra atención en el siguiente apartado—, ha impuesto otros dos límites de carácter temporal para el reconocimiento de la indemnización pecuniaria ante supuestos de leyes inconstitucionales o de aquellas que vulneran el Derecho europeo, y que son:

En primer lugar, la regla general de la prospección de los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad que dispone el apartado 6 del artículo 32 de la Ley 40/2015, y en cuya virtud las mismas producirán «efectos desde la fecha de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado”».

Dicha norma difiere de la postura que sobre el alcance de los fallos de inconstitucionalidad ha venido tradicionalmente manteniendo el Tribunal Supremo y de la interpretación que del artículo 40.1 LOTC han realizado los propios jueces, las cuales han permitido la retroacción de dichos efectos para compensar todos los daños que la norma anulada hubiera provocado, salvo que el propio Constitucional hubiere expresado su voluntad de limitar dicho alcance (44).

— el perjudicado debe interponer la reclamación pecuniaria en los cuatro años siguientes a la fecha en la que los daños sufridos pueden ser conocidos en toda su extensión —regla de la prescripción cuatrienal—. No obstante, la decisión de inconstitucionalidad adoptada por el Consejo Constitucional no reabre dicho plazo.

(43) Por ejemplo, para acoger las múltiples demandas de responsabilidad patrimonial dirigidas al Legislador derivadas del *céntimo sanitario*, el Tribunal Supremo ha tenido que dedicar íntegramente una de sus secciones, la Sección Provisional de Competencia Única, a resolver este tipo de recursos (Acuerdo de 23 de noviembre de 2017, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial (BOE núm. 300, de 11 de diciembre de 2017).

(44) Precisamente uno de los ejemplos más recientes en los que el Tribunal Constitucional ha empleado dicha excepción ha sido en el asunto relativo a la *plusvalía municipal*. En su primera sentencia dictada sobre la inconstitucionalidad de determinados preceptos de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales en cuanto permitían someter a gravamen de dicho impuesto (Impuesto sobre el Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana) situaciones de inexistencia de incrementos de valor de los mismos, —STC 59/2017—, el Constitucional remite a la acción del Legislador para que, llevando a cabo las modificaciones o adaptaciones pertinentes en el régimen legal del impuesto, arbitre el modo de no someter a tributación dichas situaciones en las que no se hubiera producido incremento en el valor de dichos terrenos [FJ 5.ºc)].

Esta doctrina inicial queda matizada por su posterior STC 126/2019, en cuyo FJ 5.º^a) entiende que, por exigencia del principio de seguridad jurídica, «... únicamente han de considerarse situaciones susceptibles de ser revisadas con fundamento en esta sentencia aquellas que, a la fecha de publicación de la misma, no hayan adquirido firmeza por haber sido impugnadas en tiempo y forma, y no haber recaído todavía en ellas una resolución administrativa o judicial firme».

Esta imposibilidad de revisión no ha sido óbice para que el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 21 de noviembre de 2019 (rec. 86/2019) haya reconocido, eso sí, por la vía de la responsabilidad patrimonial dirigida al Legislador, la demanda de un particular que acreditó debidamente que los terrenos sometidos al IIVTNU habían experimentado una disminución o decremento patrimonial. Es el primer fallo del Supremo que nos consta que ha aplicado el proceloso cauce previsto por la Ley 40/2015 para el ejercicio de la acción que venimos analizando.

En segundo, la determinación del plazo para el ejercicio de la acción de responsabilidad, respecto del cual el artículo 67.1 *in fine* de la Ley 39/2015, siguiendo la regla que era ya aplicable en nuestro Derecho para la dirigida a la Administración pública, lo concreta en un año contado a partir de la publicación en el «Boletín Oficial del Estado» de la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma (45).

2. La limitación de la indemnización a los daños producidos en los cinco años anteriores a la declaración de incumplimiento

A) LA PREVISIÓN DE LA LEY 40/2015

Pero de todas las reglas que prevé la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público para pretender la responsabilidad patrimonial de las lesiones provocadas por una ley inconstitucional, la más limitativa es la prevista en el párrafo segundo del artículo 34.1 de la misma, que puede convertir en inútil todo este prolijo y arduo proceso al que se somete al lesionado para conseguir la pretendida reparación, privándole de su derecho al resarcimiento aun cuando éste se le haya reconocido judicialmente.

El referido precepto considera que sólo serán indemnizables «los daños producidos en el plazo de los cinco años anteriores a la fecha de la publicación de la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley o el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea, salvo que la sentencia disponga otra cosa», lo que incurre en una grave incoherencia respecto de la regla general a la que nos acabamos de referir de los efectos prospectivos que anuda en cualquier caso de las sentencias de inconstitucionalidad, que ya sufre, con esta previsión, su primera excepción.

(45) La determinación de este plazo inicial se puede complicar para los supuestos de leyes que vulneran el Derecho de la Unión Europea, ya que las sentencias del TJUE no se publican en el Diario Oficial de la Unión Europea —como exige el artículo 34.1 LRJSP—, sino en CURIA. Por otra parte, las sentencias de Luxemburgo derivadas de las cuestiones prejudiciales no se consideran juicios «declarativos» del incumplimiento por parte del Estado miembro de sus obligaciones supranacionales. Finalmente, no son objeto de publicación en diario oficial alguno las sentencias de los jueces nacionales que, en su función de jueces europeos, inaplican la norma interna nacional por su contradicción con el Derecho de la Unión, aunque en este caso él mismo puede adoptar las medidas indemnizatorias correspondientes (por ejemplo el Tribunal Supremo en las Sentencias, luego anuladas, sobre el *bono social eléctrico* —SSTS de 7 de febrero de 2012, 24 de octubre de 2016 (dos), 25 de octubre del 2016 y 2 de noviembre del 2016—). En cualquier caso, la jurisprudencia no ha dudado en señalar que, en este último supuesto, el *dies a quo* para el inicio del cómputo de la prescripción es el momento en que se pronunció el Tribunal Supremo sobre la contrariedad de la norma nacional respecto del parámetro europeo (SSTS de 2 de febrero de 2015 (rec. 45/2013 y 47/2013) y de 3 de febrero de 2015 (rec. 45/2013)).

En cualquier caso, lo relevante a este respecto es la determinación del momento en el que los daños se entienden producidos.

La regla que a este respecto había acuñado el Tribunal Supremo desde las sentencias sobre las *máquinas recreativas* había sido considerar que los daños y perjuicios se producen desde la publicación de la sentencia de inconstitucionalidad, pues es precisamente este el momento en el que se surge la antijuridicidad de la ley que, en última instancia, causa aquellos.

Sin embargo, interpretaciones posteriores han llevado a alguna jurisprudencia, y al propio Consejo de Estado (46), a entender que dicho cómputo se iniciaba el día que se produjo efectivamente el perjuicio económico, que coincidía con el de la aplicación del acto administrativo (o con la realización del ingreso). Así se consideraba por nuestros jueces y tribunales desde la Sentencia que para la unificación de doctrina dictó el Tribunal Supremo el 16 de noviembre de 2016 (rec. cas. 1590/2015), en atención a la cual, en el supuesto de que el acto hubiera adquirido firmeza, y para el caso de que la norma que ofrece cobertura al ingreso tributario es declarada inconstitucional, «el plazo de prescripción se inicia en el momento del ingreso o de la finalización del plazo para la autoliquidación» (FJ 6.º).

Considerar esta última interpretación, además de privar al particular de obtener indemnización alguna puesto que, como muy bien ha indicado GALÁN VIOQUE (47), la circunstancia más probable es que los daños se hayan originado mucho antes del lustro al que se refiere el precepto, y que en el ínterin que transcurre entre la producción de estos y la sentencia que declara la inconstitucionalidad de la ley, el lesionado se encuentre todavía pleiteando para lograrla (48), hace recaer sobre el perjudicado la lentitud de la justicia, desincentiva totalmente a la víctima del ejer-

(46) En el Dictamen 543/2012 (apartado III A) 2) se plantea como una primera opción para determinar el *dies a quo* para el cómputo del año para el ejercicio de la acción de responsabilidad las *fechas en que la entidad reclamante abonó la deuda tributaria liquidada, pues es entonces cuando efectivamente se produjo el perjuicio económico*, al ingresar a favor de la Hacienda Pública el importe de las liquidaciones practicadas y de los intereses de demora a ellas vinculados (la cursiva es nuestra).

(47) El profesor GALÁN VIOQUE ha señalado a este respecto que «no tiene ningún sentido» que, siendo nula la ley que causa el daño, «la posibilidad de recibir una indemnización se haga depender de la circunstancia aleatoria, para quien lo ha sufrido, de que la sentencia que determina la invalidez se publique dentro del plazo de los cinco años siguientes a su producción» («A vueltas ...», *op. cit.*, pág. 6).

(48) Como indica el Magistrado Huelin Martínez de Velasco en el voto particular que formula a la STS de 16 de noviembre de 2016 (rec. cas. unificación doctrina 1590/2015), al que se adhieren los magistrados Francisco José Navarro Sanchís y don Rafael Fernández Montalvo, refiriéndose a la misma limitación impuesta en relación con la devolución de ingresos indebidos por su contrariedad a Derecho europeo, «... Para que los contribuyentes afectados obtengan la devolución de ingresos indebidos deben realizar su solicitud, con fundamento en la oposición al Derecho de la Unión del tributo en virtud del que efectuaron el pago, antes de que transcurran cuatro años desde el ingreso, momento en el que, dado el tiempo que se consume normalmente en la tramitación de los procedimientos administrativos y judiciales a través de los que se solventa el contencioso tributario en nuestro sistema, todavía no se sabe si la carga fiscal en cuestión se opone a dicho ordenamiento jurídico transnacional, pues no habrá todavía pronunciamiento jurisdiccional alguno que así lo declare».

cicio de su derecho, —al someterla a un prolongado proceso judicial tras el cual es más que probable que no consiga obtener reparación pecuniaria alguna— y, en definitiva, conculca el principio de reparación integral del daño.

B) LA INTERPRETACIÓN DEL MOMENTO EN EL QUE SE PRODUCE EL PERJUICIO SEGÚN EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO

El Tribunal de Justicia vasco, en las sentencias de apelación reseñadas, no va a pronunciarse sobre la cuestión temporal planteada, al entender que no se ha producido la primera condición exigible para poder amparar la responsabilidad patrimonial del Legislador (recurso apropiado) (49).

No obstante, sí acoge los argumentos jurídicos empleados por el Tribunal *a quo* (Juzgados de lo contencioso-administrativo núm. 1 y 2 de San Sebastián) respecto del momento de concreción de los daños, considerando que este se inicia cuando se produce la obligación tributaria, y no cuando se dicta la sentencia que declara la inconstitucionalidad de la norma que sirvió de base a aquélla (50). A este respecto, si bien admite que el perjuicio se consuma con la publicación del fallo de inconstitucionalidad, considera que la fecha de publicación de este solo sirve como re-

(49) El FJ 5.º de todas ellas considera que «... ya hemos razonado que don Doroteo no ha cumplido con el requisito del artículo 32.4 de la Ley 40/2015. Por tanto, se hace inútil el análisis de este argumento del recurso, dado que en ningún caso le corresponde obtener una declaración de responsabilidad patrimonial de la administración. Por ese mismo motivo, no procede el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad pretendida».

(50) Imperan los argumentos de la parte apelada, la Administración tributaria del País Vasco, que defiende que «... en este caso, el daño se concreta en el deber de pago de la cuota derivada de la liquidación del IRPF. Por consiguiente, habría de considerarse producido en el momento en que el obligado tributario recibe la notificación a partir de la cual ha de efectuarlo. En este caso, la notificación tuvo lugar el dieciséis de julio de 2010. De tal manera que el daño se habría producido antes del nueve de enero de 2012 y no sería indemnizable», puesto que el daño no lo ha ocasionado sentencia alguna, sino que se atribuye a una actuación de la administración tributaria, que ha aplicado una norma que posteriormente ha sido declarada inconstitucional. Por tanto, el daño se materializaría desde el momento en que ha de pagarse la deuda.

Insiste, además, en que el recurrente confunde este requisito temporal con el plazo de prescripción. A este respecto, destaca que «... el origen del daño está en la liquidación tributaria. No obstante, este no se consuma hasta que se publica la sentencia que declara la inconstitucionalidad de la norma que sirvió de base a aquella. Por ese motivo el plazo de prescripción se computa desde la publicación de esa sentencia. Ahora bien, en ningún momento se habría discutido que la acción para reclamar no estaba prescrita cuando se ejerció. Cuestión diferente es que el legislador haya considerado oportuno acotar temporalmente los márgenes en que han de reconocerse indemnizaciones por responsabilidad patrimonial del estado legislador. De tal modo que, dentro del plazo de cinco años recogido en el precepto, ha de haberse producido la sentencia que declaró la inconstitucionalidad de la norma, la que desestimó el recurso contencioso-administrativo y la actuación que generó el daño».

ferencia para contar el plazo de prescripción de la acción, pero no para determinar el alcance de las indemnizaciones que hayan de reconocerse por responsabilidad patrimonial del Legislador.

Para el apelante, sin embargo, el daño se consolida en 2016, cuando se notificó la sentencia del Tribunal Constitucional. Por tanto, a su juicio, sí que estaría dentro del plazo de cinco años al que se refiere el artículo 34.1 de la Ley 40/2015, puesto que el recorrido impugnatorio frente a la liquidación se inició en 2012, cuando interpuso el recurso contencioso-administrativo. A su parecer, fue la desatención de su pretensión de que se plantease cuestión de inconstitucionalidad lo que le obligó a esperar el resultado de la formulada en un proceso ajeno en el que él no podía intervenir. De tal forma que la inviabilidad de su pretensión indemnizatoria devino de causas que le serían ajenas y sobre las que no pudo influir, como es la que se expresa, añadiendo que la reclamación indemnizatoria no puede depender de una cuestión aleatoria como lo sería la fecha en que se efectuó el pago voluntario del tributo (51). Entender la interpretación restrictiva conduciría, a su juicio, a negar toda virtualidad al derecho a ser indemnizado que se reconoce en el artículo 106 de la Constitución hasta convertirlo «en una mera figura decorativa» (52).

C) LA INTERPRETACIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO

Antes de entrar a valorar la cuestión sometida a su consideración, la Sala de casación aclara que el objeto de la controversia no es el inicio del *dies ad quem* para plantear la demanda de responsabilidad patrimonial, puesto que éste ha quedado establecido en el artículo 67.1 de la Ley 39/2015 por referencia a la fecha de publicación de la sentencia que de-

(51) Explica el perjudicado que «... de acogerse la interpretación del juzgador, se estaría eliminando *de facto* toda posibilidad de exigir la responsabilidad patrimonial del estado legislador». A este respecto, llama la atención sobre el hecho de que, para poder acceder a la jurisdicción contencioso-administrativa en materia tributaria, es preciso que previamente se agote la vía económico-administrativa. Todo este recorrido tendría una duración, en la mayor parte de los casos, superior a los cinco años, lo que haría inviable la acción de responsabilidad patrimonial.

Asimismo, destaca que la normativa reguladora del sistema de responsabilidad patrimonial no ha hecho ninguna precisión sobre cuándo deben entenderse producidos esos daños. Si bien reconoce que el origen del daño está en la emisión de una liquidación tributaria que genera una deuda que se ha de ingresar en el plazo voluntario de un mes, estima, sin embargo, que el daño no se materializa en ese momento, sino cuando el administrado agota sin éxito la vía impugnatoria frente a esa liquidación. Por tanto, defiende que no se produjo el daño hasta que el recurso de casación no fue desestimado, habida cuenta de que el interesado estaba pendiente de una resolución judicial que podía haberlo evitado (FJ 3.º).

(52) FJ 3.º.

clara la inconstitucionalidad de la ley de la que deriva el perjuicio (53), sino el *dies a quo*, el momento inicial en el que se consolidan los daños «producidos», que es la única previsión que al respecto efectúa el artículo 34.1 de la Ley 40/2015.

A partir de ahí, entiendo que esta certeza en la producción de los daños no puede depender de la fecha en que los mismos se hicieron efectivos a través de su pago, sino que la responsabilidad «resulta exigible al margen de la pervivencia del correspondiente acto de gestión tributaria adoptado en aplicación de dicha norma» (54).

Pues bien, a este respecto la alta instancia jurisdiccional entiende que este plazo se inicia cuando «se consolida la situación perjudicial derivada del acto causante, que tiene lugar al agotarse las vías —para corregir o evitar la efectividad del perjuicio— utilizadas por el interesado», y ello es así porque «no puede referirse la producción del daño consolidado y definitivo a un acto pendiente de decisión judicial y, que, caso de resultar favorable, determinaría la eliminación del mismo y consiguientemente la procedencia del daño» (55).

Esta razón lleva al Supremo a reconocer, «atendiendo a dicho cómputo del término inicial del plazo y la fecha de publicación de la sentencia que declaró la inconstitucionalidad de la norma foral», el derecho del recurrente a ser indemnizado de todos los daños y perjuicios que de-

(53) Según el FJ 3.º, «Se mantiene, pues, el plazo general de prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial, plazo que según reiterada jurisprudencia y como señala la citada sentencia de 13 de junio de 2000 (casación 567/98), «comienza a computarse a partir del momento en que se completan los elementos fácticos y jurídicos que permiten el ejercicio de la acción, con arreglo a la doctrina de la *actio nata* o nacimiento de la acción. Resulta evidente que el momento inicial del cómputo, en el caso contemplado, no puede ser sino el de la publicación de la sentencia del Tribunal Constitucional que, al declarar la nulidad de la ley por estimarla contraria a la Constitución, permite por primera vez tener conocimiento pleno de los elementos que integran la pretensión indemnizatoria y, por consiguiente, hacen posible el ejercicio de la acción. En consecuencia, es dicha publicación la que determina el inicio del citado plazo específicamente establecido por la ley para la reclamación por responsabilidad patrimonial».

(54) FJ 3.º.

(55) FJ 3.º, que expresa lo siguiente: «Hemos ya dicho, en este particular, que cuando el precepto se refiere a «daños producidos» está aludiendo a aquellos incuestionables y definitivos que no están sujetos o pendientes de revisión. En la jurisprudencia se atiende a los distintos tipos de daños señalado las particularidades de cada caso, en relación con la consolidación y fijación de la realidad de los mismos. En este sentido y cuando el daño se imputa a un acto administrativo que se considera ilegal, la producción del daño viene referida al momento en que se consolida la situación perjudicial derivada del acto causante, que tiene lugar al agotarse las vías -para corregir o evitar la efectividad del perjuicio- utilizadas por el interesado.

Y esta apreciación, consideramos, es también conforme con la naturaleza del plazo establecido en el referido art. 34.1, dado que al cuestionarse por el perjudicado el acto causante del perjuicio ha de entenderse interrumpido su cómputo, de manera que no puede referirse la producción del daño consolidado y definitivo a un acto pendiente de decisión judicial y, que, caso de resultar favorable, determinaría la eliminación del mismo y consiguientemente la procedencia del daño. No puede olvidarse, en este sentido, que uno de los elementos que conforman la responsabilidad patrimonial es la realidad del daño».

rivaron del acto de exacción tributaria que en su momento satisfizo, más los intereses legales de demora desde la fecha que presentó la reclamación indemnizatoria ante el Consejo de Gobierno Vasco».

V. Conclusiones

PRIMERA: Resulta evidente que la interpretación que el Tribunal Supremo ha efectuado de las dos reglas que en este trabajo hemos analizado permite mitigar el rigor que la Ley 40/2015 ha impuesto a la exigencia de la responsabilidad patrimonial que compete al Legislador por la adopción de leyes contrarias a Derecho, ya se trate de leyes inconstitucionales, ya de aquellas que conculcan el ordenamiento de la Unión Europea, y que prácticamente blindan la inmunidad de este poder público.

Ahora bien, nos preguntamos si la oportuna exégesis que de los preceptos considerados ha llevado a cabo la alta instancia jurisdiccional será suficiente para concluir que esta nueva regulación cumple el mandato constitucional del artículo 9.3 del Texto fundamental, que llama a la responsabilidad de todos los poderes públicos, y el principio de efectividad que para su ejercicio reclama el Derecho europeo en el caso de leyes nacionales que vulneran el mismo, y cuya presunta desatención ha sido una de las razones que ha llevado a la Comisión Europea a demandar a nuestro Estado ante el Tribunal de Justicia, conflicto que tiene evidentes visos de terminar en sentencia condenatoria.

SEGUNDO: Ciertamente, desde el punto de vista procesal, la posibilidad que el Supremo ofrece al sujeto lesionado de impugnar a través de la revisión de oficio un acto administrativo que, ejecutando una disposición legal contraria a Derecho, le causa un perjuicio, proporciona al mismo innegables ventajas, particularmente dos: primera, le permite poder combatir de manera acumulada todos los actos administrativos que sean ejecución de una misma disposición legal y hacerlo en cualquier momento, —aunque siempre antes de la publicación de la sentencia de inconstitucionalidad—, y, segunda, disponer de un tiempo más dilatado para analizar los argumentos que le permitan invocar de manera certera los preceptos del Texto constitucional que considera infringidos, suministrando al juez los elementos necesarios para que el mismo plantee la cuestión prejudicial.

Igualmente beneficioso para el perjudicado supone que se tome como referencia para considerar producidos los daños y poder iniciar el cómputo del plazo de los cinco años anteriores a la publicación de la sentencia, el momento en el que se agotan las vías de impugnación que se pueden utilizar para corregir o evitar dichos efectos dañinos.

Admitir la tesis de que los perjuicios se ocasionan en cuando se consuma la obligación que nace del acto administrativo que los causa hace prácticamente estéril, por el mero transcurso del tiempo, la acción reparatoria.

TERCERA: Sin embargo, y a pesar del alivio que para el sujeto lesionado supone la atenuación por la vía jurisprudencial de las dos estrictas condiciones que para el ejercicio de la acción resarcitoria dirigida contra el Legislador ha impuesto la Ley de 2015, su posición jurídica frente a las consecuencias dañosas causadas por una disposición legal ilegítima continúa siendo extraordinariamente compleja.

En efecto, tendrá que impetrar, en cualquier caso, la tutela primaria de su derecho, combatiendo hasta sus últimas consecuencias el acto administrativo del que deriva el perjuicio provocado por la ley inconstitucional hasta conseguir una sentencia desestimatoria de su pretensión. Y es que con el recurso a la revisión de oficio no podrá conseguir la declaración de nulidad del dicho acto administrativo, ya que la inconstitucionalidad del precepto legal del cual este es aplicación no forma parte de los motivos que taxativamente establece el artículo 47.1 LPACAP para que la Administración puede proceder a su revocación. A ello se añade que cuando el perjudicado insta tal procedimiento anulatorio, el fallo de inconstitucionalidad no se ha podido producir.

Por consiguiente, la revisión de oficio es, en este caso, tan solo un vehículo para acudir al juez quien, tras considerar la alegación efectuada por el recurrente acerca de los preceptos constitucionales concretos que la disposición legislativa incumple, ha de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, planteamiento que no depende del lesionado y frente a cuya denegación se encuentra inerme, salvo que se aprecie la violación artículo 24 de la Carta magna.

Pero, además, la posición jurídica del reclamante se encuentra sometida a otra circunstancia aleatoria, que es que la sentencia de inconstitucionalidad se ha de dictar dentro de los cinco años posteriores a la impugnación del acto administrativo que causa el perjuicio, ya se realice por vía de recurso, ya a través de la revisión de oficio, pero no antes de dicha impugnación.

Finalmente, el damnificado que ha conseguido culminar todo este proceso tendrá que iniciar otro nuevo procedimiento administrativo destinado a reclamar su derecho a obtener la reparación de los perjuicios sufridos por causa imputable al Legislador, y, en el caso de ser rechazado, instar nuevamente la acción de la justicia para conseguir dicho reconocimiento.

CUARTA: En definitiva, la regulación que nuestro Derecho ha previsto para pretender la responsabilidad patrimonial del Legislador sigue siendo excesivamente compleja y onerosa para la mayor parte de

los damnificados. Por esta razón, y pese a la acción clarificadora y favorable a los intereses de los lesionados que respecto de algunas de sus exigencias acaba de realizar el Tribunal Supremo, entendemos que la misma continúa sin satisfacer los parámetros constitucionales que requiere el principio de responsabilidad patrimonial y la efectividad de tal derecho.

VI. Bibliografía

- ALONSO GARCÍA, M.^a Consuelo, «Jurisprudencia española sobre los recortes a las renovables», en *El Derecho de las energías renovables y el regadío* (dir. DELGADO PIQUERAS, Francisco), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2018
- «Réquiem por la responsabilidad patrimonial del legislador: la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público», en ALONSO GARCÍA, M.^a Consuelo y MARTÍN DELGADO, Isaac, *La responsabilidad del Estado por el incumplimiento de las obligaciones normativas derivadas del Derecho de la Unión Europea. El caso de España*, Iustel, Madrid, 2020.
- ALONSO GARCÍA, Ricardo, «La incidencia del Derecho de la Unión Europea en el proceso contencioso-administrativo español», en *La incidencia del Derecho de la Unión Europea en la jurisdicción contencioso-administrativa*, European Inklings, núm. 20 (2019) (EUi) IVAP.
- BACIGALUPO SAGGESE, Mariano, «El principio de seguridad jurídica y sus manifestaciones», *Documentación Administrativa*, 263-264 (2002).
- BOUAZZA ARIÑO, Omar, *El recurso de casación contencioso-administrativo común. Estudio de Legislación y de Jurisprudencia y propuestas para su reforma*, Civitas. Thomson-Reuters, Madrid, 2013.
- COBREROS MENDAZONA, Edorta, *Responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea*. Iustel, Madrid, 2015.
- DÓMENECH PASCUAL, Gabriel, «Responsabilidad patrimonial de la Administración por leyes declaradas inconstitucionales: las contradicciones del Tribunal Supremo», *Impuestos*, 11 (2005).
- «La menguante responsabilidad patrimonial del Estado por leyes contrarias a Derecho», *Anuari de Dret Parlamentari*, 31 (2018).
- FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón, «¿Hasta cuándo la inseguridad jurídica y la doble vara de medir en materia de impuesto de plusvalía?», *REDA*, 207 (2020).
- GALÁN VIOQUE, Roberto, «A vueltas con la regulación de la responsabilidad del Estado Legislador», *Documentación Administrativa*, 2 (2015).
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, «El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador», *RAP*, 159 (2002).

- GUICHOT REINA, Emilio, «La responsabilidad del Estado Legislador por infracción del Derecho de la Unión Europea en la jurisprudencia y en la legislación españolas a la luz de los principios de equivalencia y efectividad», *REDE*, 60 (2016).
- MARTÍN REBOLLO, Luis, «Responsabilidad Patrimonial por actos legislativos: una discutible elaboración jurisprudencial en expansión», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 556 (2002).
- MESTRE DELGADO, Juan F., «La responsabilidad del Estado Legislador», en Responsabilidad patrimonial del Estado legislador, administrador y juez, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, 2004.
- MORENO QUIRÓS, Juan Antonio, *La responsabilidad patrimonial del Estado Legislador: análisis desde la perspectiva tributaria*, Aranzadi, Pamplona, 2018.
- LOZANO CUTANDA, Blanca, «La necesaria inclusión en las demandas, como cláusula de estilo, de la inconstitucionalidad o el carácter contrario al Derecho de la Unión Europea del acto recurrido», en Gómez Acebo y Pombo, *Gestión de Conocimiento*, diciembre 2016.
- QUINTANA LÓPEZ, Tomás, «La responsabilidad del Estado Legislador», *RAP*, 135 (1994).
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, «Igualar por abajo». La doctrina del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad del Estado derivada de la ley contraria al Derecho comunitario y de la ley inconstitucional», *REDE*, 38 (2011).
- TORNOS MAS, Joaquín, «Crónica de jurisprudencia contencioso-administrativa», *RAP*, 154 (2001).
- XIOL RÍOS, Juan Antonio, «La responsabilidad patrimonial por acto legislativo», en *La responsabilidad civil y su problemática actual* (coord. J.A. Moreno Martínez), Dykinson, Madrid, 2007.



Métodos tradicionales de caza y Directiva de aves silvestres. Comentario al asunto C-900/19, *One Voice*, STJUE de 17-03-2021

Traditional hunting methods and Directive on the conservation of wild birds. Commentary on case C-900/19, *One Voice*, from CJEU 17-03-2021

AGUSTÍN GARCÍA URETA

Catedrático de Derecho Administrativo
UPV/EHU
agustin.garcia-ureta@ehu.eus

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.120.2021.06>

LABURPENA: Iruzkin honek Europar Batasuneko Justizia Auzitegiaren (EBJA) epai bat aztertzen du, ehiza-metodo debekatuei buruzkoa, bereziki, liga itsasgarria erabiliz eta 2009/147 Zuzentarauan, basa-hegaziak babesteari buruzkoan, jasotako salbuespenetako bat aplikatzeko aukerari buruzkoa. Horrek aukera ematen du [art. 9.1.c)] hertsiki kontrolatutako baldintzetan eta modu selektiboan, zenbait hegazi kopuru txikietan harrapatzea, atxikitzea edo zentzuzko beste edozein ustiapen. Epaiak selektibitatearen nozioa aztertzen du eta harrapaketa-metodo hilgarriak edo ez-hilgarriak bereizten ditu. Hala ere, liga metodo selektibo gisa erabiltzea zailtzan jartzen du, eta, nolana ere, edozein erabaki ezagutza zientifiko onenetan oinarrituta egotea eskatzen du. EBJAK ezarritako baldintzek nabarmen mugatzen dute metodo horren erabilera.

HITZ GAKOAK: Ehiza. Debekatutako metodoak. Liga itsasgarria erabiltzea. Selektibitatea.

ABSTRACT: This comment examines a judgment of the Court of Justice of the European Union (CJEU) concerning prohibited hunting methods, in particular, adhesive-covered twigs and the exception set out in Directive 2009/147, on the conservation of wild birds. This directive allows, under strictly supervised conditions and on a selective basis, the capture, keeping or other judicious use of certain birds in small numbers. The judgment examines the notion of «selective basis» and draws a distinction between lethal and non-lethal hunting methods. Nevertheless, it questions the use of adhesive-covered twigs, demanding that any national decision be based on the best available scientific knowledge. The conditions imposed by the CJEU severely restrict the use of this method.

KEYWORDS: Hunting. Prohibited methods. Adhesive-covered twigs. Selective basis.

RESUMEN: El presente comentario examina una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) sobre los métodos prohibidos de caza, en particular, mediante el empleo de la liga y la posibilidad de aplicar una de las excepciones contenidas en la Directiva 2009/147, relativa a la protección de las aves silvestres. Esta permite [art. 9.1.c)] en condiciones estrictamente controladas y de un modo selectivo, la captura, la retención o cualquier otra explotación prudente de determinadas aves en pequeñas cantidades. La sentencia examina la noción de selectividad y distingue entre métodos de captura letales o no letales. Sin embargo, cuestiona el uso de la liga como método selectivo, exigiendo, en todo caso, que cualquier decisión esté fundada en los mejores conocimientos científicos. Las condiciones impuestas por el TJUE limitan de manera evidente el posible uso de este método.

PALABRAS CLAVE: Caza. Métodos prohibidos. Empleo de liga. Selectividad.

Trabajo recibido el 28 de abril de 2021

Aceptado por el Consejo de Redacción el 21 de mayo de 2021

Sumario: I. Introducción y objeto del asunto *One Voice*.—II. Cuestiones prejudiciales y respuesta del TJUE. 1. Primera cuestión: obligación de motivación y consideración de otra solución satisfactoria. 1.1. Obligación de motivación. 1.2. Los métodos de caza como explotación prudente y el alcance del art. 2 DAS. 1.3. La justificación de la inexistencia de otra solución satisfactoria. 2. Segunda cuestión: capturas accesorias y selectividad. 2.1. Jurisprudencia anterior al asunto *One Voice*. 2.2. La noción de selectividad. III. Comentarios conclusivos. Bibliografía.

I. Introducción y objeto del asunto *One Voice*

1. La Directiva de aves silvestres tiene ya más de 42 años de existencia jurídica, desde que se adoptará en 1979 (Directiva 79/409, actualmente consolidada mediante la Directiva 2009/147, en adelante DAS). En esta ya larga andadura los Estados miembros de la Unión Europea (UE) han tenido que adaptarse a lo que inicialmente parecía un compendio de principios generales, sin una evidente virtud vinculante. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia (TJUE) ha desmentido tal visión. Así, aquel ha recordado que el art. 1, que señala como objetivo la protección, la administración y la regulación de las aves silvestre y de su explotación, «constituye una disposición que *no proclama una orientación programática*, sino que contiene una *norma jurídica imperativa* a la que deben adaptarse los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros» (1).

2. La DAS ha sido objeto de atención por el TJUE en numerosos asuntos, buena parte de los cuales se ha centrado en la clasificación de zonas de protección (ZEPA). No obstante, una sección no despreciable de los litigios planteados ha considerado otra vertiente de la DAS, esto es, la relativa a la captura de las aves silvestres, en particular por medio de la caza. Algunos asuntos trascienden incluso las particularidades de la DAS para internarse en aspectos relativos al aparente margen de apreciación de los Estados miembros o la obligación de resolver los recursos contra sus decisiones antes de que estas puedan producir efectos. La incidencia de la DAS sobre las normas de los Estados miembros es destacable, toda vez que ella marca el umbral de protección, las especies cazables, los períodos esenciales de tutela, pero también aquellos métodos de caza que no resultan aceptables. En el contexto de la UE la adaptación a estas normas no ha resultado sencilla, aunque los principios para el ejercicio de la caza se encuentran bien asentados en

(1) Asunto 507/04, *Comisión v. Austria*, ECLI:EU:C:2007:427, apt. 88, cursiva añadida.

la jurisprudencia del TJUE. Estos asuntos revelan, en principio, una cierta divisoria norte-sur, de manera que determinados Estados miembros han encontrado más dificultades para aplicar, en la práctica, las exigencias de la DAS (v.g., Malta, Francia, Italia o España), pero otros situados más al norte tampoco han escapado de las normas de la directiva (v.g., Austria o Finlandia).

3. El asunto *One Voice*, que se comenta a continuación, tiene que ver con los denominados métodos prohibidos(2) y la compatibilidad de aquellos denominados «tradicionales» con los requisitos de la DAS. La caza es una actividad habitual en los Estados miembros y con ella el empleo de métodos que no siempre resultan compatibles con el estándar europeo. Este tiene como referente básico a la DAS, pero tampoco puede olvidarse en que en mismo año en que esta fue aprobada, también se adoptó el Convenio relativo a la Conservación de la Vida Silvestre y del Medio Natural en Europa, que contiene una referencia a determinados métodos proscritos en la práctica de la caza(3). En estas décadas han ido surgiendo varias sentencias que han marcado el ámbito en el que tales métodos pudieran ser eventualmente utilizados. La virtud de la sentencia en el asunto *One Voice* radica en que el TJUE ha precisado con mayor detalle y complejidad los requisitos a los que se ven sometidos los Esta-

(2) El art. 8.1 DAS indica: «En lo que se refiere a la caza, la captura o muerte de aves en el marco de la presente Directiva, los Estados miembros prohibirán el recurso a cualquier medio, instalación o método de captura o muerte masiva o no selectiva o que pudiera causar la desaparición local de una especie, y en particular, los que se enumeran en la letra a) del anexo IV». El Anexo IV.a) enumera los siguientes métodos: «a) Lazos (con excepción de Finlandia y Suecia para la captura de *Lagopus lagopus lagopus* y *Lagopus mutus* al norte de los 58° de latitud N), ligas, anzuelos, aves vivas utilizadas como reclamos cegadas o mutiladas, aparatos grabadores, aparatos electrocutantes. Fuentes luminosas artificiales, espejos, dispositivos para iluminar los blancos, dispositivos de visor que incluyan un convertidor de imagen o un amplificador de imagen electrónico para tiro nocturno. Explosivos. Redes, trampas-cepo, cebos envenenados o tranquilizantes. Armas semiautomáticas o automáticas cuyo cargador pueda contener más de dos cartuchos».

(3) El art. 8 del Convenio señala: «Si se trata de la captura o muerte de las especies de fauna silvestre enumeradas en el Anexo III, y en los casos en que se hagan excepciones con arreglo al artículo 9 en lo que respecta a las especies enumeradas en el Anexo II, las Partes contratantes prohibirán la utilización de todos los medios no selectivos de captura y muerte y de los medios que puedan causar localmente la desaparición o turbar seriamente la tranquilidad de las poblaciones de una especie, en particular de los medios enumerados en el Anexo IV». El Anexo IV refiere los siguientes métodos en el caso de las aves: «Lazos. Varetas. Anzuelos. Aves vivas utilizados como reclamos, cegados o mutilados. Magnetófonos. Aparatos selectivos capaces de matar o de atontar. Fuentes luminosas artificiales. Espejuelos y otros objetos deslumbrantes. Dispositivos para iluminar los blancos. Dispositivos de mira de los que forme parte integrante un convertidor de imagen o un amplificador de imagen electrónico, para tiro nocturno. Explosivos. Redes. Trampas. Veneno y cebos envenenados o anestésicos. Armas semiautomáticas o automáticas cuyo cargador pueda contener más de dos cartuchos. BOWMAN, Michael, DAVIES, Peter, y REDGWELL, Catherine, *Lyster's International Wildlife Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, págs. 297-345.

dos miembros a la hora de autorizar una posible excepción con fundamento en dichos métodos.

4. El objeto del asunto fueron diversos recursos presentados contra cinco Decretos de 24 de septiembre de 2018 relativos al empleo de ligas para la captura de zorzales y mirlos comunes destinados a reclamo para la temporada de caza 2018-2019 en varios departamentos franceses. La normativa de este Estado miembro señalaba que, en época hábil de caza, la licencia otorgaba a su titular el derecho a cazar de día, ya fuese con escopeta, en montería, a voces, o en la modalidad de cetrería, según las distinciones establecidas por los decretos del ministro competente en materia de caza. Con el fin de permitir, en condiciones estrictamente controladas y de un modo selectivo, la caza de determinadas aves de paso en pequeñas cantidades, el ministro competente en materia de caza debía precisar las condiciones de autorización del uso de métodos y medios de caza consolidados por los usos tradicionales, como excepción a los autorizados(4). Un decreto de 1989 permitía el uso de ligas para la captura de zorzales charlos, zorzales reales, zorzales alirrojos, zorzales comunes y mirlos comunes, con el fin de usarlos como reclamos para fines privados, en varios departamentos con objeto de permitir la captura selectiva y en pequeñas cantidades de dichas aves, al no existir otra solución satisfactoria. A lo anterior se añadían otras normas: a) las ligas solo podían permanecer colocadas mientras el cazador se encontrase presente, b) toda ave atrapada debía ser inmediatamente limpiada, c) toda presa de especie distinta de las anteriores especies que resultase atrapada accidentalmente debía ser limpiada y liberada inmediatamente, y d) el ministro competente en materia de caza debía fijar cada año el cupo máximo de capturas por temporada, así como, en su caso, las especificaciones técnicas oportunas para cada departamento.

5. Frente a esta normativa, los demandantes en el litigio principal alegaron que se infringía el art. 9 DAS, ya que se autorizaba un método de caza tradicional no selectivo, a saber, el empleo de ligas, sin que, además, se hubiese justificado la inexistencia de otra solución satisfactoria, tal y como exigía esa disposición de la DAS. Asimismo, sostuvieron que los decretos objeto del recurso contravenían la directiva al autorizar la captura de aves en condiciones no estrictamente controladas, sin demostrar que las capturas autorizadas se limitaban a pequeñas cantidades.

(4) Art. L. 424-4 del Código de Medio Ambiente.

II. Cuestiones prejudiciales y respuesta del TJUE

1. Primera cuestión: obligación de motivación y consideración de otra solución satisfactoria

6. El juez estatal planteó dos cuestiones prejudiciales al TJUE que fueron contestadas en orden inverso al remitido. La primera de ellas (segunda en realidad) preguntó si el artículo 9.1.c) DAS debía interpretarse en el sentido de que el carácter tradicional de un método de captura de aves resultaba suficiente, por sí solo, para justificar que no pudiera ser sustituido por otra solución satisfactoria, en el sentido de dicha disposición.

1.1. OBLIGACIÓN DE MOTIVACIÓN

7. Para contextualizar esta pregunta hay que tener en cuenta que el art. 9.1 DAS es una norma que permite exceptuar las prohibiciones establecidas en los arts. 5 (generales), 6 (relativas a la comercialización de las aves silvestres) 7 (periodos de caza) y 8 (métodos prohibidos). Para ello contiene una serie de supuestos que pueden ser invocados por las autoridades de los Estados miembros, pero exige, como requisito previo, que estos examinen y, lógicamente motiven, la inexistencia de «otra solución satisfactoria» que, en su caso, impediría tener que acudir a la excepción. En concreto y por lo que respecta a la norma examinada por el TJUE, esta señala:

«Los Estados miembros podrán introducir excepciones a los artículos 5, 6, 7 y 8 si no hubiere otra solución satisfactoria, por los motivos siguientes:

c) para permitir, en condiciones estrictamente controladas y de un modo selectivo, la captura, la retención o cualquier otra explotación prudente de determinadas aves en pequeñas cantidades».

8. A pesar de su aparente simplicidad, esta norma ha dado paso a diversos asuntos, en especial debido a la locución «pequeñas cantidades». En el asunto *One Voice* la clave del caso radicó básicamente en la noción de selectividad. En todo caso, la jurisprudencia del TJUE ha mantenido a lo largo de estas décadas que, si la DAS parece autorizar una «gran cantidad de supuestos de excepciones al régimen general de protección, no tiene otro objetivo que una aplicación *concreta y puntual* que responde a exigencias *precisas* y a situaciones *específi-*

cas» (5). Asimismo, el TJUE ha precisado que el art. 9 DAS debe interpretarse en el sentido de que faculta a los Estados miembros para introducir excepciones a la prohibición general de cazar determinadas especies protegidas «únicamente a través de medidas en las que mencionen con el *debido detalle* los elementos que figuran en sus apartados 1 y 2» (6).

9. La primera sección de la respuesta del TJUE discurrió por derroteros conocidos, relativos a las obligaciones generales de los Estados miembros. Estas pasan por establecer un marco legal y reglamentario que garantice la seguridad jurídica, precisando los criterios por los que se establecen excepciones y, sobre todo, garantizando unos determinados estándares de motivación. Esta cuestión adquirió un lugar destacado en la sentencia, en dos planos. Por una parte, desde la perspectiva científica. Esta constituye una de las bases de la normativa ambiental en general, pero también de la DAS en particular. De ahí la mención por el TJUE de una referencia ya habitual en su jurisprudencia, de que las pruebas que demuestren que concurren los requisitos exigidos para establecer una excepción al régimen de protección de la DAS deben fundarse en conocimientos científicos «bien asentados» y que estén a disposición de las autoridades en el momento en que concedan las autorizaciones. Esta expresión apunta a que debe existir un consenso científico sobre las condiciones en las que las aves silvestres pueden ser objeto de una excepción que permita circunvalar una de las prohibiciones de la propia DAS. En todo caso, el TJUE aludió, en tres ocasiones en la sentencia (7), a los mejores conocimientos científicos, que es la expresión que habitualmente emplea. Lógicamente, cuáles sean tales conocimientos depende del estado de la ciencia en cada momento y del avance que se produzca en cuanto a las especies concernidas, lo que resulta un problema no menor en la actualidad como lo ponen de manifiesto distintos documentos de la Comisión o de la Agencia Europea de Medio Ambiente (8).

(5) Asunto 247/85, *Comisión v. Bélgica*, ECLI:EU:C:1987:339, apt. 7, cursiva añadida; asunto 262/85, *Comisión v. Italia*, ECLI:EU:C:1987:340, apt. 7; Asunto C-118/94, *Associazione Italiana per il World Wildlife Fund v. Regione Veneto*, ECLI:EU:C:1996:86, apt. 21.

(6) Asunto C-118/94, *Associazione Italiana per il World Wildlife Fund v. Regione Veneto*, apt. 26.

(7) Asunto C-900/19, apts. 30, 32 y 68.

(8) La Comisión Europea ha indicado, en 2017, sobre España que, en cuanto a las especies, el 22 % de las evaluaciones consideró el estado de conservación favorable en 2013 (EU-27: 23 %), el 35 % desfavorable-inadecuado (EU-27: 42 %) y el 19 % desfavorable - malo (EU-27: 18 %). Según la Comisión, menos del 10 % de los tipos de hábitat y el 20 % de las especies cuyo estado de conservación se evaluó como desfavorable está mejorando. La Comisión Europea ha señalado también que España tiene el mayor porcentaje de evaluaciones con clasificación «desconocido» (aproximadamente el 25 %) entre los Estados miembros, aunque, desde el último periodo de informes, se han logrado mejoras importantes, lo cual indica que hay lagunas de conocimiento importantes para la aplica-

10. La referencia al conocimiento científico tiene una segunda dimensión en la sentencia, en lo que respecta a los requisitos de motivación, que constituyeron una de sus claves. De una manera un tanto circular, el TJUE indicó que si bien la normativa estatal aplicable en materia de conservación de las aves silvestres debía establecer, al aplicar el régimen excepcional contemplado en el artículo 9 DAS, los criterios relativos a una excepción de manera clara y precisa y obligar a la autoridad competente a verificar que no existía otra solución satisfactoria, la motivación adoptada a la hora de aplicar ese régimen de excepciones debía poner de manifiesto que se cumplía el requisito relativo a la inexistencia de otra solución satisfactoria (9). En consecuencia, no se cumplía con un nivel básico de motivación sobre esta cuestión cuando una decisión se limitase a indicar que no existía otra solución satisfactoria, sin justificarlo mediante una motivación detallada, basada en los mejores conocimientos científicos pertinentes y en la que se expusiesen los motivos que llevaban a la conclusión de que se cumplían todos los requisitos para autorizar una excepción del art. 9 DAS (10). Como se colige con facilidad, tal decisión no sería más que una mera tautología sin descender al caso concreto que hubiese que resolver y, por lo tanto, no resultaría compatible con un nivel básico de motivación.

1.2. LOS MÉTODOS DE CAZA COMO EXPLOTACIÓN PRUDENTE Y EL ALCANCE DEL ART. 2 DAS

11. Ahora bien, hasta ese momento, el TJUE solo refirió los aspectos más generales para la correcta aplicación del art. 9.1 DAS. A continuación manifestó algo que ya había admitido en anteriores sentencias:

«[L]a caza de aves silvestres practicada con fines recreativos durante los períodos indicados en el artículo 7, apartado 4, de la Directiva puede ser una explotación razonable autorizada por el artículo 9, apartado 1, letra c), de la Directiva, así como la captura y la cesión de aves silvestres, incluso

ción de las Directivas sobre protección de la naturaleza. SWD(2017) 42 final, Documento de trabajo de los servicios de la Comisión Revisión de la aplicación de la normativa medioambiental de la UE Informe de España que acompaña al documento Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones Revisión de la aplicación de la normativa medioambiental de la UE: problemas comunes y cómo combinar esfuerzos para obtener mejores resultados, págs. 12-13.

(9) Asunto C-900/19, apt. 31.

(10) Asunto C-900/19, apt. 32.

fuera de la temporada de caza, para utilizarlas como reclamos vivos o con fines recreativos en las ferias y mercados» (11).

12. Lo anterior no suscitaba mayores problemas. Sin embargo, el TJUE también afirmó algo que le llevó a establecer una inmediata matización. Por una parte, indicó que también entraban en la noción de «explotación prudente» del art. 9.1.c) DAS los métodos tradicionales de caza, ya que, según el art. 2 DAS, los Estados miembros debían tener en cuenta las exigencias recreativas al adoptar las medidas a las que se hace referencia esta norma. Esta señala: «Los Estados miembros tomarán todas las medidas necesarias para mantener o adaptar las poblaciones de todas las especies de aves contempladas en el artículo 1 en un nivel que corresponda en particular a las exigencias ecológicas, científicas y culturales, *habida cuenta de las exigencias económicas y recreativas*» (12). Claro está que, como se desprende de la propia sentencia en el asunto *One Voice*, el TJUE no podía contradecir anteriores y consolidadas declaraciones en las que había afirmado que el mantenimiento de actividades tradicionales no constituía una «excepción autónoma» respecto del régimen de protección establecido por la DAS (13). Esto ha sido declarado no solo respecto de la práctica de la caza, sino también de la clasificación de ZEPA, lo que resulta lógico puesto que el art. 2 DAS es de aplicación a toda la directiva.

«[D]el art. 2 de la Directiva, que obliga a los Estados miembros a tomar todas las medidas necesarias para mantener o adaptar las poblaciones de todas las especies de aves en un nivel que corresponda, en particular, a las exigencias ecológicas, científicas y culturales, *habida cuenta de las exigencias económicas y recreativas*, se desprende que la protección de las aves debe sopesarse con otras exigencias como, por ejemplo, las de orden económico. Por tanto, aunque el art. 2 *no constituya una excepción autónoma al régimen general*

(11) Asunto C-900/19, apt. 33. Asunto C-182/02, *Ligue pour la protection des oiseaux*, ECLI:EU:C:2003:558, apt. 11. El TJUE se refirió en el asunto *One Voice* solo al asunto C-217/19, *Comisión v. Finlandia*, ECLI:EU:C:2020:291, apt. 65.

(12) Cursiva añadida.

(13) Asunto C-44/95, *The Queen v. Secretary of State for the Environment*, ex parte: *Royal Society for the Protection of Birds*, ECLI:EU:C:1996:297, apt. 25. El abogado general FENNELLY expresó esta idea con claridad en el mismo asunto: «El sistema general de la Directiva indica que la conservación de las aves constituye la norma y que los Estados miembros sólo pueden basarse en otras consideraciones para atenuar dicha norma cuando se les autoriza a ello expresamente. Es evidente *la prioridad* de los factores ecológicos, y más concretamente ornitológicos, en dicho sistema general». Asunto C-44/95, *Regina v. Secretary of State for the Environment*, ex parte: *Royal Society for the Protection of Birds*, apt. 53 de sus conclusiones, cursiva añadida.

de protección, este artículo demuestra que la propia Directiva tiene en consideración, por un lado, la necesidad de una protección eficaz de las aves y, por otro, las exigencias de la salud y la seguridad públicas, así como las económicas, ecológicas, científicas, culturales y recreativas» (14).

13. La clave de la argumentación del TJUE radicaba en que, aunque los métodos de caza formaban parte, «a menudo», de tradiciones o de usos locales, si el objetivo de conservarlos como tales constituyera un «motivo autónomo» para admitir excepciones, ello conduciría a autorizar gran número de prácticas contrarias a las exigencias del art. 9 DAS (15). Es decir, tal criterio sería contrario a la interpretación restrictiva que subyace en esta disposición. Esta conclusión es lógica. La DAS enumera una serie de excepciones limitadas y, a salvo de una posible ampliación por el legislador de la UE, no le corresponde al TJUE admitirla bajo una pretendida exégesis abierta de aquellas. De hecho, la matización realizada por el TJUE tiene su fundamento en el propio tenor del art. 2 DAS, puesto que la locución «habida cuenta de» tiene una evidente posición subordinada a los requisitos ecológicos que aquella disposición enumera en primer lugar. De ahí que la sentencia reconociese que era obligado señalar que la conservación de las aves constituía el objetivo principal de la DAS.

1.3. LA JUSTIFICACIÓN DE LA INEXISTENCIA DE OTRA SOLUCIÓN SATISFACTORIA

14. El art. 9.1 DAS es una disposición muy exigente, en la medida en que requiere el análisis previo de la concurrencia de otra solución satisfactoria antes de poder acudir a las excepciones que enumera. Ahora bien, a pesar de que la DAS emplea el singular «otra solución», el TJUE ha mantenido que la autoridad competente tiene que hacer una comparación de soluciones distintas que satisfagan los requisitos del art. 9 DAS para determinar cuál parece «más satisfactoria» (16). Esta afirmación resulta coherente con el esquema del art. 9, en la medida en que la solución que se considere como satisfactoria ha de poder evitar la aplicación de la correspondiente excepción. Por tanto, la concreción de esa solución ha de venir acompañada del descarte de aquellas otras que se hayan podido analizar. No obstante, la sentencia en el asunto *One Voice* añadió un aspecto que, hasta entonces, no se había manifestado por el TJUE y que

(14) Asunto 247/85, *Comisión v. Bélgica*, apt. 8.

(15) Asunto C-900/19, apt. 36.

(16) Asunto C-900/19, apt. 37.

fue el relativo al bienestar animal. Este es ciertamente un requisito así establecido en el art. 13 TFUE, pero que básicamente ha sido de aplicación a los animales domésticos y, en especial, a aquellos objeto de sacrificio, lo que ha llevado al legislador de la UE ha adoptar medidas específicas para respetarlo. Sin embargo, aunque el TJUE no desarrolló el alcance material del art. 13 TFUE, resulta evidente que el mismo es muy amplio, ya que cuando se refiere a los «animales» no distingue entre aquellos domésticos y los silvestres. En efecto, aquella norma emplea la expresión «los Estados miembros tendrán plenamente en cuenta las exigencias en materia de bienestar de los animales como seres sensibles, respetando al mismo tiempo las disposiciones legales o administrativas y las costumbres de los Estados miembros relativas, en particular, a ritos religiosos, tradiciones culturales y patrimonio regional». De lo anterior, el TJUE coligió que el carácter satisfactorio de las soluciones alternativas debía apreciarse en función «de las opciones razonables y de las mejores tecnologías disponibles» (17).

15. La jurisprudencia anterior sobre la concurrencia de otra solución satisfactoria y que es recordada en el asunto *One Voice*, se había centrado esencialmente en el primer criterio (la razonabilidad). En el asunto C-10/96(18), la cuestión era si la captura de las aves podía autorizarse para mantener la población de aquellas en cautividad o, si por el contrario, existía un remedio adecuado que evitase tal actividad. La normativa belga en cuestión había partido de la constatación de que la cría era posible, pero no resultaba satisfactoria, toda vez que obligaba a los criadores a modificar sus instalaciones y a abandonar sus hábitos tradicionales al respecto. Por su parte, hay que tener en cuenta que el TJUE había admitido, con anterioridad y de manera general, que se podían llevar a cabo la captura y cesión de aves para utilizarlas como reclamos vivos o con fines recreativos, constituyendo esta actividad «una explotación razonable» autorizada por la DAS(19). Sin embargo, como en el resto de supuestos excepcionales del art. 9.1 DAS, sólo cabía su aplicación si no existía otra «solución satisfactoria». El TJUE, en línea con anteriores sentencias, adoptó un criterio estricto de interpretación resaltando dos aspectos: a) la cría y reproducción en cautividad de las especies protegidas podían constituir dicha solución cuando resultasen posibles; y b) la cría y reproducción en cautividad de las especies no eran solamente científica y técnicamente viables, sino también practicadas con éxito por algunos criadores

(17) Asunto C-900/19, apt. 39

(18) Asunto C-10/96, *Ligue Royale Belge pour la Protection des Oiseaux*, ECLI:EU:C:1996:504.

(19) Asunto 262/85, *Comisión v. Italia*, apt. 38.

en Valonia y, en mayor escala, por los criadores de Flandes. En estas circunstancias, continuó el TJUE, sólo cabía considerar que la cría y reproducción en cautividad no constituían «otra solución satisfactoria» si constase que no podían tener éxito a menos que se realizasen capturas en la naturaleza (20).

16. Tras recordar su anterior jurisprudencia, el TJUE afirmó en el asunto *One Voice* que, si bien la captura de aves por medio de ligas estaba «en sí misma comprendida en la actividad cinegética», no constituía más que «la etapa preliminar» en otros métodos de captura (21), ya que las aves así capturadas estaban destinadas a servir de reclamo para atraer a otras aves de la misma especie a las que abatir a disparos de escopeta. En conclusión según el TJUE:

«Pues bien, el mero hecho de que otro método de captura requiera alguna especificidad y, por lo tanto, exija abandonar algunas de las características de una tradición no basta para considerar que no existe «otra satisfacción satisfactoria» en el sentido del artículo 9, apartado 1, de la Directiva «sobre las aves» (22).

17. Con todo, hay que hacer una puntualización a la sentencia del TJUE, ya que, a pesar del carácter «preliminar» que este atribuyó a la caza con liga, este constituye, en sí mismo, un método que no tiene por qué emplearse para la captura de otras especies. Como se desprende con claridad del asunto C-79/03, *Comisión v. España*, relativo a la caza con liga (parany) (23) en la Comunidad de Valencia (24), tal práctica se ha empleado tradicionalmente para la captura de aves silvestres y no solo su uso como reclamo para la caza de otras.

(20) Asunto C-10/96, *Ligue Royale Belge pour la Protection des Oiseaux*, apts. 18-21.

(21) Asunto C-900/19, apt. 42.

(22) Asunto C-900/19, apt. 43.

(23) El parany es una instalación para la captura de aves silvestres, compuesta por un entramado de varetas montado en un árbol al que se atraen las aves mediante reclamos. Al rozar una vareta, untada con liga, las aves pierden generalmente su capacidad de vuelo y el cazador puede capturarlas y darles muerte.

(24) GARCÍA URETA, Agustín, «Directiva de aves silvestres: Métodos prohibidos de caza, excepciones a las prohibiciones generales y caza de aves en pequeñas cantidades. Comentario al asunto C-79/03, *Comisión v. España*, sentencia del TJCE (Sala Segunda) de 9 de diciembre de 2004», *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 71, 2005, 299-316. Del mismo autor, «El parany y los métodos masivos o no selectivos de caza en la Ley 42/2007, de Patrimonio Natural y Biodiversidad: notas sobre la STC 114/2011, *Actualidad Jurídica Ambiental*, 16 de septiembre de 2013; https://www.actualidadjuridicaambiental.com/wp-content/uploads/2013/08/2013_09_A-Garcia_Ureta_Parany.pdf.

2. Segunda cuestión: capturas accesorias y selectividad

2.1. JURISPRUDENCIA ANTERIOR AL ASUNTO *ONE VOICE*

18. La segunda cuestión analizada por el TJUE (primera remitida por el juez estatal) tuvo por objeto determinar si el art. 9.1.c) DAS se oponía a una normativa estatal que autorizaba, como excepción al art. 8 DAS (métodos prohibidos), un método de captura de aves que implicaba capturas accesorias de reducido volumen y durante un período limitado. Esta pregunta llevaba necesariamente a interpretar la locución «modo selectivo» que se contiene en esa disposición.

19. La clave de esta cuestión giró en torno a tres sentencias del TJUE. En la primera, dictada en el asunto C-252/85, *Comisión v. Francia*(25), relativo al uso de redes horizontales «pantes» o «matosoles», la Comisión argumentó que el empleo de ligas y de redes horizontales no podía justificarse en el art. 9.1.c) DAS, ya que esos medios de captura no constituían métodos selectivos y no permitían, por tanto, una «explotación prudente de determinadas aves en pequeñas cantidades». Sin embargo, el TJUE afirmó que aquella no había demostrado que la normativa francesa permitiese capturas incompatibles con la explotación prudente de determinadas aves en pequeñas cantidades. Además, indicó que las excepciones habían sido transmitidas a la Comisión sin que ésta hubiese indicado nada al respecto (26). La argumentación del TJUE resultó endeble, ya que las normas francesas no preveían ningún límite para el número de capturas que podía realizar cada usuario, por lo que no se garantizaba que el número total de aves capturadas se circunscribiese a pequeñas cantidades. Esto habría bastado para considerar que no se satisfacían las condiciones de excepción previstas en el art. 9 DAS (27). Quizás por ello, el TJUE manifestó en el asunto *One Voice* que aquí se comenta que la sentencia no había ido más allá de considerar que las pruebas aportadas por la Comisión Europea no permitían sustentar las alegaciones de dicha institución, sin examinar, no obstante, de forma especial y explícita el contenido de la normativa de capturas con arreglo al criterio de selectividad. En consecuencia, no podía entenderse que aquella sentencia hubiese validado expresamente la normativa francesa (28).

(25) Asunto 252/85, *Comisión v. Francia*.

(26) Asunto 252/85, *Comisión v. Francia*, apt. 31.

(27) Abogado general en el asunto 252/85, *Comisión v. Francia*, apt. 44.

(28) Asunto C-900/19, apt. 48

20. La segunda sentencia se dictó en el asunto C-79/03, antes citado, relativo a la caza con parany, el TJUE observó, en primer lugar, que el Anexo IV DAS incluía a esta modalidad entre aquellos métodos masivos y no selectivos. En segundo lugar, constató que la caza de tordos con liga no permitía evitar la captura de aves de otras especies. En este punto, como en otros de la sentencia, el TJUE tuvo en cuenta un informe de la Sociedad Española de Ornitología (SEO) sobre la captura de zorzales con parany, que indicaba que, entre las aves capturadas utilizando dicho método, la proporción zorzales/aves de otras especies se encontraba en una horquilla comprendida entre 1,24 y 4. Esta constatación tenía importancia, ya que no existía prueba alguna en sentido contrario en los autos. De lo anterior el TJUE dedujo que la caza con parany se fundamentaba en un método de captura no selectivo. El hecho de que los cazadores estuviesen obligados a limpiar y a liberar aves de especies distintas de las contempladas en norma controvertida, cuando estas resultaban atrapadas en las varetas, no tenía «entidad suficiente para poner en duda el carácter no selectivo de dicho método de captura» (29).

21. Sobre esta sentencia, el TJUE indicó en el asunto *One Voice* que la normativa valenciana, que permitía una forma particular de caza con liga, era «menos rigurosa» que la controvertida en ese asunto, de modo que la solución que se había adoptado en la referida sentencia no era extrapolable al caso de autos (30). Esta conclusión resulta discutible. En efecto, a pesar de los requisitos reglamentarios que establecía el decreto valenciano, lo que resultaba claro era que tal método no implicaba una caza «selectiva «de las especies, ya que cualquiera podía verse afectada por el mismo. Resulta, por ello, extraño que el TJUE hiciese tal afirmación en el asunto *One Voice*. En efecto, el Anexo IV DAS prohíbe los métodos *en sí mismos*, con independencia de que los Estados miembros establezcan medidas para intentar evitar el carácter indiscriminado de los mismos. La sentencia en el asunto C-79/03 puso precisamente de manifiesto que lo que pretende evitar la DAS es la caza no selectiva, esto es, la realización de una actividad *previa a* otras posibles, como pueda ser la ulterior liberación de aquellos ejemplares cuya captura no sea posible pero que hayan sido atrapados a consecuencia de un método no permitido por la Directiva.

(29) Asunto C-79/03, *Comisión v. España*, ECLI:EU:C:2004:782, apts. 19-20.

(30) Asunto C-900/19, apt. 49.

22. La tercera sentencia a la que hizo referencia el TJUE fue la dictada en el asunto C-557/15, *Comisión v. Malta*(31), pero, como aquel indicó, este Estado miembro había admitido que el método de captura autorizado por su normativa no era selectivo.

2.2. LA NOCIÓN DE SELECTIVIDAD

23. Ahora bien, hechas estas aclaraciones sobre su jurisprudencia, el TJUE tuvo que afrontar el significado jurídico de la expresión «selectivo». Desechada la comparación lingüística, al no proporcionar mayor aclaración, aquel indicó que dicha noción era «autónoma» del Derecho de la UE, por lo que debía interpretarse de manera uniforme y que, aparte de su redacción(32), se debía tener en cuenta el contexto en el que se insertaba y los objetivos que perseguía. Ninguna de estas dos afirmaciones resultaba sorprendente. Por lo que respecta a la primera, es evidente que la DAS ha uniformizado el Derecho de los Estados miembros en materia de aves silvestres, por lo que es lógico que las nociones de la DAS sean autónomas de los ordenamientos estatales y solo corresponda al legislador europeo y, en última instancia, al TJUE, precisar su alcance. Respecto de la segunda, no constituía ninguna divergencia en relación con los métodos habituales de interpretación empleados por el TJUE(33).

- a) Por lo que respecta a la vertiente contextual, el TJUE afirmó que, en su sentido corriente, selectividad implicaba «siempre» una operación de selección, es decir, un proceso mediante el cual, dentro de un conjunto dado, se elegía o se prefería a una o varias personas o cosas, con exclusión de las demás, en función de características determinadas. En esta línea, el TJUE destacó que el art. 5.a) DAS establecía, sin perjuicio del art. 9 DAS, una prohibición general, «cualquiera que sea el método empleado», de matar o de capturar intencionadamente las especies de aves contempladas en el art. 1, esto es, todas las especies de aves en estado salvaje en el territorio europeo de los Estados miembros. En un mismo sentido, el TJUE también recordó que el art. 8 DAS establecía que los Estados miembros debían prohibir el recurso a cualquier medio, insta-

(31) ECLI:EU:C:2018:477.

(32) Asunto C-900/19, apt. 53.

(33) LENAERTS, Koen, y GUTIÉRREZ-FONS, José, *To say what the law of the EU is: methods of interpretation and the European Court of Justice*, Working Paper, EUI AEL, 2013/09; «https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/28339/AEL_2013_09_DL.pdf?sequence=1&isAllowed=y». FENNELLY, Nial, «Legal Interpretation at the European Court of Justice», *Fordham International Law Journal*, núm. 20, 1996, págs. 656-679.

lación o método de captura o muerte masiva o no selectiva o que pudiera causar la desaparición local de una especie, y en particular, el empleo de ligas. De lo anterior, se podía concluir que la DAS venía a prohibir, «en principio», la captura mediante el empleo de ligas (34). El TJUE empleó la locución «en principio» porque el art. 9.1c) DAS permite exceptuar tal prohibición (en las condiciones de esta norma).

- b) Desde la perspectiva de los objetivos que se perseguían por la DAS, el TJUE se refirió a los ya enunciados por el legislador de la UE en 1979 (ligeramente modificados en la codificación que se llevó a cabo en 2009), por los que la conservación de las especies de aves que viven normalmente en estado salvaje en el territorio europeo de los Estados miembros es necesaria para la realización de los objetivos de la UE en los ámbitos de la mejora de las condiciones de vida y de desarrollo sostenible (35), y que la regresión de gran cantidad de estas especies constituye un grave peligro para la conservación del medio natural, en particular debido a la amenaza que supone para el equilibrio biológico (36).

24. De lo más concreto el TJUE pasó a referirse a lo más amplio, lo que incluyó la cita del art. 3.3 TUE y 37 de la Carta de Derechos de la UE, en su referencia al objetivo de lograr un nivel elevado de protección del medio ambiente. Sin embargo, volviendo una vez más a lo ceñido, esto es el texto de la DAS, el TJUE afirmó que sus disposiciones hacían referencia al control estricto de la excepción prevista en esta norma y al carácter selectivo de las capturas. Con cita del principio general de proporcionalidad indicó que se desprendía que la excepción que pretendiese aplicar un Estado miembro debía ser proporcionada a las necesidades que la justificasen.

(34) Asunto C-900/19, apt. 56.

(35) El considerando original sexto indicaba: «Considerando que la conservación de las especies de aves que viven normalmente en estado salvaje en el territorio europeo de los Estados miembros es necesaria para la realización , dentro del funcionamiento del mercado común, de los objetivos de la Comunidad en los ámbitos de la mejora de las condiciones de vida , de un desarrollo armonioso de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad y de una expansión continua y equilibrada , pero que los poderes de acción específicos necesarios en la materia no han sido previstos por el Tratado».

(36) El considerando original segundo señalaba: «Considerando que, en el territorio europeo de los Estados miembros, una gran cantidad de especies de aves que viven normalmente en estado salvaje padecen de una regresión en su población, muy rápida en algunos casos, y que dicha regresión constituye un grave peligro para la conservación del medio natural, en particular debido a la amenaza que supone para el equilibrio biológico».

«Por consiguiente, en la apreciación de la selectividad de un método de captura, a los efectos del artículo 9, apartado 1, letra c), de la Directiva «sobre las aves», es preciso tener en cuenta no solo las modalidades de dicho método y el volumen de las capturas que implica para las aves capturadas accidentalmente, sino también sus eventuales consecuencias sobre las especies capturadas, materializadas en los daños causados, habida cuenta de los objetivos de protección que se persiguen con la citada Directiva» (37).

25. El anterior extracto de la sentencia especifica los criterios que, según el TJUE, deben ser tenidos en cuenta a la hora de la aplicación de la excepción del art. 9.1.c) DAS. Ahora bien, esto no evita partir del hecho de que el empleo de la liga es un método prohibido que, lógicamente, debe superar el umbral establecido por el TJUE a los efectos de poder ser aceptado de manera limitativa. Aparte de lo anterior, resulta de importancia la referencia que la sentencia hizo a las capturas de aves con independencia de las accidentales. En efecto, la DAS solo permite la caza de determinadas aves, por lo que aquellas otras, en su caso, lo podrán ser en la medida en que se adopte una excepción. En consecuencia, la afección sobre aquellas otras capturables en condiciones normales ha de tenerse en cuenta a la hora de determinar la posible aplicación de la excepción del art. 9.1.c) a la luz del principio de proporcionalidad.

26. Ahora bien, por lo que respecta al método de captura en sí mismo considerado, el TJUE trazó una distinción entre aquellos que denominó letales y no letales (que no definió o concretó en ningún caso), de manera que, en el primer supuesto, el criterio de la selectividad debía ser más estricto, mientras que en el segundo podía considerarse cumplido el requisito de la selección «habiéndose producido capturas accesorias» (38). Consciente de que métodos como la liga dan paso a capturas no selectivas (la liga no selecciona previamente lo que se pueda adherir a ella), el TJUE añadió tres condiciones que necesariamente han de coincidir: a) que no se hayan capturado accidentalmente más que cantidades reducidas de otras especies, b) durante un período determinado, y c) que estas puedan ser liberadas de tal forma que el daño que sufran sea insignificante». De las tres, solo la b) se menciona expresamente en el art. 9.1 DAS. Por otra parte, la falta, en principio, de letalidad de un método, no evita llegar a la conclusión de su incompati-

(37) Asunto C-900/19, apt. 62.

(38) Asunto C-900/19, apt. 63.

bilidad con la DAS y con el criterio de la selectividad. A este respecto, el TJUE no pudo menos que afirmar:

«Así pues, si bien la circunstancia de que un método de captura que, en principio, no es letal comporte capturas accesorias no permite, por sí misma, justificar el carácter no selectivo de ese método, el volumen de tales capturas accesorias y la amplitud de las eventuales repercusiones en las especies, con independencia de si estas han sido capturadas o no accidentalmente, revelarán el grado de selectividad de tal método» (39).

27. Por lo que se refiere al método objeto de las cuestiones prejudiciales, el juez estatal había indicado que era no letal y solo ocasionaba capturas accesorias en pequeñas cantidades y durante un tiempo muy limitado. Además, la normativa francesa exigía que toda ave objeto de una captura accesoria debía ser limpiada y liberada inmediatamente. Esta alegación, por cierto, fue sostenida, sin éxito, por el gobierno español en el asunto C-79/03, relativo al uso del parany en la Comunidad valenciana, por lo que resultaba difícil que el TJUE la admitiese, aunque dicha sentencia no fuese referida expresamente en este punto del asunto *One Voice*.

«No obstante, como han puesto de relieve tanto las demandantes en el litigio principal como la Comisión, y como señaló la Abogada General en los puntos 51 y 64 de sus conclusiones, es muy probable, sin perjuicio de las constataciones que efectúe, en último extremo, el órgano jurisdiccional remitente, que las aves capturadas *sufran un daño irreversible, a pesar de la limpieza, pues las ligas, dadas sus características, pueden dañar el plumaje de todas las aves capturadas*» (40).

28. En consecuencia, la aparente ausencia de letalidad de un método no impide llegar a la conclusión de que resulta incompatible con la DAS, debido precisamente a la falta de selectividad. Además, hay que advertir que este criterio no se refiere solo al momento de la captura sino también a su continuación, esto es, a la hora de liberar a aquellas aves silvestres que eventualmente hayan sido capturadas de forma accidental.

(39) Asunto C-900/19, apt. 64.

(40) Asunto C-900/19, apt. 67.

Para reforzar las escasas opciones que tiene la liga como método de caza e, incluso, de poder exceptuada bajo el art. 9.1.c) DAS, el TJUE cerró su razonamiento con una ulterior referencia al conocimiento científico a los efectos de demostrar que se cumplen los requisitos exigidos por la DAS y con una llamada de atención a los Estados miembros, recordándoles que la directiva les exige un control de la aplicación de las excepciones. A este respecto, cabe añadir que estas normas alteran, al menos en este supuesto concreto, las disposiciones en materia de recursos de la LPAC, ya que, como ha afirmado el TJUE, en el asunto C-60/05, *WWF Italia v. Regione Lombardia*:

«[E]l marco procesal nacional aplicable en la materia debe garantizar no sólo que pueda comprobarse a su debido tiempo la legalidad de las decisiones por las que se concedan autorizaciones excepcionales al régimen de protección establecido en la Directiva, sino también que se cumplan los requisitos a los que están sujetas dichas decisiones».

29. Como resulta apreciable, el TJUE no concretó la locución «a su debido tiempo». Sin embargo, el principio general que establece esta sentencia tiene importancia en vía de recurso. En efecto, de acuerdo con la jurisprudencia, un mecanismo de control en virtud del cual la anulación de una decisión por la que se autorice una captura excepcional, adoptada con infracción del art. 9 DAS, o la comprobación de un incumplimiento de los requisitos a los que está sujeta una decisión que autorice tal captura, sólo pueda tener lugar una vez transcurrido el período previsto para efectuar esa captura, priva de eficacia al sistema de protección establecido en la DAS. Según el TJUE, la facultad de intervenir a tiempo y de forma decisiva en las situaciones en las que las decisiones de las autoridades competentes conduzcan o amenacen conducir a un resultado contrario a las prescripciones de protección de la DAS forma parte de la garantía relativa al respeto de lo establecido en el art. 9(41). En consecuencia, los recursos ordinarios contra tales decisiones deben ser resueltos antes de que el plazo de vigencia de la excepción haya transcurrido.

III. Comentarios conclusivos

30. La sentencia en el asunto *One Voice* reafirma la evidente dificultad que tienen los Estados miembros para autorizar, siquiera de ma-

(41) Asunto C-60/05, *WWF Italia v. Regione Lombardia*, apts. 44-46.

nera excepcional, el uso de un método que la propia DAS conceptúa como prohibido. Ciertamente, el TJUE no lo declara completamente incompatible, porque el art. 9.1 DAS deja abierta una puerta al art. 8 que prohíbe tales métodos. Sin embargo, una lectura de la sentencia evidencia que el camino que ha de recoger una autoridad estatal para justificar una posible excepción es ciertamente muy gravoso. Ya no se trata solo de motivar, con fundamento en los mejores conocimientos científicos, que no hay otra solución satisfactoria, sino también superar el listón de la selectividad cuando, tratándose de la liga, esta se coloca para capturar a toda ave que quede pegada a ella. A este respecto, el TJUE ha introducido tres condiciones que han de coincidir, esto es, a) que no se hayan capturado accidentalmente más que cantidades reducidas de otras especies, b) durante un período determinado, y c) que estas puedan ser liberadas de tal forma que el daño que sufran sea insignificante. Ni la noción de reducidas ni, sobre todo, la de insignificancia, son objeto de mayor precisión en la sentencia, como tampoco la distinción entre métodos letales y no letales. Con todo, quizás uno de los aspectos más destacables sea el propio sistema de razonamiento del TJUE que pasa de la concreta norma (art. 9.1 DAS) a sus objetivos, para terminar invocando el TUE y la CDF. Posiblemente, no era preciso acudir a estos frontispicios para haber llegado a una misma conclusión, a saber, que si el legislador de la UE ha establecido un listado de métodos prohibidos, debido principalmente a sus carácter no selectivo, solo razones muy robustas (y no meramente el recurso a la tradición) podrían justificar la adopción de una excepción al art. 8 DAS.

Bibliografía

- BIRDLIFE INTERNATIONAL, *Derogations from the protection of birds*, Cambridge, 2020; https://www.birdlife.org/sites/default/files/birdlife-derogations-protection-birds_report_online_0.pdf.
- BOWMAN, Michael, DAVIES, Peter, y REDGWELL, Catherine, *Lyster's International Wildlife Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, págs. 297-345.
- FENNELLY, Nial, «Legal Interpretation at the European Court of Justice», *Fordham International Law Journal*, Vol. 20, 1996, págs. 656-679.
- GARCÍA URETA, Agustín, «Directiva de aves silvestres: Métodos prohibidos de caza, excepciones a las prohibiciones generales y caza de aves en pequeñas cantidades. Comentario al asunto C- 79/03, *Comisión v. España*, sentencia del TJCE (Sala Segunda) de 9 de diciembre de 2004», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 71, 2005, págs. 299-316.
- «El parany y los métodos masivos o no selectivos de caza en la Ley 42/2007, de Patrimonio Natural y Biodiversidad: notas sobre la STC 114/201», en

Actualidad Jurídica Ambiental, 16 de septiembre de 2013; https://www.actualidadjuridicaambiental.com/wp-content/uploads/2013/08/2013_09_A-Garcia_Ureta_Parany.pdf.

LENAERTS, Koen y GUTIÉRREZ-FONS., José, *To say what the law of the EU is: methods of interpretation and the European Court of Justice*, Working Paper, EUJ AEL, 2013/09; accessible en «https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/28339/AEL_2013_09_DL.pdf?sequence=1&isAllowed=y».



La prohibición del enriquecimiento injusto de la Administración Pública y el reconocimiento extrajudicial de créditos (1)

The principle of unjust enrichment and the extrajudicial recognition of credits in Spain

ALEJANDRO D. LEIVA LÓPEZ

Doctor en Derecho y profesor
Universidad Rey Juan Carlos (URJC)
alejandro.leiva@urjc.es
ORCID: 0000-0001-7981-3693

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.120.2021.07>

LABURPENA: Toki-administrazioan gero eta ohikoagoa da kontratuen ondoriozko ordainketa-konpromisoak hartzea aldez aurretik aurrekontuan kontsignatu gabe, edo lehendik dagoen aurrekontua gaindituta, eta horrek agerian uzten du gastu horiek erabat deusezak direla. Hala ere, kontratu horiek baliozkoak ez izateak ez du administrazioa salbuesten beste batzuek fede onez egindako prestazioak ordaintzeko betebeharretik, betiere horrela administrazioa bidegabe aberastea eragozten bada. Horregatik, kredituak auzibidetik kanpo aitortzeko prozedura eratu zen, administrazioak bidegabe aberastea eragotzi nahi duen salbuespeneko mekanismo modura. Hori horrela, lan honek xedetzat du mekanismo horren zilegitasuna aztertzea bidegabeko aberastearen teoriaren ikuspegitik —hori eginbehar-iturri autonomotzat hartuta—, bai eta kredituak auzibidetik kanpo aitortzeko instituzio horrek azkenaldian eragin dituen jurisprudentzia-erabakidaz aztertzea ere.

HITZ GAKOAK: Gastu publikoa. Kredituak auzibidetik kanpo aitortzeko prozedura. Erabateko deuseztasuna. Ofiziozko berrikuspena.

ABSTRACT: When the Spanish Administration assumes payment commitments derived from contracts, without having the prior budget or exceeding the pre-existing credit, those expenses will be automatically void. However, the invalidity of these contracts could not exempt the Administration from the obligation to compensate those services provided by third parties in good faith, if this avoids the unjust enrichment. For this reason, the extrajudicial recognition of credits was created as an exceptional mechanism that seeks to avoid the unjust

(1) Este trabajo se enmarca en el Proyecto I+D+i «LA REGULACIÓN DE LA ENERGÍA LIMPIA: DESAFÍOS PENDIENTES» (DER2017-83429-C2-1-R), financiado por la Agencia Estatal de Investigación (AEI) y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER), en el marco del Programa Estatal de I+D+i, orientado a los «Retos de la Sociedad».

enrichment. Therefore, this paper analyzes the legitimacy of this mechanism from the perspective of the theory of unjust enrichment —understood as an autonomous source of obligations—, as well as we also examine the most important Spanish case law disputes about this institution of extrajudicial recognition of credits in recent times.

KEYWORDS: Public spending. Extrajudicial recognition of credits. Automatic nullity. *Ex officio* review.

RESUMEN: La cada vez más extendida práctica administrativa local consistente en asumir compromisos de pago derivados de contratos sin contar con la previa consignación presupuestaria, o excediéndose del crédito preexistente, pone de relieve que nos encontramos ante gastos nulos de pleno derecho. Sin embargo, la invalidez de estos contratos no podía eximir a la Administración de su obligación de resarcir aquellas prestaciones realizadas por terceros de buena fe, si con ello se evita el enriquecimiento injusto de la Administración. Por ello, se configuró el procedimiento de reconocimiento extrajudicial de créditos, como mecanismo excepcional que busca evitar que las Administraciones se enriquezcan injustamente. Así pues, el presente trabajo tiene por objeto analizar la legitimidad de este mecanismo desde la perspectiva de la teoría del enriquecimiento injusto —entendido éste como una fuente de obligaciones autónoma—, así como examinar las disputas jurisprudenciales que ha suscitado esta institución del reconocimiento extrajudicial de créditos en los últimos tiempos.

PALABRAS CLAVE: Gastos público. Procedimiento de reconocimiento extrajudicial de créditos. Nulidad de pleno derecho. Revisión de oficio.

Trabajo recibido el 2 de marzo de 2021

Aceptado por el Consejo de Redacción el 21 de mayo de 2021

Sumario: I. Introducción. Sobre los compromisos de gasto no autorizados por los créditos presupuestarios.—II. El enriquecimiento injusto y el acreedor de buena fe.—III. La regulación del reconocimiento extrajudicial de créditos: 1. Concepto. 2. Competencia. 3. La tramitación del expediente. El reconocimiento extrajudicial de créditos y la revisión de oficio.—IV. Recientes disputas acerca del reconocimiento extrajudicial de créditos: 1. Sobre la necesidad de que se tramite previamente la revisión de oficio: Sentencia núm. 213/2017, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm.2 de Tarragona: A. Antecedentes de la sentencia. B. Fundamentos de la sentencia: la revisión de oficio como condición previa. 2. Vuelta a la doctrina sobre el reconocimiento extrajudicial de créditos sin necesidad de previa revisión de oficio: Sentencia núm. 2697/2020, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (sección 5), de 26 de junio de 2020: A. Antecedentes de la sentencia. B. Fundamentos de la sentencia: el reconocimiento extrajudicial de créditos sin necesidad de tramitación de procedimiento de revisión de oficio.—V. Conclusiones.—VI. Bibliografía.

I. Introducción. Sobre los compromisos de gasto no autorizados por los créditos presupuestarios

Los fondos que utiliza la Administración son de carácter público y, por ello, deben ser empleados con sujeción a unos requisitos mínimos, definidos en la ley, que persiguen garantizar que la Administración actúa de conformidad con los principios a que se refiere el artículo 3(2) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP)(3). La Administración debe llevar a cabo la gestión presupuestaria, programando y ejecutando el gasto público en base a criterios de eficiencia y economía, y asumirá el deber de confeccionar medidas capaces de ofrecer soluciones que respondan de forma rápida

(2) «1. Las Administraciones Públicas sirven con objetividad los intereses generales y actúan de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Constitución, a la Ley y al Derecho. Deberán respetar en su actuación y relaciones los siguientes principios: a) Servicio efectivo a los ciudadanos; b) Simplicidad, claridad y proximidad a los ciudadanos; c) Participación, objetividad y transparencia de la actuación administrativa; d) Racionalización y agilidad de los procedimientos administrativos y de las actividades materiales de gestión; e) Buena fe, confianza legítima y lealtad institucional; f) Responsabilidad por la gestión pública; g) Planificación y dirección por objetivos y control de la gestión y evaluación de los resultados de las políticas públicas; h) Eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados; i) Economía, suficiencia y adecuación estricta de los medios a los fines institucionales; j) Eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos; k) Cooperación, colaboración y coordinación entre las Administraciones Públicas».

(3) *BOE* núm. 236, de 02 de octubre de 2015.

y eficiente a las urgentes necesidades presupuestarias que tengan lugar en cada momento (4).

En particular, en el ámbito local el artículo 183 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (en adelante, TRLRHL) (5) dispone que «La ejecución de los créditos consignados en el presupuesto de gastos de las entidades locales se efectuará conforme a lo dispuesto en la presente sección y, complementariamente, por las normas que dicte cada entidad y queden plasmadas en las bases de ejecución del presupuesto». A su vez, estos créditos para gastos deben ser destinados exclusivamente al fin específico para el cual han sido autorizados.

En este orden de cosas, para acentuar aún más las limitaciones en materia de ejecución de créditos, se detalló en la norma (artículo 173.5 TRLRHL) que los acuerdos, resoluciones y actos que comprometan unos gastos por cuantía superior a los créditos autorizados en las bases de ejecución del presupuesto vigente de la entidad local, serían nulos de pleno derecho, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieran tener lugar. Por tanto, un contrato que carece de consignación presupuestaria o que supera los créditos presupuestarios autorizados será declarado nulo de pleno derecho. Aunque en este punto cabe significar que se estableció en la norma (artículo 176 TRLRHL), como excepción, que se pueden aplicar gastos contraídos en ejercicio anteriores a créditos del ejercicio corriente. Esto tendrá lugar cuando existan compromisos de gastos debidamente adquiridos en ejercicios anteriores, las resoluciones que autorizan el gasto con cargo al crédito del ejercicio corriente no serán declaradas nulas de pleno derecho.

Así pues, el procedimiento que debe seguirse contra una resolución nula de pleno derecho es el de revisión de oficio, definido, con carácter general, en el artículo 106 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPA) (6); entendido éste como un instrumento excepcional y restrictivo. Específicamente, se reconoce la potestad de las Corporaciones Locales para revisar sus propios actos en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (en adelante, LRBRL) (7) y en el Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las

(4) PITA GRANDAL, Ana María y FERNÁNDEZ LÓPEZ, Roberto Ignacio (2007), «El procedimiento de ejecución del gasto público ante situaciones de emergencia», en *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 133, págs. 101-102.

(5) *BOE* núm. 59, de 09 de marzo de 2004.

(6) *BOE* núm. 236, de 02 de octubre de 2015.

(7) *BOE* núm. 80, de 03 de abril de 1985.

Entidades Locales (en adelante, Real Decreto 2568/1986) (8). Por su parte, en relación con la normativa sobre contratos del sector público, el artículo 42.1 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 (en adelante, LCSP) (9) establece que la declaración de nulidad de los actos preparatorios de la adjudicación del contrato, cuando es firme, tiene como consecuencia la nulidad del propio contrato, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del contrato o, si no fuera posible, debiendo devolverse su valor, e indemnizando a la parte afectada por los daños y perjuicios sufridos. Por tanto, si finalmente la resolución administrativa es declarada nula de pleno derecho, no podrá derivar de ésta obligación alguna, pero en ningún caso ello implica eximir a la Administración de su obligación de satisfacer económicamente las prestaciones que se hubiesen efectuado.

II. El enriquecimiento injusto y el acreedor de buena fe

Como hemos señalado *supra*, las obligaciones de pago que carezcan de consignación presupuestaria o que superen los créditos máximos autorizados son declaradas nulas de plenos derecho. Los vicios que concurren en un procedimiento administrativo como consecuencia de la falta de contenido sustancial —como es el caso de la necesaria consignación presupuestaria— determinan la nulidad de los actos administrativos y del contrato, al igual que sucede cuando se observa incumplimiento sustancial del propio procedimiento o falta de competencia (10). No obstante, y siendo esto así, esta circunstancia no debe perjudicar al particular contratado que realiza la prestación, siempre y cuando este acreedor sea de buena fe. Los Presupuestos no se conciben como un título jurídico capaz de impedir el válido nacimiento de obligaciones económicas para las Administraciones, ya que estas obligaciones nacen de la ley, de los negocios jurídicos y de los actos o hechos que las generen (11). En este

(8) BOE de 22 de diciembre de 1986.

(9) BOE núm. 272, de 09 de noviembre de 2017.

(10) Véase LÓPEZ-FONT MÁRQUEZ, José Francisco (1979), «La falta de consignación presupuestaria como supuesto especial de nulidad de la actuación administrativa», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 22 (julio-septiembre), págs. 365-370.

(11) Véase CARRETERO ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Carmen (2015), «El procedimiento de reconocimiento extrajudicial de créditos: nulidad de las actuaciones administrativas y responsabilidad», en *Administración de Andalucía: revista andaluza de administración pública*, núm. 93, pág. 129.

sentido, la nulidad de la actuación administrativa no va a impedir que el tercero afectado exija el pago por los servicios prestados.

Con carácter general, cuando un particular de buena fe queda indefenso adquiere protagonismo la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración, cuyos principios aparecen recogidos en el artículo 32 LRJSP(12). Nos encontramos con un contrato nulo que, por medio del mecanismo de la responsabilidad patrimonial, se transforma en una pretensión indemnizatoria de daños y perjuicios que podrá ejercer el acreedor ante los tribunales, cuyo reconocimiento no será en ningún caso inmediato y supondrá un elevado coste económico para el afectado. Sin embargo, para estos casos de reconocimiento extrajudicial de créditos no consignados presupuestariamente debemos acudir al mecanismo del enriquecimiento injusto.

En particular, en estos casos en que hay obligaciones de pago que carecen de asignación presupuestaria, nos encontramos con un enriquecimiento injusto o sin causa, que no es jurídicamente tolerable, en favor de la Administración. Cabe significar que la prohibición del enriquecimiento injusto se ha venido calificando como un principio general del Derecho que inspira la relación contractual administrativa (13), apuntándose su proyección sobre el principio del precio justo de los contratos o de las revisiones de los contratos. Aunque para la materia que nos ocupa debemos calificar este enriquecimiento injusto como fuente de obligaciones autónoma(14) —ya que no existe contrato— y, por tanto, distinta de la que tiene origen en la responsabilidad por daños o en los contratos(15). Así las cosas, estas obligaciones se van a materializar en una acción personal de restitución del valor frente a la Administración que se ha enriquecido injustamente o sin causa. Esta acción no constituye en ningún caso una acción real dirigida a recuperar una cosa o a deshacer la atribución patrimonial, ya que ésta busca restituir el valor de esa atribución patrimonial que ha provocado que un destinatario se enriquezca injustamente, a costa del empobrecimiento de la empresa que realiza la presta-

(12) El apartado primero señala que «1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualesquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley».

(13) COSCULLUELA MONTANER, Luis (1977), «Consideraciones sobre el enriquecimiento injusto en el Derecho Administrativo», en *Revista de Administración Pública*, núm. 84, págs. 189-191.

(14) También es entendido como una prohibición genérica de que se produzca el enriquecimiento injusto. Sobre estas dos acepciones del enriquecimiento injusto, véase REBOLLO PUIG, Manuel (1995), *El enriquecimiento injusto de la Administración Pública*, Ed. Marcial Pons, 485 págs.

(15) DE VICENTE GONZÁLEZ, José Luis (2005), «Enriquecimiento injusto y prestación no contratada en el ámbito de la Administración Local», en *Revista de Administración Pública*, núm. 168, pág. 419.

ción. Así pues, en estos casos lo injusto —lo antijurídico— no es la atribución patrimonial, sino su resultado: el enriquecimiento injusto de la Administración (16).

La Administración no puede enriquecerse injustamente en detrimento del ciudadano, por lo que nace una obligación de restituir su enriquecimiento. Ahora bien, como ha matizado el Tribunal Supremo (STS, de 23 de marzo de 2015), para que surja el deber de restitución, este desequilibrio entre las partes —que deriva del enriquecimiento injusto— debe estar constituido por prestaciones del acreedor realizadas bajo la creencia de que le incumbe un deber de colaboración con la Administración, sin que en ningún caso sean admisibles prestaciones del ciudadano que revelen una voluntad maliciosa. En otras palabras, la existencia de un enriquecimiento «injusto» pasa por verificar previamente que el contratista presta el servicio o suministro de buena fe.

Así pues, desde esta perspectiva, para solventar la desconexión existente entre la exigibilidad de la obligación y el imperativo de la legalidad presupuestaria, la normativa española ha permitido a la Administración Pública —en su ámbito de actuación local— reconocer estas obligaciones de pago por medio del reconocimiento extrajudicial de créditos, permitiendo así dotar de consignación presupuestaria a esa resolución administrativa que, precisamente por no tenerla, es nula de pleno derecho. Aunque este mecanismo no impediría la tramitación adicional del procedimiento de revisión de oficio. A veces no es necesario que se sustancien ambos procedimientos —reconocimiento extrajudicial de créditos y revisión de oficio— y en otras ocasiones podrán complementarse, pero en ningún caso uno podrá incluir al otro.

Sobre este punto, destaca la Sentencia núm. 1536/2019, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sección 1), de 27 de junio de 2019, la cual establece —sobre la base del principio de prohibición del enriquecimiento injusto— que aquellos servicios o suministros prestados por el acreedor de buena fe deben ser resarcidos a través del reconocimiento extrajudicial de créditos, de forma que pueda imputarse presupuestariamente el pago.

III. La regulación del reconocimiento extrajudicial de créditos

1. Concepto

Este mecanismo del reconocimiento extrajudicial de créditos, en el ámbito local, se definió en el artículo 60.2 del Real Decreto 500/1990,

(16) REBOLLO PUIG, Manuel (1995), *El enriquecimiento...*, *op.cit.*, págs. 10-12.

de 20 de abril, por el que se desarrolla el Capítulo primero del Título sexto de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas locales, en materia de presupuestos (en adelante, RD 500/1990) (17). Se trata de un mecanismo también previsto en el artículo 34.3 (18) de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (en adelante, LGP) (19) y en el artículo 176.2 TRLRHL (20). Así como también localizamos la regulación de esta figura en la letra e) del artículo 23.1 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (21), estableciéndose que «1. Además de las señaladas en el artículo 22 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, corresponde al Pleno, una vez constituido conforme a lo dispuesto en la legislación electoral, las siguientes atribuciones: [...] e) El reconocimiento extrajudicial de créditos, siempre que no exista dotación presupuestaria, operaciones de crédito o concesión de quita y espera».

El reconocimiento extrajudicial de créditos —entendidos estos como créditos patrimoniales de un tercero frente a la Administración— es un procedimiento administrativo de naturaleza presupuestaria que tiene como fin reconocer un crédito a favor de un tercero que realiza una prestación determinada, siempre que no exista dotación presupuestaria prevista para ello. Son casos en los que nacen obligaciones fuera de los límites presupuestarios, y por tanto los ubicados en el ámbito del déficit presupuestario. Destacadamente, esta figura aparece como una excepción al principio presupuestario de especialidad temporal (artículo 49 LGP) —que nos dice cuándo se debe gastar— y viene a responder a dos principios clásicos en el derecho español: que nadie puede obtener un enriquecimiento injusto y que nadie puede verse beneficiado por

(17) *BOE* de 27 de abril de 1990.

(18) «3. Podrán aplicarse a créditos del ejercicio corriente obligaciones contraídas en ejercicios anteriores, de conformidad con el ordenamiento jurídico, para las que se anulara crédito en el ejercicio de procedencia. Asimismo, podrán atenderse con cargo a créditos del presupuesto del ejercicio corriente obligaciones pendientes de ejercicios anteriores, en los casos en que figure dotado un crédito específico destinado a dar cobertura a dichas obligaciones, con independencia de la existencia de saldo de crédito anulado en el ejercicio de procedencia».

(19) *BOE* núm. 284, de 27 de noviembre de 2003.

(20) «2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, se aplicarán a los créditos del presupuesto vigente, en el momento de su reconocimiento, las obligaciones siguientes: a) Las que resulten de la liquidación de atrasos a favor del personal que perciba sus retribuciones con cargo a los presupuestos generales de la entidad local; b) Las derivadas de compromisos de gastos debidamente adquiridos en ejercicios anteriores, previa incorporación de los créditos en el supuesto establecido en el artículo 182.3».

(21) *BOE* de 22 de abril de 1986.

sus propios actos ilícitos (22). Así, con este instrumento se garantiza el pago inmediato por la realización de la prestación, evitándose las dilaciones y el coste económico que implica un proceso judicial. Cabe significar que este mecanismo también está previsto para casos en que no se tramitan obligaciones de pago con motivo de actuaciones irregulares por parte de la Administración, como la contratación verbal o las modificaciones de obras no aprobadas formalmente, entre otras. Además, dentro de este ámbito presupuestario, la legislación autonómica tributaria también ha contemplado soluciones ante este problema de la adquisición de compromisos de gastos sin consignación presupuestaria, las cuales pasan por definir procedimientos de reconocimiento extrajudicial de créditos (23).

2. Competencia

En relación con la aprobación del reconocimiento extrajudicial de créditos, el citado artículo 60.2 RD 500/1990 atribuye la competencia al Pleno de la Entidad, siempre que no exista dotación presupuestaria, operaciones especiales de crédito o concesiones de quita y espera. De igual forma, el apartado 12 del artículo 50 del RD 2568/1986 atribuye al Pleno, una vez constituido conforme a lo dispuesto en la legislación electoral, la competencia para el reconocimiento extrajudicial de créditos.

Así pues, en casos de inexistencia de dotación presupuestaria, en los que se necesite una modificación presupuestaria, el reconocimiento extrajudicial de créditos será aprobado por el Pleno de la Corporación Local, que es el órgano al que compete cualquier reconocimiento de derechos basado en esta fuente de obligaciones autónoma en que consiste el principio del enriquecimiento injusto. Por su parte, para el caso de que sí exista crédito en el presupuesto corriente para soportar los gastos correspondientes a ejercicios anteriores, la competencia será atribuida al alcalde o presidente de la entidad local, ya

(22) Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid, *Informe de fiscalización de los expedientes de reconocimientos extrajudiciales de crédito aprobados por las entidades locales en el ejercicio 2018*, 26 de octubre de 2020, pág. 25.

(23) Véase, respecto a la Administración andaluza, lo dispuesto en el artículo 42.2 del Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía (BOJA núm. 53, de 18 de marzo de 2010), el cual establece que: «2. No obstante, se aplicarán a los créditos del Presupuesto vigente, en el momento de expedición de las órdenes de pago, las obligaciones siguientes: a) Las que resulten de la liquidación de atrasos a favor del personal al servicio de la Comunidad Autónoma; b) Las derivadas de compromisos de gasto debidamente adquiridos en ejercicios anteriores. La Consejería competente en materia de Hacienda determinará, a iniciativa de la Consejería correspondiente, los créditos a los que habrá de imputarse el pago de estas obligaciones».

que estaríamos ante obligaciones derivadas de compromisos de gasto legalmente adquiridos (ex artículo 185.2 TRLRHL) (24). Ésta es la posición mantenida por el Tribunal de Cuentas (25), desde la perspectiva del artículo 34 LGP. Además, cabe significar que, desde muy temprano, el Tribunal Supremo ha venido pronunciándose acerca de la falta de competencia del alcalde o presidente de la entidad local para el reconocimiento de deuda derivada de contratos nulos (STS de 20 de diciembre de 1995, rec. 2762/1991).

3. La tramitación del expediente. El reconocimiento extrajudicial de créditos y la revisión de oficio

El reconocimiento extrajudicial de créditos debe sujetarse a unos hitos procedimentales definidos para la tramitación del expediente, ya que el hecho de que estemos ante un instrumento excepcional no implica la inexistencia de trámites formales para su aprobación (26).

En primer lugar, debe efectuarse una investigación sobre aquellos hechos y conductas que han tenido lugar, y que son atribuibles tanto a la empresa que asume el encargo como a la Administración, de forma que pueda esclarecerse la existencia o no de buena fe en el particular que presta el servicio. En este momento inicial se debe examinar el caso exhaustivamente, a los efectos de descartar que ese enriquecimiento a favor de la Administración haya tenido lugar como consecuencia de una voluntad maliciosa por parte del ciudadano, lo que implicaría una falta de sujeción al principio de buena fe y confianza legítima (27). Por tanto, el desequilibrio económico debe ser atribuido solo a la Administración, debiendo existir buena fe por parte del contratista afectado.

(24) ARNAL SURIA, Salvador y GONZÁLEZ PUEYO, Jesús (2002), *Manual de Presupuestos y contabilidad de las Corporaciones Locales*, 5.ª edición, Ed. El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, págs. 70-73.

(25) Tribunal de Cuentas, *Informe de fiscalización sobre los gastos ejecutados por las entidades locales sin crédito presupuestario*, Informe núm. 1017/2013, 2013, pág. 45.

(26) Véase PRADA RODRÍGUEZ, Alba y HERRERO GONZÁLEZ, Elena (2015), «Reconocimiento extrajudicial de crédito», en *Auditoría pública: revista de los Órganos Autónomos de Control Externo*, núm. 66, pág. 124.

(27) A mayor abundamiento sobre esta materia, véase REBOLLO PUIG, Manuel (2006), «Enriquecimiento injusto y nemo auditor en el Derecho Administrativo», en *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 12, págs. 7-37 y REBOLLO PUIG, Manuel (2003), «“Nemo auditor propriam turpitudinem allegans” en la jurisprudencia contencioso-administrativa», en *Documentación Administrativa*, núm. 263-264 (Ejemplar dedicado a: El principio de seguridad jurídica y sus manifestaciones), págs. 185-221.

Una vez sustanciada esta fase de investigación, el responsable del área correspondiente emitirá una memoria final (28), que deberá contener elementos de juicio suficientes que permitan dilucidar que el particular cumple con su deber de colaboración para con la Administración. Por el contrario, si se evidencia que, en realidad, el contratista tenía la voluntad maliciosa de sortear los principios de igualdad, publicidad y concurrencia competitiva que presiden la contratación administrativa, no se podrá exigir a la Administración el resarcimiento de los daños como consecuencia de su enriquecimiento injusto.

El expediente debe referirse al coste económico de la prestación. De forma que el valor de la prestación que ha recibido la Administración, si atribuye buena fe al contratista, va a constituir el denominado enriquecimiento injusto, sin que sea posible incrementar este coste en concepto de beneficio industrial.

Seguidamente, la memoria deberá ser informada jurídicamente por la función interventora, debiendo ser valorada la posibilidad y conveniencia de revisar los actos dictados con infracción del ordenamiento jurídico. El mecanismo del reconocimiento extrajudicial de créditos parte de la existencia de un crédito contra la entidad local en casos en que no existe dotación presupuestaria, siendo esto independiente de que en el origen de ese crédito se localice un acto afectado por vicios encuadrables en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho (artículo 47 LPA), que deba ser sometido al procedimiento de revisión de oficio. Aunque es posible que aparezca una causa de nulidad en la contratación del crédito, sin que ello obligue a pasar por una revisión de oficio con carácter previo al reconocimiento extrajudicial de créditos, como ya reconoció el Tribunal Supremo en su Sentencia de 30 de septiembre de 1999 (RJ 1999/8331). En este punto, no será de utilidad instar la revisión de oficio cuando de ella se derive únicamente la apreciación de un enriquecimiento injusto, ya que esto se puede apreciar de igual forma en el procedimiento de reconocimiento extrajudicial de créditos, o el otorgamiento de una indemnización por importe que coincida —como sucede habitualmente— con el precio pactado con el contratista que presta de forma efectiva los servicios.

En definitiva, la existencia de una causa de nulidad en la contratación del crédito no obliga, en todo caso, al Pleno o a la Junta de Gobierno Local a acometer el procedimiento de revisión de oficio, como así se desprende del artículo 41.1 LCSP, el cual dispone que «1. La revisión de oficio

(28) Que deberá tener como contenido: las causas por las que no se imputa el gasto al crédito presupuestario del ejercicio correspondiente; la fecha o período en que se realizaron los gastos, con relación detallada de facturas; la justificación de que los gastos no causan perjuicio ni limitación para la atención del ejercicio corriente, y si no existe consignación presupuestaria suficiente deberá tramitarse paralelamente un expediente de modificación de crédito; certificación de la liquidación del contrato o de la indemnización aprobada; y recepción formal del servicio o de la obra.

de los actos preparatorios y de los actos de adjudicación de los contratos se efectuará de conformidad con lo establecido en el Capítulo I del Título V de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas». Y, a su vez, en este Capítulo I localizamos el artículo 110 LCSP, que señala expresamente que la Administración no puede ejercer la facultad de revisión de oficio «[...] cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes». Además, podría no ser conveniente adoptar la revisión de oficio por motivos de economía procesal, como ya señaló tempranamente el Tribunal Supremo en su sentencia de 12 de noviembre de 1990, al disponer que en virtud de este principio debe evitarse declarar la nulidad cuando con ella no se consiga un efecto práctico, por ser previsible que al retrotraerse las actuaciones en el momento en que se cometió la infracción, el proceso concluiría con una resolución idéntica a la dictada en aquel momento. Así pues, la institución de la revisión de oficio es un instrumento que puede utilizar la Administración para impugnar sus propios actos —en lugar de acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa—, pero solo debe acudir a éste —excepcionalmente— cuando ello no perjudique a terceros o al interés público. De manera que la existencia de contratistas de buena fe, que han satisfecho adecuadamente sus prestaciones, pone de manifiesto que es innecesario y perjudicial acudir a la revisión de oficio, en tanto ello supondría una barrera para los contratistas y un beneficio para la administración a la que se imputa la mala gestión presupuestaria, ya que se conseguiría con ello prolongar el momento de pago de la deuda o, incluso, evitar este pago. La institución de la revisión de oficio no puede contribuir a la existencia del enriquecimiento injusto. Cabe significar que la utilización del procedimiento de revisión de oficio para supuestos de esta naturaleza ha llegado a ser calificada como fraude de ley, como puede observarse en el dictamen 14/2021, del Consejo Consultivo de Canarias (Sección 1.ª) (29).

(29) Consejo Consultivo de Canarias (Sección 1.ª). Dictamen 14/2021, de 15 de enero de 2021 (número de expediente 566/2020 CA). En relación con una propuesta de resolución de un procedimiento de declaración de nulidad de un contrato administrativo de suministro de productos farmacéuticos, pág. 11. El dictamen señaló: «(...) es del parecer de este Consejo que el ejercicio de las facultades revisoras resultaría contrario a las leyes (art. 110 LPACAP), por lo que también por esta razón en este caso no procede la revisión de oficio (...) normalmente la revisión de oficio constituye la respuesta idónea ante la nulidad de un contrato, cuando hubieren transcurrido los plazos para interponer los recursos ordinarios. No obstante, en supuestos concretos, como el que es objeto de este Dictamen, el ejercicio por la Administración de las facultades de revisión resulta contrario a las leyes porque el procedimiento de revisión de oficio incurre en el fraude de ley del art. 6.4 del Código Civil, pues con la declaración de nulidad pretendida se trata de eludir la aplicación de la legislación de contratación pública y de otras leyes, como veremos seguidamente. O lo que es lo mismo, perjudica o impide absolutamente la protección de bienes jurídicos legalmente amparados, desconociendo o chocando con principios jurídicos reconocidos o creados por una ley (...)».

En cualquier caso, este reconocimiento extrajudicial de créditos no es admitido para convalidar actos nulos, ya que en ningún caso subsana las irregularidades o vicios que causan la nulidad de pleno derecho, y por tanto no depura las responsabilidades que ello represente. Este instrumento nace para imputar gastos de ejercicios anteriores al presupuesto en vigor, evitando así el enriquecimiento injusto de la Administración, debiendo abonarse, en todo caso, las facturas correspondientes a un servicio realizado por el empresario (30).

IV. Recientes disputas acerca del reconocimiento extrajudicial de créditos

1. Sobre la necesidad de que se tramite previamente la revisión de oficio: Sentencia núm. 213/2017, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 2 de Tarragona

A. ANTECEDENTES DE LA SENTENCIA

La Sentencia 213/2017, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 2 de Tarragona (de fecha 20 de octubre de 2017) es dictada en el marco del procedimiento abreviado núm. 307/2016, siendo parte demandante la Delegación del Gobierno en Cataluña y parte demandada el Ayuntamiento de Nulles (Tarragona). La parte demandante interpuso recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de Nulles (en sesión de fecha 8 de febrero de 2016), por medio del cual se procede al reconocimiento extrajudicial de créditos correspondientes al año 2015.

El objeto del litigio es un procedimiento de reconocimiento extrajudicial de unos gastos debidos a varios proveedores que prestaron una serie de servicios y suministros. En el marco del expediente administrativo, se observa un informe de la interventora municipal que confirma la existencia de una serie de servicios y suministros prestados por varios proveedores, sin que se hayan fiscalizado previamente los actos que dan lugar al reconocimiento de las obligaciones derivadas de estas prestaciones, y prescindiendo del procedimiento legal establecido. En este orden de cosas, se presentaron al área de intervención del ayuntamiento varias facturas que detallan y justifican estas prestaciones, lo que genera

(30) Tribunal de Cuentas, *Informe de fiscalización sobre los acuerdos y resoluciones contrarios a reparos formalizados por los interventores locales de las entidades locales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y las anomalías detectadas en materia de ingresos, así como sobre los acuerdos adoptados con omisión del trámite de fiscalización previa, ejercicio 2016*, Informe núm. 1315/2019, 28 de febrero de 2019, págs. 42-43.

la obligación de pagarlas. Se admite que el reconocimiento extrajudicial de créditos rompe con el principio de anualidad presupuestaria del gasto, a la vez que se afirma que las obligaciones de pago están debidamente acreditadas y que deben, por tanto, reconocidas por el ayuntamiento. Además, se señala que van a exigirse las responsabilidades derivadas de la inexistencia de crédito suficiente y adecuado presupuesto del año en que se llevaron a cabo las prestaciones que deben reconocerse y pagarse.

B. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA: LA REVISIÓN DE OFICIO COMO CONDICIÓN PREVIA

La sentencia establece que no es admisible abonar las facturas adjudicadas cuando éstas derivan de un compromiso de gasto que no ha sido adquirido por la Administración a través del procedimiento legalmente establecido, ya que no se hizo reserva de crédito presupuestario suficiente en el momento en que se contrataron los servicios y suministros prestados por los proveedores. En opinión de la ponente, solo procedería el reconocimiento extrajudicial de créditos por parte del ayuntamiento —y con ello el pago directo a contratistas— si hay obligaciones contraídas legalmente en su día que, por diversos motivos, no fueron satisfechas en ese momento, de forma que aunque el gasto se imputaba al presupuesto de origen, el mismo no se encuentra incluido en el presupuesto actual.

El fallo judicial, en sintonía con lo ya establecido en la Sentencia núm. 148/2016 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 4 de Oviedo (de fecha 12 de junio de 2017), califica los vicios señalados como sustanciales e invalidantes, en el sentido establecido en apartado e) del artículo 47.1 LPA, el cual dispone que son actos nulos de pleno derecho «e) Los dictados prescindiendo total o absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados». Por este motivo, el ayuntamiento tuvo que haber escogido la opción de la revisión de oficio, y no la del reconocimiento extrajudicial del crédito. Además, se rechaza la posición defendida por la parte demandada consistente en que se vulnera el principio de confianza legítima y de los actos propios —sobre la base de que en otras ocasiones la Administración General del Estado no ha impugnado acuerdos de esta naturaleza de los ayuntamientos—, entendiendo la ponente de la sentencia que ello no impide que el caso que se enjuicia sea revisado en sede judicial. Tampoco se admite el argumento de la letrada del ayuntamiento consistente en que el acuerdo de reconocimiento extrajudicial de crédito se dictó con el objetivo de evitar el enriquecimiento

injusto de la Administración, entendiéndose aquí que también puede hacerse frente a este enriquecimiento injusto por medio de un procedimiento de revisión de oficio, en tanto se podrá fijar la indemnización oportuna a favor de los proveedores que prestaron los servicios y/o suministros.

Sin embargo, esta sentencia no podía ser bien recibida, ya que no se estaba teniendo en cuenta la afectación que para el contratista de buena fe suponía exigir, como condición previa inexcusable al pago, la revisión de oficio, máxime teniendo en cuenta que, en la normativa, la eficacia del procedimiento de reconocimiento extrajudicial de créditos no está condicionada a la tramitación previa de un procedimiento de revisión de oficio. Así, el exigir la revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho implicaba retrasar el cobro del contratista hasta llegada la resolución del expediente de revisión de oficio, lo que suponía incurrir en un proceso largo e incierto donde se precisa dictamen favorable del órgano consultivo que corresponda. Además, se observa con claridad que ninguna de las partes tenía intención de expulsar el acto del ordenamiento jurídico y buscar una indemnización de cuantía incierta — efecto directo de la revisión de oficio —, siendo la pretensión de ambas, únicamente, que cada parte reciba lo suyo y que se depuren las responsabilidades que, en su caso, correspondan. Sobre esto último, entendemos que debe procurarse una mayor efectividad del régimen de responsabilidad disciplinaria — regulado en la LCSP, en la LRJSP y en la LGP — aplicable al órgano responsable que realiza la contratación sin contar con la previa consignación presupuestaria. Asimismo, se echa en falta una mayor proyección de las exigencias de responsabilidad por incumplimiento del expediente de gestión económico-financiera, recogidas en la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (31).

Por tanto, la sentencia se separaba de la doctrina, aducida *supra*, que pone de manifiesto el poco sentido práctico que tiene iniciar la tramitación de un procedimiento de revisión de oficio, en tanto solo serviría para reconocer: *i*) el enriquecimiento injusto, siendo esto algo que ya se puede apreciar con el procedimiento de reconocimiento extrajudicial de créditos; y *ii*) una indemnización por valor idéntico al debido al contratista, de forma que no se estaría discutiendo el servicio prestado y su coste o crédito y, en consecuencia, no sería necesaria la liquidación que para estos casos se sustancia en el marco de un procedimiento de revisión de oficio.

(31) BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 2013.

2. Vuelta a la doctrina sobre el reconocimiento extrajudicial de créditos sin necesidad de previa revisión de oficio: Sentencia núm. 2697/2020, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (sección 5), de 26 de junio de 2020

A. ANTECEDENTES DE LA SENTENCIA

La Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña se pronuncia sobre el recurso interpuesto por el Ayuntamiento de Nulles contra la Sentencia núm. 213/2017, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 2 de Tarragona.

Contra la sentencia citada, la abogada del ayuntamiento formuló recurso de apelación, el cual fue admitido a trámite y trasladado a la Delegación del Gobierno de Cataluña, que presentó escrito oponiéndose a este recurso. En el recurso, la letrada del ayuntamiento señala que se trata de facturas que corresponden a los meses de fin de año 2015 y que debieron ser atendidas a cargo del presupuesto de 2016, aduciendo además que materialmente no fue posible, por razones de tiempo, tramitar una modificación presupuestaria que les permitiese imputar esos gastos al presupuesto del ejercicio de 2015. Así pues, la Sala 5.^a del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña acordó formar el oportuno rollo de apelación, se designó el magistrado ponente y se señaló la correspondiente fecha para la deliberación, votación y fallo del recurso de apelación interpuesto.

B. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA: EL RECONOCIMIENTO EXTRAJUDICIAL DE CRÉDITOS SIN NECESIDAD DE TRAMITACIÓN DE PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN DE OFICIO

A la vista de la situación presupuestaria descrita y de la naturaleza de los débitos que fundamentaron el acuerdo plenario de reconocimiento extrajudicial de créditos, la Sala —acertadamente— falló a favor del Ayuntamiento de Nulles, aduciendo que no tiene sentido, ni es proporcional, exigir la previa tramitación del procedimiento de revisión de oficio para proceder al pago a proveedores. Y ello porque no pueden identificarse las situaciones contractuales, así como tampoco se pone en duda el total de deuda suscrita con proveedores.

Para llegar a estas conclusiones, el fallo judicial se apoyó en varias sentencias de la Audiencia Nacional (SSAN de 17 de enero de 2020, rec. 61/2019; de 6 de junio de 2018, rec. 1007/2016; y de 12 de septiembre de 2018, rec. 247/2017), del Tribunal Supremo (SSTS de 20 de diciembre de 1995, rec. 2762/1991 y de 30 de septiembre de 1999, rec. 3836/1994) y de varios Tribunales Superiores de Justicia (Sentencias del TSJ de Cataluña de 27 de diciembre de 2013, rec. 890/2010; del TSJ de la Región de Mur-

cia de 30 de noviembre de 1999, rec. 909/1997; y del TSJ de Aragón de 22 de septiembre de 2004, rec. 737/2001), en tanto éstas admitieron que el enriquecimiento injusto es una fuente de obligaciones. Esta doctrina, que sirvió de apoyatura a la Sala, dispuso que la convalidación de gastos debe ser considerada como un procedimiento de carácter excepcional, que va a estar dirigido a compensar, en cada caso, las obligaciones de pago comprometidas, para así satisfacer las prestaciones realizadas, evitando así las reclamaciones de responsabilidad y corrigiendo el enriquecimiento injusto que haya tenido lugar en cada caso. De esta forma, los terceros contratistas de buena fe tendrán que cobrar por los servicios que prestaron o por los bienes que suministraron.

V. Conclusiones

Primera. Los vicios que concurren en un procedimiento administrativo como consecuencia de la falta de contenido sustancial —como lo es la necesaria consignación presupuestaria— determinan la nulidad de los actos administrativos y del contrato. Así las cosas, esta circunstancia no debe perjudicar al particular de buena fe que realiza la prestación. La falta de asignación presupuestaria no puede impedir el nacimiento de la obligación económica para la Administración, pues estas obligaciones nacen de la ley, de los negocios jurídicos y de los actos o hechos que las han generado. Se trata de obligaciones nacidas fuera de los límites presupuestarios y que, por ello, deben localizarse en la órbita del déficit presupuestario. Y en este contexto surgió el mecanismo, de carácter excepcional, del reconocimiento extrajudicial de créditos.

Segunda. Este instrumento fue configurado sobre la base del principio de prohibición del enriquecimiento injusto de la Administración, entendido éste como una fuente de obligaciones autónoma, ya que la falta de consignación presupuestaria implica la inexistencia de contrato. No es jurídicamente tolerable que la Administración se enriquezca injustamente, con el consecuente empobrecimiento para el contratista de buena fe que realiza la prestación, y por ello debe restituirse este enriquecimiento. Por tanto, en estos casos puede observarse que lo injusto o antijurídico en este tipo de contratos no es la atribución patrimonial, sino el resultado de ésta.

Tercera. Para que este mecanismo del reconocimiento extrajudicial de créditos despliegue virtualidad es necesario verificar que la prestación ha sido realizada por un acreedor de buena fe, por lo que no sería admisible este reconocimiento cuando el contratista realiza la prestación revelando una voluntad maliciosa. El particular actuará de buena fe cuando quede justificado que realiza la prestación bajo la creencia de

que le incumbe un deber de colaboración con la Administración. Verificar este hecho puede convertirse en una tarea complicada, ya que hay que tener presente la máxima de que el desconocimiento del derecho no exime de su cumplimiento, y en este sentido parece complicado asumir que un contratista ignore, por ejemplo, que no cabe la contratación verbal con la Administración —siendo éste un supuesto que también da lugar a reconocimiento extrajudicial de créditos—. En aras de atender con mayor rigor estos casos, sería aconsejable dotar de más medios y tiempo a la plantilla de interventores. Sin embargo, a nuestro juicio, sí puede utilizarse un criterio más flexible a la hora de analizar si el contratista debe conocer la inexistencia de crédito presupuestario.

Cuarta. Una vez verificada la existencia de enriquecimiento injusto y de buena fe en el acreedor que realiza la prestación, podemos afirmar que acudir al mecanismo de la revisión de oficio resultaría del todo innecesario, cuando de ésta se derive la sola apreciación del enriquecimiento injusto —algo que ya que apreciar a través del reconocimiento extrajudicial de créditos— o la fijación de una indemnización por un importe que coincide con el precio pactado con el contratista —lo que sucede habitualmente—, sin entrar por tanto a discutir el objeto del servicio prestado o su coste y sin ser necesaria la liquidación que se acomete en los procedimientos de revisión de oficio. Así pues, no debe acudir a la revisión de oficio cuando ello no resulte práctico; esto es, cuando sea previsible que el procedimiento vaya a concluir con un resultado idéntico al alcanzado con el reconocimiento extrajudicial de créditos. Además, tal y como señala la norma administrativa, la Administración no podrá ejercer la facultad de la revisión de oficio cuando su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes, así como tampoco cuando ello implique atentar contra el principio de economía procesal. Por tanto, de observarse enriquecimiento injusto y buena fe en el acreedor, la revisión de oficio se presenta como una barrera para los contratistas y un beneficio ilegítimo para la Administración a la que se imputa una mala gestión presupuestaria, ya que las dilaciones que implica acometer una revisión de oficio estarían retrasando el pago de la deuda, con el consiguiente perjuicio que ello comporta para el particular de buena fe.

Quinta. El reconocimiento de este mecanismo del reconocimiento extrajudicial de créditos en el ámbito local permite solventar la desconexión existente entre la exigibilidad de la obligación y el imperativo de la legalidad presupuestaria, dotando así de consignación presupuestaria a resoluciones administrativas que son nulas de pleno derecho. En este punto, cabe significar que la adopción de este mecanismo no va a impedir la tramitación adicional del procedimiento de revisión de oficio. En algunos casos no es necesario que se complementen ambos procedimientos y en

otros sí lo será, pero en todo caso nunca es admisible que un procedimiento incluya el otro.

Sexta. Varios fallos judiciales de 2017 se posicionaron en contra de este mecanismo, aduciendo que no es admisible abonar facturas que derivan de un compromiso de gasto que no ha sido adquirido por la Administración a través del procedimiento legalmente establecido, al no hacerse reserva del crédito presupuestario en el momento en que se contratan las prestaciones con los proveedores. Por ello, los ponentes entendían que la única opción viable para hacer frente al enriquecimiento injusto era el procedimiento de revisión de oficio, como condición previa inexcusable para obtener el pago. Sin embargo, esta posición no podía ser bien recibida, ya que el deudor de buena fe quedaba totalmente desprotegido y la Administración —incumplidora de la normativa presupuestaria— se veía beneficiada por el más que previsible retraso de los pagos, como consecuencia de las dilaciones que habitualmente tienen lugar en los procedimientos de revisión de oficio, donde se precisan dictámenes de órganos consultivos. Tampoco cabe aceptar esta posición en tanto se observa que, en todos los supuestos de esta naturaleza, las partes no tienen intención de expulsar el contrato del ordenamiento jurídico y fijar indemnizaciones de cuantía incierta —lo que constituye el objeto de los procedimientos de revisión de oficio—, sino que la pretensión de cada parte es recibir lo que le pertenece. Y en esta línea se ha pronunciado recientemente el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, con apoyatura en una amplia jurisprudencia sobre la materia. El tribunal ha subrayado que las obligaciones de pago comprometidas con un contratista de buena fe deben ser satisfechas y que debe corregirse el enriquecimiento injusto que tenga lugar en cada caso, invocando así la plena efectividad del mecanismo de reconocimiento extrajudicial de créditos y haciendo volver las aguas a su cauce.

VI. Bibliografía

- ARNAL SURIA, Salvador y GONZÁLEZ PUEYO (2002), Jesús, *Manual de Presupuestos y contabilidad de las Corporaciones Locales*, 5.ª edición, Ed. El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 1024 págs.
- CÁMARA DE CUENTAS DE LA COMUNIDAD DE MADRID (2020), *Informe de fiscalización de los expedientes de reconocimientos extrajudiciales de crédito aprobados por las entidades locales en el ejercicio 2018*, 26 de octubre de 2020, 40 págs.
- CARRETERO ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Carmen (2015), «El procedimiento de reconocimiento extrajudicial de créditos: nulidad de las actuaciones administrativas y responsabilidad», en *Administración de Andalucía: revista andaluza de administración pública*, núm. 93, págs. 107-132.

- CONSEJO CONSULTIVO DE CANARIAS, Sección 1.^a (2021). Dictamen 14/2021, de 15 de enero de 2021 (número de expediente 566/2020 CA), 13 págs.
- COSCULLUELA MONTANER, Luis (1977), «Consideraciones sobre el enriquecimiento injusto en el Derecho Administrativo», en *Revista de Administración Pública*, núm. 84, 1977, págs. 185-202.
- DE VICENTE GONZÁLEZ, José Luis (2005), «Enriquecimiento injusto y prestación no contrastada en el ámbito de la Administración Local», en *Revista de Administración Pública*, núm.168, págs. 409-441.
- LÓPEZ-FONT MÁRQUEZ, José Francisco (1979), «La falta de consignación presupuestaria como supuesto especial de nulidad de la actuación administrativa», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 22 (julio-septiembre), págs. 365-398.
- PITA GRANDAL, Ana María y FERNÁNDEZ LÓPEZ, Roberto Ignacio (2007), «El procedimiento de ejecución del gasto público ante situaciones de emergencia», en *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 133, págs. 101-128.
- PRADA RODRÍGUEZ, Alba y HERRERO GONZÁLEZ, Elena (2015), «Reconocimiento extrajudicial de crédito», en *Auditoría pública: revista de los Órganos Autónomos de Control Externo*, núm. 66, págs. 119-126.
- REBOLLO PUIG, Manuel (1995), *El enriquecimiento injusto de la Administración Pública*, Ed. Marcial Pons, 485 págs.
- REBOLLO PUIG, Manuel (2002), «“Nemo auditur propriam turpitudinem allegans» en la jurisprudencia contencioso-administrativa”, en *Documentación Administrativa*, núm. 263-264 (Ejemplar dedicado a: El principio de seguridad jurídica y sus manifestaciones), págs. 185-221.
- REBOLLO PUIG, Manuel (2006), «Enriquecimiento injusto y nemo auditor en el Derecho Administrativo», en *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 12, págs. 7-37.
- TRIBUNAL DE CUENTAS (2019), *Informe de fiscalización sobre los acuerdos y resoluciones contrarios a reparos formalizados por los interventores locales de las entidades locales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y las anomalías detectadas en materia de ingresos, así como sobre los acuerdos adoptados con omisión del trámite de fiscalización previa, Ejercicio 2016*, Informe núm. 1315/2019, 28 de febrero de 2019, 144 págs.
- TRIBUNAL DE CUENTAS (2013), *Informe de fiscalización sobre los gastos ejecutados por las entidades locales sin crédito presupuestario*, Informe núm. 1017/2013, 2013, 90 págs.



El alcance material de la reserva de jurisdicción del art. 117.3 CE: la STC 141/2020 y las medidas cautelares adoptadas por la Administración Tributaria en sede judicial

The material scope of the jurisdiction reserve in art. 117.3 of the Constitution: Constitutional Court's Judgment no. 141/2010 and interim measures adopted by the Tax Administration in courts

JAVIER MORENO GARCÍA
Letrado del Gobierno Vasco
jj-moreno@euskadi.eus
ORCID. 000-0001-9157-1877

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.120.2021.08>

LABURPENA: Tributuen Lege Orokorrari (2003ko abenduaren 17ko 58/2003) 2012an eginiko aldaketak 8. apartatu bat gehitu zuen 81. artikuluan. Hari esker, administrazioak zerga-delituengatiko zigor-arloko prozesu batean kautelazko neurriak hartzeko ahala bereganatu zuen; erabaki hori, epaileak berretsi behar badu ere, auzitegien esku baino ez zegoen ordura arte. Doktrinak ulertu zuen konstituzioaren aurkako manu bat zela, jurisdikzio-erreserbaren printzipioa urratzen zuelakoan (Espainiako Konstituzioaren 117.3 artikuluan bermatuta), eta Konstituzioak botere judizialari erreserbatutako eremu material espezifikokoaren irismenari buruzko beste eztabaida bat ireki zen horrela. Goi Auzitegiaren Saletako bat, Konstituzio Auzitegiaren 141/2020 Epaian, eta manu horren konstituzio-kontrakotasuna planteatzen ez zuen babes-errekurtso bati lotuta, aukera horretaz baliatu zen Zerga Administrazioak prozesuko eremuan izandako esku-sartze horri buruzko iritzia emateko.

HITZ GAKOAK: Jurisdikzio-ahalaz baliatzeko eskusibotasun-printzipioa. Ezo-hiko administrazio-ahala. Kautelazko neurriak. Espainiako Konstituzioaren 117.3 artikulua. Tributuen Lege Orokorraren 81.8 artikulua.

ABSTRACT: In 2012, an amendment of Act 58/2003 of December 17th, on General Taxation introduced a new paragraph 8 to art. 81. Under that provision, the Administration can adopt interim measures within a criminal procedure related to tax offences, notwithstanding its following judicial ratification. The doctrine understood that it was an unconstitutional provision because it infringed the principle of jurisdiction reserve as constitutionally guaranteed under art. 117.3 of the Constitution and another debate began over the specific material scope reserved to the judiciary according to the Constitution. In its judgment 148/2000, one of the Constitutional Court chambers with regard to an action for the protection of fundamental rights where the unconstitutionality of the

provision was not raised, took the opportunity to deliver its assessment about the interference of the Tax Administration within the procedural field.

KEYWORDS: Principle of exclusivity in the exercise of the jurisdiction. Extraordinary administrative power. Interim measures. Art. 117.3 of the Constitution. Art. 81.8 of the General Taxation Act.

RESUMEN: Una modificación en 2012 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria introdujo un nuevo apartado 8 al art. 81. En su virtud, la administración adquiriría potestades para adoptar las medidas cautelares en el seno de un proceso penal por delitos fiscales, decisión que, aunque debe ratificar el juez, hasta ese momento le correspondía en exclusiva a los tribunales. La doctrina entendió que se trataba de un precepto inconstitucional por vulnerar el principio de reserva de jurisdicción, constitucionalmente garantizado en el art. 117.3 CE y se abrió así otro debate sobre el alcance del ámbito material específico reservado por la Constitución al poder judicial. En su STC 141/2020, una de las Salas del Alto Tribunal, al hilo de un recurso de amparo en el que no se planteaba la inconstitucionalidad de ese precepto, aprovecha la ocasión para dar su valoración sobre esa intromisión de la administración tributaria en el ámbito procesal.

PALABRAS CLAVES: Principio de exclusividad del ejercicio de la potestad jurisdiccional. Potestad administrativa extraordinaria. Medidas cautelares. Art. 117.3 CE. Art. 81.8 LGT.

Trabajo recibido el 19 de abril de 2021

Aceptado por el Consejo de Redacción el 21 de mayo de 2021

Sumario: I. Introducción.—II. El art. 81.8 LGT: medidas cautelares penales adoptadas por la administración tributaria.—III. La reacción de la doctrina.—IV. El dilema del alcance material del art. 117.3 CE: aproximación al estado de la cuestión. a) La doctrina. b) El Tribunal Supremo. c) El Tribunal Constitucional.—V. El art. 81.8 LGT ante el TC: términos del conflicto.—VI. El criterio adoptado en la STC 141/2020: control último de la decisión administrativa por parte del órgano judicial.—VII. Valoración y conclusiones

I. Introducción

El art. 117.3 CE formula el principio de reserva de la jurisdicción en los siguientes términos: «el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales [...]». Sin embargo, y aunque garantiza la existencia de un reducto exclusivo para el poder judicial en el que los demás poderes no pueden inmiscuirse sin atentar contra la separación de poderes, el constituyente no identificó cuál es el contenido material específico que abarca tal reserva.

MUÑOZ MACHADO, cuando estudió este principio(1), concluyó que el contenido de este principio es tan complejo de determinar como el del principio de reserva de ley(2) y desistió de formular una tesis general. En varias ocasiones los tribunales y la doctrina se han enfrentado a esta intrincada cuestión y, aun así, seguimos sin disponer de un criterio que nos permita marcar las lindes de ese terreno exclusivo y excluyente de los tribunales.

En este contexto, la Ley 7/2012 aprobó un conjunto de normas de lucha contra la corrupción entre las que se encontraban unas atípicas medidas cautelares contenidas en la modificación del art. 81.8 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT) y por las que confirió a la Administración Tributaria amplias facultades para asegurar las deudas tributarias en el seno de procedimiento judicial penal incoado por un presunto delito público contra la hacienda pública, si bien sometidas a ratificación judicial.

(1) MUÑOZ MACHADO, S., *La reserva de jurisdicción*, La Ley, Madrid, 1989.

(2) MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Tomo III, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015, pág. 95: «En verdad, el problema no es muy distinto del de la definición de la reserva de ley: no es fácil avanzar más allá de afirmar que su contenido material es la regulación de los derechos y libertades, o las decisiones esenciales sobre todos los asuntos de interés general. Y, sin embargo, la definición deja abierto el difícil problema de concretar más los casos límite en que se plantean problemas de saber si estamos ante una regulación o ante una intervención, o si la materia regulada es verdaderamente esencial».

De esta manera, se incorporaba a nuestro ordenamiento jurídico el único caso(3) actualmente existente de incursión ejecutiva de la Administración en sede judicial. Esto llamó la atención de la doctrina, que tachó el precepto de inconstitucional por vulneración de la exclusividad del ejercicio de la función jurisdiccional.

La STC 141/2020, de 19 de octubre, al hilo de un recurso de amparo, se pronunció sobre estas medidas cautelares administrativas del art. 81.8 LGT en su afeción al art. 117.3 CE, y que es objeto de esta crónica.

II. El art. 81.8 LGT: medidas cautelares penales adoptadas por la administración tributaria

No es novedoso que nuestro Derecho habilite a las Administraciones Públicas para adoptar en un procedimiento administrativo medidas provisionales o cautelares de naturaleza restrictiva sobre los derechos de los ciudadanos(4). Esta facultad ha sido validada por el TC siempre que estas decisiones administrativas sean proporcionales —esto es, idóneas, necesarias y ponderadas (STC 126/2003, FJ 4)—, razonables (STC 108/1984, FJ 4) y estén sometidas a control judicial (STC 141/2020, FJ 3).

En el ámbito fiscal, estas medidas se localizan fundamentalmente(5) en el art. 81 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT), y su finalidad es asegurar el cobro de las deudas. Entre ellas, la que ahora atrae nuestra atención por tratarse de una actuación extramuros del ámbito administrativo, es la contenida en el vigente apartado octavo:

(3) Aunque efectivamente es el único de caso de intromisión administrativa en sede judicial, encontramos en nuestro ordenamiento otros supuestos en los que las decisiones administrativas pueden colisionar con las judiciales. Así, por ejemplo, debe repararse aquí en el art. 308.7 del Código Penal sobre el delito contra la hacienda pública por obtener subvenciones falseando u ocultando las condiciones para su concesión, en donde se prevé que la administración podrá seguir exigiendo el reintegro en vía administrativa, aunque se incoó un procedimiento penal, salvo que el juez ordene su paralización.

(4) Así se contenían en el art. 72 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, en un precepto con el mismo guarismo de la Ley procedimental de 1992, y actualmente se encuentra este instrumento, entre otros lugares, en el art. 55 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas como medidas provisionales.

(5) Otras medidas cautelares fiscales están en el art. 146 LGT, pero, mientras que las del 81 LGT tienen por misión asegurar el cobro de las deudas, aquellas están dirigidas a impedir que desaparezcan, se destruyan o alteren las pruebas determinantes de la existencia o cumplimiento de obligaciones tributarias o que se niegue posteriormente su existencia o exhibición.

Artículo 81. Medidas cautelares

8. Cuando con motivo de un procedimiento de comprobación e investigación inspectora se haya formalizado denuncia o querrela por delito contra la Hacienda Pública o se haya dirigido proceso judicial por dicho delito sin que se haya dictado la liquidación a que se refiere el artículo 250.2 de esta Ley, podrán adoptarse, por el órgano competente de la Administración Tributaria, las medidas cautelares reguladas en este artículo, sin perjuicio de lo dispuesto en la disposición adicional decimonovena.

Si la investigación del presunto delito no tuviese origen en un procedimiento de comprobación e investigación inspectora, las medidas cautelares podrán adoptarse por el órgano competente de la Administración Tributaria con posterioridad a la incoación de las correspondientes diligencias de investigación desarrolladas por el Ministerio Fiscal o, en su caso, con posterioridad a la incoación de las correspondientes diligencias penales.

En los supuestos a que se refieren los párrafos anteriores, las medidas cautelares podrán dirigirse contra cualquiera de los sujetos identificados en la denuncia o querrela como posibles responsables, directos o subsidiarios, del pago de las cuantías a las que se refiere el artículo 126 del Código Penal.

Adoptada, en su caso, la medida cautelar por el órgano competente de la Administración Tributaria, se notificará al interesado, al Ministerio Fiscal y al órgano judicial competente y se mantendrá hasta que este último adopte la decisión procedente sobre su conversión en medida jurisdiccional o levantamiento.

Como se observa, el legislador otorga a la administración tributaria la potestad de adoptar amplias medidas cautelares en el marco de procesos penales que se sustancien por presuntos delitos contra la hacienda pública, y es irrelevante para ello que haya sucedido una fase administrativa previa de comprobación e investigación (párrafo primero) o no (párrafo segundo). Estas medidas quedan sujetas a un riguroso control judicial *ex post* consistente en que el juez penal deberá ratificar las decisiones adoptadas por el órgano administrativo, reservándose después su modificación o levantamiento (párrafo cuarto).

Junto con estas medidas cautelares que suponen el ejercicio de una función decisoria administrativa con incidencia directa en el patrimonio del investigado por un delito tributario, también nos encontramos con la disposición adicional decimonovena de la LGT por la que se habilita a la

administración tributaria para desplegar su actividad de investigación sobre el patrimonio que pueda resultar afecto al pago de las cuantías pecuniarias asociadas al delito y para establecer estas actuaciones procesales, siempre, insiste también aquí la LGT, bajo la supervisión de la autoridad judicial. Dice esta disposición adicional:

En los procesos por delito contra la Hacienda Pública, y sin perjuicio de las facultades que corresponden a las unidades de la Policía Judicial, los órganos de recaudación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria mantendrán la competencia para investigar, bajo la supervisión de la autoridad judicial, el patrimonio que pueda resultar afecto al pago de las cuantías pecuniarias asociadas al delito.

A tales efectos, podrán ejercer las facultades previstas en los artículos 93, 94 y 162 de esta Ley, realizar informes sobre la situación patrimonial de las personas relacionadas con el delito y adoptar las medidas cautelares previstas en el apartado 8 del artículo 81 de la misma.

De tales actuaciones, sus incidencias y resultados se dará cuenta inmediata al juez penal, que resolverá sobre la confirmación, modificación o levantamiento de las medidas adoptadas.

Las actuaciones desarrolladas se someterán a lo previsto en la presente Ley y su normativa de desarrollo, sin perjuicio de la posibilidad de que el juez decida la realización de otras actuaciones al amparo de lo previsto en el artículo 989 de la Ley de enjuiciamiento criminal.

Estas facultades administrativas tienen su origen (6) en una modificación operada por la Ley 7/2012, de 29 de octubre (7), como parte de un paquete de medidas contra el fraude fiscal (8). La Exposición de Motivos

(6) El original art. 81.7 LGT contenía una actuación que, aunque con la vista puesta en el proceso judicial, tenía sus efectos en fase administrativa, y contemplaba la posibilidad de retención de devoluciones voluntarias o de otros pagos contra personas a las que se dirija un proceso judicial por un delito contra la Hacienda Pública.

(7) Ley 7/2012, de 29 de octubre, de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude.

(8) En plena crisis económica, se adoptaron importantes medidas para evitar el fraude penal, encabezadas, aunque con posterioridad en el tiempo a la modificación de la LGT, por la modificación del Código Penal por la Ley Orgánica 7/2012 del art. 305 sobre delitos contra la Hacienda Pública, cuyo apartado quinto expresamente permitía a la Administración Tributaria continuar con el procedimiento administrativo de cobro de la deuda tributaria pese a la pendencia del proceso penal. En concreto, la Exposición de motivos de la Ley 7/2012 justificó este incremento de las competencias de la Administración Tributaria en la eliminación de situaciones de privilegio y para situar al pre-

de esa ley justificó esta reforma en que con ello se «facilita(r) al Juez el ejercicio de su función jurisdiccional, permitiéndole tomar decisiones en el ámbito de las medidas cautelares sobre la base de un trabajo previo de investigación acompañado de una valoración de los órganos de la Agencia Tributaria de por qué se dan las circunstancias que, a su juicio, determinan la conveniencia de adoptar una medida cautelar».

Más tarde, la Ley 34/2015, de 21 de septiembre (9), modificó el art. 81.8 LGT con el objetivo de ampliar aún más estos poderes de la Administración Tributaria. Como contrapeso, el legislador robusteció su posterior control judicial mediante la incorporación del art. 614 bis a la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrím) por el que «el juez de lo penal decidirá acerca de las pretensiones referidas a las medidas cautelares adoptadas al amparo del artículo 81 de la Ley General Tributaria». Con ello, se daba carta de naturaleza a estas medidas administrativas de la LGT en la norma procesal penal.

Su incidencia práctica es notable. Según datos de la Agencia Tributaria, en 2018 este organismo público adoptó 1.839 medidas cautelares en aplicación de los apartados 5 y 8 del art. 81 LGT, de las cuales 883 lo fueron en el marco de procedimientos tributarios y 956 de procedimientos penales por delito fiscal, lo cual viene a constatar que más de la mitad de estas decisiones administrativas se toman en sede penal (10).

III. La reacción de la doctrina

Desde el primer momento (11), esta excelsa potestad administrativa en sede judicial del art. 81.8 LGT —como también lo es la facultad investi-

sumo delincente en la misma posición que cualquier otro deudor tributario y, al tiempo, incrementar la eficacia de la actuación de control de la Administración, de forma que la sola pendencia del proceso judicial no paralizaba la acción de cobro, si bien podría paralizarla el Juez.

(9) Ley 34/2015, de 21 de septiembre, de modificación parcial de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

(10) En la memoria de 2018 de esta Agencia, y en concreto este cuadro, está disponible [en línea] en <https://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio/La_Agencia_Tributaria/Memorias_y_estadisticas_tributarias/Memorias/Memorias_de_la_Agencia_Tributaria/_Ayuda_Memoria_2018/ANEXO_CUADROS_Y_GRAFICOS/Cuadro_n_43_Medidas_cautelares_arts_81_5_y_81_8_LGT_/Cuadro_n_43_Medidas_cautelares_arts_81_5_y_81_8_LGT_.html> [Consulta: abril 2021]. En el cuadro ahí recogido se observa una disminución del número de estas medidas cautelares adoptadas respecto a años pasados: en 2017, eran 2.309 (1.075 en procedimientos tributarios y 1.234 en procedimientos penales) y en 2016 se alcanzaron las 2.124 (1.097 y 1.027 respectivamente).

(11) Los primeros cuestionamientos, ante un texto luego modificado, vinieron del informe del Consejo General del Poder Judicial, de 31 de mayo de 2012, sobre el anteproyecto de ley, disponible [en línea] en: <<http://www.poderjudicial.es/stfls/CGPJ/COMISI%C3%93N%20DE%20ESTUDIOS%20E%20INFORMES/INFORMES%20DE%20LEY/FICHERO/Informe%20Anteproyecto%20de%20Ley%20de%20modificaci%C3%B3n%20de%20la%20normativa%20contra%20el%20fraude.pdf>> [Consulta: abril 2021].

gadora de la DA 19.ª LTG— llamó la atención de la doctrina, y no son pocos los autores que abogaron por su inconstitucionalidad al vulnerar el principio de reserva de jurisdicción del art. 117.3 CE.

Una de las más tempranas críticas provino de SÁNCHEZ PEDROCHE, quien calificó el originario apartado octavo del 81 LGT como «una genuina invasión de las competencias judiciales por parte de la Administración» (12). Insistió en ello con motivo de su análisis de la Ley 34/2015: «esta medida supone una clara injerencia en una competencia típicamente judicial, que nunca debió producirse (como aconteció con la Ley 7/2012) y mucho menos ampliarse (como hace ahora la Ley 34/2015). De hecho, resulta de dudosa constitucionalidad al vulnerar claramente el mandato constitucional que reserva la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado a jueces y tribunales» (13).

MARTÍNEZ LAGO dijo al respecto que «(l)a modificación propuesta parece responder a una suerte de prejuicio frente a los jueces encargados de la instrucción penal, otorgando un privilegio a la Administración para que adopte medidas cautelares, que no forman parte del elenco previsto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Títulos IX y X del Libro II), y efectúe una investigación patrimonial de las personas relacionadas con el delito fiscal en el ámbito procesal en que son aquéllos los competentes para adoptar las decisiones que procedan» (14).

Por su parte, DONCEL NÚÑEZ afirma que este art. 81.8 LGT «instaura una clara injerencia administrativa en lo que son las competencias judiciales en la instrucción del delito, una fase del proceso penal presidida por el juez de instrucción (...). A mi entender, las únicas medidas cautelares admisibles en un proceso penal son las de la LECrim, que son «resoluciones motivadas del órgano jurisdiccional», así que mi propuesta es que el apartado 8 del artículo 81 LGT sea suprimido o devuelto a su anterior redacción, menos invasiva» (15).

(12) Así lo dijo en SÁNCHEZ PEDROCHE, J.A., «Primeras y preocupantes impresiones sobre el anteproyecto de Ley de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria para la lucha contra el fraude», en *Quincena Fiscal*, núm. 11, 2012, pág. 108 y luego lo reiteró en SÁNCHEZ PEDROCHE, J.A., «Modificaciones operadas en la LGT por la Ley 7/2012, de prevención y lucha contra el fraude», en *Estudios Financieros. Revista de Contabilidad y Tributación: Comentarios, Casos Prácticos*, núm. 359, 2013, págs. 147-196.

(13) SÁNCHEZ PEDROCHE, J.A., «La reforma parcial de la Ley General Tributaria operada por la Ley 34/2015», en *Centro de Estudios Financieros, CEF*, pág. 52, disponible [en línea] en <https://www.fiscal-impuestos.com/sites/fiscal-impuestos.com/files/reforma-ley-general-tributaria-ley-34-2015_c_s.pdf> [Consulta: abril 2021].

(14) MARTÍNEZ LAGO, M.A., «Regularización tributaria en tiempos de crisis y nuevas medidas para la prevención del fraude fiscal», en *XXVII Seminario Gallego de Estudios Tributarios*, Vigo, 21 de septiembre de 2012, pág. 36, disponible [en línea] en: <<https://eprints.ucm.es/22673/>> [Consulta: abril 2021].

(15) DONCEL NÚÑEZ, S.L., «Sobre las medidas cautelares de la Ley General Tributaria en procesos por delito contra la hacienda pública», en *Revista de Derecho UNED*, núm. 15, 2014, págs. 161-162.

En el mismo sentido, MORENO CATENA manifiesta que esta «decisión legislativa contradice el principio básico de nuestro sistema penal, según el cual el juez de instrucción es el responsable de la investigación de los delitos y de las medidas que se adopten desde el momento en que incoa el procedimiento. Pero lo más grave es que, además, subvierte el principio constitucional que reconoce a los Juzgados y Tribunales la exclusividad de la potestad jurisdiccional, que comprende no sólo la declaración y la ejecución, sino también la potestad cautelar. De ahí que deban afirmarse muy serias dudas acerca de la constitucionalidad de estas medidas (...) se apropia a los órganos judiciales del ejercicio de una parte esencial de la potestad jurisdiccional y se vulnera el principio de exclusividad en sentido negativo: nadie puede ejercer la potestad jurisdiccional más que los juzgados y tribunales, y la potestad cautelar forma parte indisoluble de la jurisdicción; se atribuye un privilegio en el proceso penal a la Administración Tributaria que no aparece reconocido constitucionalmente» (16).

Igual de contundentes son CARRERAS MANEROS y DE MIGUEL ARIAS, para quienes la reforma de la Ley 34/2015 del art. 81.8 LGT «vulnera claramente el mandato constitucional que reserva la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado a Jueces y Tribunales, puesto que lo lógico hubiera sido que toda decisión liquidatoria o la adopción de cualquier medida cautelar tuviera que resolverse por el Juez instructor que está conociendo de la cuestión y no por el órgano administrativo, el cual debería limitarse a llevar a la práctica las decisiones de aquél» (17).

Destaca especialmente el monográfico que DÍAZ LÓPEZ (18) dedica a este precepto, y donde afirma, en sintonía con el resto de doctrina, que las medidas cautelares de un proceso penal forman parte del contenido material específico que abarca la reserva de jurisdicción y su atribución a la Administración vulnera ese principio constitucional.

IV. El dilema del alcance material del art. 117.3 CE: aproximación al estado de la cuestión

En este punto conviene hacer un rápido repaso de las principales teorías existentes al respecto, donde la doctrina y los tribunales han acu-

(16) MORENO CATENA, V., «La dudosa constitucionalidad de las medidas cautelares ordenadas por la Agencia Tributaria durante el proceso penal», en *Diario La Ley*, núm. 8331, de 12 de junio de 2014.

(17) CARRERAS MANEROS, O., y DE MIGUEL ARIAS, S., «Las modificaciones operadas por la Ley 34/2015 en relación con la adopción de medidas cautelares tributarias en el ámbito penal», en *Actas del IV encuentro de derecho financiero y tributario* (1.ª parte), Ed. Instituto de Estudios Fiscales, 2016, pág. 37.

(18) DÍAZ LÓPEZ, J.A., *Medidas cautelares tributarias en el proceso penal: el artículo 81.8 LGT*, Ed. Francis Lefebvre, Colección Cuadernos de Defensa Tributaria, 2019.

dido a diversos parámetros en la búsqueda de contenido que el art. 117.3 CE reserva exclusivamente al poder judicial.

a) La doctrina

La doctrina ha postulado varias tesis. Algunos autores proponen atender al «desinterés objetivo» (19), según el cual la jurisdicción tiene por misión aplicar y realizar el Derecho, lo que supone que al órgano jurisdiccional le ha de resultar siempre ajena la materia sometida a su consideración. Otros se han valido del «contenido de cosa juzgada» (20), de forma que el núcleo esencial de esta reserva de jurisdicción, en cuanto protege el ejercicio de la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, queda afectado cuando otro poder público se interfiere en decisiones jurisdiccionales que son irreversibles y finales.

Un criterio que ha calado en la doctrina (DE OTTO PARDO (21), REQUEJO, RODRÍGUEZ PORTUGUÉS (22)) es la tesis de irrevocabilidad o «vocación de irrevocabilidad de la decisión». Esta teoría no se fija en la propiedad de irrevocabilidad de la decisión adoptada —característica también predicable de los actos administrativos definitivos y firmes (art. 28.1 LJCA) y no aplicable a las resoluciones judiciales susceptibles de recurso— sino, en palabras de DE OTTO PARDO, en lo siguiente: «(l)a única nota que diferencia a la jurisdicción de cualquier otra función de aplicación del derecho es la *irrevocabilidad* de la decisión con que la jurisdicción se ejerce. [...] La irrevocabilidad consiste en la imperatividad inmutable, esto es, en el efecto de cosa juzgada, en el carácter inalterable de la decisión (cosa juz-

(19) Traducción del término «alienitá» que utiliza CHIOVENDA y en el que ha reparado DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho Procesal. Introducción*, 3.ª ed., Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2004, págs. 21-25. Así, esta ajenidad es no solo el resultado de la imparcialidad de los jueces —sobre la que el TC ha destacado en varias ocasiones que «sin juez imparcial no hay, propiamente, proceso jurisdiccional» (STC 178/2014, de 3 de noviembre, FJ 2)—, sino también de que la tutela que el juez realiza no responde a los intereses del ente en el que se integra.

(20) Por remisión de MUÑOZ MACHADO, Cfr. BOIX PALOP, A.: *Las convalidaciones legislativas*, Iustel, Madrid, 2004. MUÑOZ MACHADO ha rebatido esta opción en estos términos: «(r)esulta, sin embargo, cuestionable esa equiparación entre reserva de jurisdicción y cosa juzgada. Además de que el concepto de cosa juzgada está vinculado a la irreversibilidad de las decisiones que es oponible a cualquier otro órgano judicial y no frente al legislador, es evidente que hay decisiones judiciales que no reconocen derechos individuales, sino que hacen declaraciones objetivas atinentes, por ejemplo, a la nulidad de una norma. En todos estos casos, la cosa juzgada no impide que el legislador intervenga convalidando la norma anulada, sustituyéndola o dándole la cobertura de que inicialmente carecía», en *Tratado de Derecho Administrativo...*, cit., pág. 95.

(21) DE OTTO PARDO, J., *Estudios sobre el Poder Judicial*, Madrid, 1989, en pág. 1261 de la edición del citado trabajo en sus *Obras Completas*, Oviedo, Universidad de Oviedo-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010

(22) RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, MANUEL, «Reserva de jurisdicción y libertad del legislador para optar entre penas y sanciones administrativas», en *Revista de Administración Pública*, núm. 208, 2019.

gada formal) y en la fuerza del pronunciamiento para obligar a todos como acto de concreción imperativa del derecho en un caso concreto, excluyendo la posibilidad de volver a tratar y decidir sobre el mismo objeto ya resuelto de manera firme (cosa juzgada material)» (23).

Este criterio de la irrevocabilidad es el mayoritariamente seguido, pero no está exento de crítica. SANTOS VIJANDE lo ha cuestionado porque «olvida toda referencia al proceso jurisdiccional, que, como instrumento necesario de la decisión irrevocable informado por los principios jurídico-naturales de audiencia e igualdad, se compone de una sucesión de actos, también jurisdiccionales, que, aunque se ordenan al logro de una decisión última, no se traducen, muchos de ellos, en resolución judicial alguna, siendo también, muchos otros, esencialmente revocables y desprovistos de fuerza de cosa juzgada» (24). Precisamente, como luego resaltaremos, en esta crónica estamos ante este supuesto.

Por ello, ante esta dificultad de establecer un único criterio delimitador válido, SANTOS VIJANDE sugiere soluciones mixtas que aúnen la tesis del desinterés objetivo y de la irrevocabilidad: «es posible entender por Jurisdicción lo siguiente: la tutela y realización del Derecho objetivo al decir el Derecho del caso concreto con desinterés objetivo, sirviéndose de un proceso que culmina con una declaración de voluntad, de vocación irrevocable, emitida por un órgano público, imparcial e independiente» (25).

Por su parte, MUÑOZ MACHADO (26), tras estudiar la amplia casuística a la que ha tenido que hacer frente el TC, como decíamos, desiste de buscar un criterio universal y propone utilizar categorías generales cuya aplicación a casos concretos tendrán que precisarse con ocasión de cada controversia en particular. A tal fin, establece, de forma no exhaustiva, seis categorías de vulneraciones del art. 117.3 CE, a saber: 1.º cuando una ley excluye todo control jurisdiccional en decisiones adoptadas directamente por ella en sustitución de la Administración; 2.º leyes materialmente administrativas, caracterizadas por adoptar decisiones que no están reservadas a la ley; 3.º cuando se impide que los particulares ejerzan sus derechos procesales ante órganos jurisdiccionales que actúan

(23) Cita tomada de RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, Manuel, «Reserva de jurisdicción y libertad del legislador para optar entre penas y sanciones administrativas», en *Revista de Administración Pública*, núm. 208, 2019, pág. 159.

(24) SANTOS VIJANDE, J.M., «De *jurisdictione*», en *Anuario de la Facultad de Derecho*. Universidad de Extremadura, núm. 33, 2017, pág. 23.

(25) SANTOS VIJANDE, J.M., «De *jurisdictione*»... *op. cit.*, pág. 24.

(26) MUÑOZ MACHADO, S., *La reserva de jurisdicción*.... También encuentra en la Constitución misma excepciones a este principio que considera «restos» de tiempos preconstitucionales o condicionantes políticos del Parlamento sobre la actuación judicial. Cita este autor, a modo de ejemplo, los arts. 71.2 o 102.2 CE, que exigen validación de las Cortes para imputar a determinados miembros de ejecutivo o del legislativo.

juzgando conforme a reglas generales establecidas previamente en leyes; 4.º leyes que establecen reglas interpretativas de carácter vinculante, cuando pretende tener carácter general y aplicarse sucesivamente (STC 76/1983, sobre la LOAPA y su definición de bases del art. 149.1 CE); 5.º leyes que atribuyen a la Administración potestades que deben pertenecer a los jueces y tribunales porque consisten en la resolución de controversias o en decisiones sobre la legalidad de actos y resoluciones administrativas, y; 6.º las demás hipótesis de afectación legislativa a la reserva de jurisdicción se producen cuando una ley no justificada en motivación constitucional alguna ataca directamente a lo que se debate en un proceso en curso o a lo resuelto en él, o trata de desconocer lo decidido o impedir su ejecución.

b) El Tribunal Supremo

El Tribunal Supremo ha tenido que pronunciarse sobre los límites de este principio. Nos limitamos aquí a recordar una decisión en la que se da respuesta a los recursos formulados contra el Real Decreto 1889/2011, de 30 de diciembre, por el que se regula el funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual, y en donde se atribuye a este órgano administrativo la potestad de ordenar la retirada de los contenidos que vulnere derechos de propiedad intelectual o de requerir para la interrupción de la prestación del servicio de la sociedad de la información que vulnere los citados derechos, si bien debe destacarse que, si el aludido no cumple voluntariamente la resolución de la Comisión, su ejecución compete siempre y en todo caso al poder judicial.

La adopción de estos requerimientos por la Administración rompía con una tradición jurídica que hasta ese momento se reservaba a jueces y tribunales y que, ante su impugnación en dos recursos, confirmó el Tribunal Supremo en sendas sentencias fechadas el 31 de mayo de 2013 (recs. núms. 48/2012 y 185/2012) (27).

El TS definió aquí el término de potestad jurisdiccional del art. 117.3 CE en estos términos: «la función de determinar el derecho en un caso concreto, respecto de determinadas personas y sobre determinados actos».

Respecto a la injerencia de la administración en el ámbito estricto judicial cuando están en juego los derechos fundamentales, afirmó que «en no pocos ámbitos sectoriales de la actividad administrativa también se

(27) Comentario y crítica a estas STS por RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, Manuel, «Reserva de jurisdicción, potestad reglamentaria y propiedad intelectual. En torno a las sentencias del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2013, sobre la denominada “Ley Sinde”», en *Revista de Administración Pública*, núm. 192, 2013, págs. 231-256.

encuentran afectados o comprometidos, con mayor o menor intensidad, derechos fundamentales y ello no determina que hayan de ser los jueces quienes deban adoptar directamente las medidas para el restablecimiento de la legalidad, sino que puede ser un órgano administrativo, como la indicada Sección Segunda de la Comisión que actúa conforme a los principios de objetividad y proporcionalidad (artículo 158.4 de la Ley de Propiedad Intelectual), como sucede en este caso, siempre que se respeten las garantías constitucional y legalmente exigidas».

Específicamente destaca el Tribunal Supremo que la regulación contemplada en el real decreto permite la revisión y mantiene la ejecución de esta decisión administrativa en el ámbito decisorio de jueces y tribunales, por lo que concluye que la norma deja «a salvo, y no suple ni sustituye, las correspondientes vías jurisdiccionales».

Además, fija el criterio con el que dicta su fallo en esta sentencia para confirmar esas nuevas potestades administrativas: «la diferenciación entre la actividad administrativa y la jurisdiccional radica en la nota de la *irrevocabilidad*, a pesar de las resoluciones administrativas firmes, y de los recursos procedentes en sede jurisdiccional» [el destacado es nuestro].

En este caso, el Tribunal Supremo acude a la teoría de irrevocabilidad como método para identificar el ámbito reservado a los jueces y tribunales. Rechaza que este principio deba atender a la naturaleza de los derechos en juego, sean o no fundamentales, y valida la norma mientras reserve al poder judicial la revisión de la decisión administrativa.

c) El Tribunal Constitucional

MUÑOZ MACHADO ha hallado incontables decisiones del Tribunal Constitucional que condenan intervenciones del legislador que reducen la plenitud de acción de la Justicia, la limitan o tratan de sustituirla(28), y ante la imposibilidad de encontrar un criterio común, opta por realizar su propuesta de contemplar seis categorías de supuestos que ya hemos recogido.

(28) MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo... op. cit.*, pág. 91. Ahí encontramos muchos ejemplos de ello: «algunos límites derivan de la intervención en el proceso legislativo de un órgano constitucional especializado, como es el Consejo General del Poder Judicial (SSTC 45/1986 y 108/1986); la jurisprudencia se ha pronunciado contra las leyes que desconocen o limitan el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva, o suponen un desconocimiento de las funciones que deben corresponder a los jueces y tribunales [la STC 39/1983, de 16 de mayo, reconoció que la limitación del derecho a recurrir contenido en el artículo 40.f) LJCA de 1956, era inconstitucional; la STC 80/1983, de 10 de octubre, que también lo era la exclusión de control de las resoluciones dictadas por el Tribunal de Defensa de la Competencia; la STC 22/1984, de 17 de febrero, declaró que la Administración precisa una autorización judicial para entrar en domicilios privados, etc.]; en fin, son incontables las decisiones que condenan intervenciones del legislador que reducen la plenitud de acción de la Justicia, la limitan o tratan de sustituirla (SSTC 1/1981, de 26 de enero; 101/1984, de 4 de noviembre; 85/1988, de 6 de mayo; 145 y 164/1988, entre las primeras formulaciones)».

Efectivamente en muchas ocasiones el TC rechaza que la atribución legislativa a las Administraciones de exorbitantes potestades vulnere funciones reservadas a la jurisdicción —como, por ejemplo, dijo tempranamente respecto del privilegio de autotutela declarativa y ejecutiva de las administraciones públicas (por todas, STC 199/1998, de 13 de octubre, FJ 2.a(29))—, pero tampoco es infrecuente encontrar pronunciamientos en los que el Alto Tribunal declara la inconstitucionalidad de preceptos legales que extraen funciones del ámbito judicial con vulneración del principio de reserva jurisdiccional.

Esto último ocurrió, por ejemplo, con la STC 185/2012 dictada en relación con una modificación del Código Civil en materia de nulidad, separación y divorcio por la que se establecía que era preciso un informe favorable del Ministerio fiscal para que el juez pudiera acordar la guarda y custodia compartida. Dijo el TC entonces «que el Ministerio público emita informe desfavorable, no puede impedir una decisión diversa del Juez, pues ello limita injustificadamente la potestad jurisdiccional que el art. 117.3 CE otorga con carácter exclusivo al Poder Judicial» (FJ 5). Y declaró inconstitucional el inciso «favorable» por contrario al art. 117.3, ya que «corresponde exclusivamente al Juez o Tribunal verificar si concurren los requisitos legales para aplicar el régimen excepcional y, en el caso de que así sea, valorar si, en el marco de la controversia existente entre los progenitores, debe o no adoptarse tal medida» (FJ 6).

Otro supuesto de vulneración del art. 117.3 CE se encuentra en la STC 1/2018, en donde se declara inconstitucional un arbitraje obligatorio sin posibilidad de acudir a los tribunales, ya que, aun cuando el arbitraje es constitucionalmente válido, «la imposición de un arbitraje como el previsto en el artículo 76 e) LCS vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva garantizado en el artículo 24 CE, pues impide el acceso a la jurisdicción de los juzgados y tribunales de justicia que, ante la falta de la voluntad concurrente de los litigantes, son los únicos que tienen encomendada constitucionalmente la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117 CE)».

(29) Dice esta sentencia que «(r)eiteradamente hemos declarado que el privilegio de autotutela atribuido a la Administración Pública no es contrario a la Constitución, sino que engarza con el principio de eficacia enunciado en el art. 103 de la C.E. (SSTC 22/1984, 238/1992, 148/1993, 78/1996), y que la ejecutividad de sus actos en términos generales y abstractos tampoco puede estimarse como incompatible con el art. 24.1 de la C.E. (SSTC 66/1984, 341/1993, 78/1996; AATC 265/1985, 458/1988, 930/1988, 1095/1988, 220/1991, 116/1995), pero sin que tal prerrogativa pueda primar sobre el contenido de los derechos y libertades de los ciudadanos (SSTC 22/1984, 171/1997)». También podemos recordar aquí la STC 76/1992, respecto a la autorización judicial de entrada a domicilio. No obstante, con diferencia, los supuestos que más veces han llegado al TC sobre esta cuestión tienen relación con el límite entre la potestad sancionadora administrativa y los delitos penales restringidos a los jueces y tribunales mor art. 117.3 CE.

Esta sentencia, muy próxima a la del TS aquí traída, apunta a la tesis de irrevocabilidad, como, de forma ya expresa, también lo es la STC 85/2018, de 19 de julio, FJ 5 (reiterada en la STC 133/2018, de 13 de diciembre, FJ) [el destacado es nuestro]: «[e]l título VI (arts. 117 a 127) de la Constitución, bajo la rúbrica “Del Poder Judicial”, regula un poder del Estado al que identifica con el ejercicio de la potestad o función jurisdiccional, concebida en sentido estricto como aquella actividad estatal *destinada a pronunciar derecho de forma irrevocable y cuyo ejercicio corresponde únicamente a los órganos judiciales*».

V. El art. 81.8 LGT ante el TC: términos del conflicto

Este art. 81.8 LGT llegó al TC en un recurso de amparo que se formula en los siguientes términos. Incoadas unas diligencias previas contra una mercantil por un presunto delito contra la hacienda pública, la administración tributaria acordó el embargo de inmuebles y subvenciones conforme al art. 81.8 LGT. La mercantil optó, no obstante, por consignar esa cantidad en la cuenta de la Administración tributaria (unos dieciséis millones de euros), por lo que el organismo público solicitó al juez penal la no ratificación del embargo dado el ingreso voluntario como garantía, y propuso el levantamiento del embargo. El juez, siguiendo el criterio de la administración, acordó no ratificar el embargo del art. 81.8 LGT, ya que, afirmó, carecía de virtualidad por cuanto que la consignación realizada por la mercantil era suficiente para garantizar los pagos.

El conflicto surgió cuando la empresa dirigió un escrito al juzgado solicitando que se redujese el importe de la garantía depositada. En un primer momento por el juzgado y después por la Audiencia Provincial, fue denegada esa posibilidad porque, básicamente, afirmaban que esta consignación no se produjo en el marco del art. 81.8 LGT y nada correspondía acordar a los tribunales sobre esa garantía. Los argumentos empleados consistían en que el órgano judicial no había adoptado medida cautelar alguna que modificar, ya que no ratificó la medida cautelar de embargo acordada por la administración tributaria; en que las cantidades estaban depositadas unilateralmente ante la administración tributaria; y, por último, en cuanto se trataba de un embargo realizado en el ámbito administrativo, en que competía a la Agencia Tributaria cualquier medida de modificación. Así, pese a que la garantía se prestara incoado un proceso penal, los tribunales negaron tener relación alguna al respecto.

Ante esta denegación de los tribunales de modificar la garantía depositada, la mercantil formuló recurso de amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

Como se observa, el recurso de amparo no pone en tela de juicio la constitucionalidad del art. 81.8 LGT y se dirige únicamente a la averiguar la competencia de los tribunales para la modificación de esa medida cautelar. Aun así, el TC, brevemente y *obiter dictum*, se pronuncia sobre su naturaleza.

De hecho, admite la demanda de amparo reconociendo que la especial transcendencia constitucional del recurso (30) reside precisamente en que, hasta entonces, no había tenido oportunidad de encontrarse con el atípico y único supuesto en nuestro ordenamiento jurídico de un régimen de medidas cautelares en sede judicial adoptadas no por el propio tribunal, sino por un órgano administrativo, si bien sometidas a un control *a posteriori* de los órganos judiciales penales. Identifica el interés de amparo de la incidencia de este proceso en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, ya que «la decisión judicial de dejar imperejudgada —por una supuesta falta de competencia de los órganos judiciales penales en las circunstancias del caso— la solicitud de control judicial sobre las medidas cautelares que el art. 81.8 LGT permite adoptar a la administración tributaria en el contexto de los procedimientos penales seguidos por delitos contra la hacienda pública».

De esta manera llegó al TC un asunto que, aunque no planteaba la inconstitucionalidad del precepto, le sirvió de pretexto al intérprete supremo de la Constitución para dictar su criterio al respecto del art. 81.8 LGT y, de paso, de la DA 19.^a

VI. El criterio adoptado en la STC 141/2020: control último de la decisión administrativa por parte del órgano judicial

El TC reconoce que este art. 81.8 LGT, en su lectura conjunta con su DA 19.^a, entraña una excepción al régimen general de adopción de las

(30) Para su justificación dedica el FJ 2 de la STC 141/2020: «La presente demanda de amparo, como se indica en la providencia de admisión, tiene especial transcendencia constitucional porque el recurso plantea un problema o afecta a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina de este tribunal [STC 155/2009, FJ 2, a)]. La faceta novedosa del recurso interpuesto radica en la eventual afectación al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), desde la perspectiva del derecho de acceso a la jurisdicción, y, más concretamente, del control judicial desarrollado por el orden jurisdiccional penal en el marco de la previsión contenida en el art. 81.8 LGT de que sea la administración pública —en este caso, la administración tributaria— la que directamente adopte, pendiente una instrucción penal, medidas cautelares de naturaleza real en garantía de los eventuales pronunciamientos civiles que puedan llegar a producirse por parte de los órganos judiciales penales, en lugar de que sean adoptadas por el órgano judicial de instrucción. El reconocimiento de esta facultad en favor de la administración tributaria es una novedad en el ordenamiento jurídico español introducida por la Ley 7/2012, de 29 de octubre. Supone la alteración de la tradicional exclusividad jurisdiccional en la adopción de medidas cautelares de cualquier naturaleza en el proceso penal —sustituida por un control a posteriori de los órganos judiciales penales, que fue reforzado con la inclusión del art. 614 *bis* LECrim por la Ley 34/2015, de 21 de septiembre—, y tiene una incidencia directa en el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) que todavía no ha sido objeto de análisis por la jurisprudencia constitucional».

medidas cautelares de naturaleza real en el marco de los procesos penales como función exclusiva del orden jurisdiccional penal.

También recalca en el art. 614 bis LECrim, al que señala como un precepto introducido por la Ley 34/2015 para ratificar y potenciar el control judicial a estas medidas, y respecto del que añade una interpretación propia que interesa destacar por su papel en este análisis: «(l)a previsión normativa [del nuevo art. 614 bis LECrim] se extiende a (i) cualquier medida cautelar del art. 81 LGT y no solo a las del art. 81.8 LGT —incluyendo, por tanto, las adoptadas con anterioridad a la propia iniciación del proceso penal—; y (ii) en coherencia con ello, a cualquier pretensión sobre dichas medidas cautelares incluyendo, por tanto, las de modificación o levantamiento de cualquiera de las medidas del art. 81, con independencia de que no sean las del art. 81.8 LGT» (FJ 4).

Como resultado de su examen, el TC admite que no vulnera el principio de reserva de jurisdicción la adopción por la administración tributaria de medidas cautelares en sede judicial, siempre y cuando, y en este es el *quid* para el Tribunal, tenga lugar ese estricto control judicial *ex post* previsto por el legislador que ratifique, modifique o levante la medida.

Con ello, confirma la constitucionalidad de este art. 81.8 LGT, porque [el destacado es nuestro] «la finalidad perseguida por esta normativa es, por un lado, *sustraer la competencia de adopción y ejecución de las medidas cautelares en los procesos penales por delitos contra la hacienda pública al orden jurisdiccional penal en favor de la administración tributaria* y, por otro, *en atención a que esas medidas lo son en garantía de eventuales responsabilidades pecuniarias que se deriven de la comisión de un ilícito penal, garantizar de manera inmediata el control último por parte de los órganos judiciales penales sobre la adopción, mantenimiento y modificación de dichas medidas cautelares*» (FJ 4).

Una vez solventada esta cuestión, da respuesta al caso concreto que se le plantea y otorga amparo a la mercantil. El TC falla que la consignación de la mercantil, pese a lo que señalaron los tribunales ordinarios, se realizó bajo la cobertura legal del art. 81.8 LGT y, consecuentemente, a ellos correspondía su modificación. Rechaza que deba configurarse como un embargo de naturaleza administrativa efectuado por la administración tributaria fuera del proceso penal, interpretación que el TC tacha de rigorista, para lo que se basa en que el motivo que hizo constar el órgano judicial de instrucción para adoptar esta decisión fue que la consignación era suficiente para garantizar los pagos por los que se había acordado el embargo. Según el TC, por tanto, no cabe duda de que la consignación traía causa y estaba

directamente vinculada con el embargo acordado en aplicación del art. 81.8 LGT(31). La negativa judicial a modificar la garantía ha llevado a dejar sin respuesta en el orden penal una pretensión deducida en relación con la modificación de una de esas medidas cautelares del art. 81.8 LGT, y el TC repara así la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE desde la perspectiva del derecho de acceso a la jurisdicción.

En suma, el TC viene a avalar la constitucionalidad de esta excepción al régimen general de adopción de las medidas cautelares de naturaleza real en el marco de los procesos penales como función exclusiva del orden jurisdiccional penal (título IX del libro II LECrim), porque «esta potestad administrativa, como no podía ser de otra manera, qued[a] sometida al control judicial posterior».

VII. Valoración y conclusiones

El art. 81.8 LGT(32) otorga a la administración tributaria una extraordinaria potestad caracterizada, para su contraste con el art. 117.3 CE, por las siguientes notas: a) un órgano administrativo adopta una decisión en el seno de un proceso judicial abierto, esto es, fuera de la esfera administrativa; b) la decisión administrativa consiste en un trámite incidental pre-

(31) El *iter* lógico está detallado en la sentencia, y que conviene reproducir aquí: «(i) el inicial embargo de la Agencia Tributaria fue adoptado en aplicación del art. 81.8 LGT en garantía de las responsabilidades pecuniarias que pudieran derivarse de un proceso penal en curso; (ii) la ulterior consignación estaba vinculada exclusivamente con el citado embargo; y (iii) el órgano judicial de instrucción acordó no ratificar dicha medida cautelar «por carecer de virtualidad en ese momento», con fundamento expreso en que la consignación era suficiente para garantizar los pagos por los que se había acordado el embargo; la conclusión a que llega el tribunal es la de que la decisión judicial posterior de rechazar la competencia del orden jurisdiccional penal para pronunciarse sobre la modificación de dicha medida ha supuesto una interpretación de la normativa aplicable incurra en un rigorismo excesivo. No se ha atendido a que dicha decisión —que comportaba para la parte la carga de provocar un acto administrativo susceptible, en su caso, de impugnación ante otro orden jurisdiccional— al dejar imprejuizado y sin control judicial en el orden penal un determinado aspecto de la medida cautelar controvertida —en este caso su cuantificación— suponía frustrar la finalidad perseguida por las reformas de las leyes 7/2012 y 34/2015 de garantizar de manera inmediata el control del orden jurisdiccional penal sobre cualquier pretensión deducida respecto de las medidas cautelares adoptadas por la Agencia Tributaria en garantía de las eventuales responsabilidades pecuniarias que se deriven de la comisión de un delito contra la hacienda pública, una vez que se hubiera dado comienzo a dicho proceso penal».

(32) Otro apunte a este precepto ha de hacerse desde la órbita competencial. A la hora de identificar la materia en la que se inserta esta cuestión, y dado que la adopción de medidas cautelares se postula como un ejercicio de la potestad jurisdiccional, el título prevalente es el de legislación procesal del art. 149.1.6 CE (STC 162/2012). No obstante, las dos modificaciones del art. 81.8 LGT —recordemos, Ley 7/2012 y Ley 34/2015— se amparan en otros títulos sectoriales, a diferencia de lo que ocurre al incorporar el nuevo precepto a la LECrim.

visto para los procesos penales y va dirigida a implantar una medida precautoria que garantice el cobro de la deuda en caso de eventual condena; y c) el acuerdo debe ser ratificado por el juez de instrucción, tras lo que adquiere el control absoluto sobre su modificación o eliminación. Estas características son extrapolables a la facultad investigadora de la Disposición Adicional decimonovena de la LGT.

Ha de descartarse que estemos ante un supuesto excepcional por razón de la materia que permita subvertir los principios constitucionales. Como recuerda RODRÍGUEZ-BEREIJO LEÓN (33), el Tribunal Constitucional habilita al legislador a establecer a favor de la Administración las potestades necesarias y adecuadas para hacer efectivo el cobro de las deudas tributarias, y así lo dijo en la STC 76/1990, de 26 de abril (34), pero siempre con respeto a los principios y derechos constitucionales. Tal es así que la STC 255/2004, de 22 de diciembre, anuló por desproporcionada una medida tributaria dirigida a reducir el fraude fiscal (35) porque «es evidente que el hecho de que el fin sea constitucionalmente legítimo no significa que también lo sean los medios concretos utilizados para alcanzarlo» (FJ 6).

Por tanto, la cuestión a dilucidar aquí, y a la que ha querido enfrentarse el TC, reside en determinar si la adopción de medidas cautelares

(33) RODRÍGUEZ-BEREIJO LEÓN, M., «Las medidas cautelares de aseguramiento en los procedimientos tributarios», en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 26, 2012-II, pág. 22.

(34) Dice el FJ 3: «la lucha contra el fraude fiscal es un fin y un mandato que la Constitución impone a todos los poderes públicos, singularmente al legislador y a los órganos de la Administración tributaria. De donde se sigue asimismo que el legislador ha de habilitar las potestades o los instrumentos jurídicos que sean necesarios y adecuados para que, dentro del respeto debido a los principios y derechos constitucionales, la Administración esté en condiciones de hacer efectivo el cobro de las deudas tributarias». Se reitera en SSTC 46/2000, de 17 de febrero, FJ 6; 194/2000, de 19 de julio, FJ 5; 255/2004, de 22 de diciembre, FJ 5); y 233/2005, de 26 de septiembre, FJ 5. La STC 194/2000, de 19 de julio, que «El legislador puede perseguir esta finalidad mediante medidas de carácter tributario de muy diversa índole, cuya legitimidad ha sido declarada por este Tribunal en múltiples ocasiones, (...) Con todo, es evidente, que el hecho de que el fin sea constitucionalmente legítimo no significa que también lo sean los medios concretos utilizados para alcanzarlo. Por ello, tanto si se adoptan medidas de carácter tributario como si se recurre a medidas sancionadoras deberán respetarse los preceptos constitucionales aplicables a cada una de estas figuras y, en especial, los principios del art. 31.1 CE respecto de las primeras y los arts. 25 y 24 CE respecto de las segundas» (FJ5).

(35) En este caso, el TSJPV elevó una cuestión de inconstitucionalidad contra el art. 19.2 b) de la Ley 44/1978, de 8 de septiembre, del impuesto sobre la renta de las personas físicas al establecer, en su opinión, una discriminación irrazonable, que luego confirmó el Alto Tribunal, al autorizar la deducción variable en los supuestos de tributación conjunta únicamente cuando las fuentes de renta de los miembros de la unidad familiar sean ajenas al círculo familiar, y no así cuando exista una transferencia de rentas de un miembro de la unidad familiar a otro, bien por razón de un trabajo dependiente bien con ocasión de la realización de actividades económicas. Esta medida, como afirma el abogado del Estado, se dirige a evitar la artificiosa transferencia de rentas entre los diversos miembros de la unidad familiar o la simulación de gastos deducibles «o, lo que es lo mismo, la lucha contra el fraude fiscal» (FJ 5).

penales supone, tal y como denuncia la doctrina que ha estudiado este art. 81.8 LGT, la sustracción en favor de la administración tributaria de competencias que han de corresponder en exclusiva al orden penal por suponer el ejercicio de «jurisdicción». Es pertinente recordar que etimológicamente esta palabra tiene su origen en *ius dicere* o declarar el derecho.

Desde luego, no es tarea sencilla ni pacífica conformar los límites del art. 117.3 CE. Se ha de partir, como advertía RODRÍGUEZ PORTUGUÉS (36), de que la reserva del ejercicio de la potestad jurisdiccional no debe equipararse con toda actividad judicial: lo jurisdiccional y lo judicial no coinciden necesariamente.

El precepto, de forma extraña a nuestra tradición jurídica, otorga a la administración tributaria unas extraordinarias atribuciones en el proceso penal para las que ni siquiera está capacitado, al menos actualmente, el Ministerio Fiscal, cuyo papel se limita en estos casos a elevar al juez la solicitud de su adopción. Así, la administración tributaria se inmiscuye en el proceso judicial para adoptar una decisión accesoria al fondo del asunto.

Nos encontramos ante el ámbito, que, como SANTOS VIJANDE nos advertía, ha sido obviado por los distintos criterios doctrinales en la configuración del principio de reserva de jurisdicción, cual es el de las decisiones que forman parte del proceso jurisdiccional que no aplican irrevocablemente el derecho, pero que, aunque esencialmente revocables y desprovistas de fuerza de cosa juzgada, son necesarias a tal fin.

Efectivamente, la medida cautelar del art. 81.8 LGT no es la resolución última del proceso, ni supone una declaración del derecho aplicable al caso (37). Pero también es cierto que desempeña un gran protagonismo en el marco del proceso, como ya reconoció la STC 238/1992, que atribuyó a estas medidas «una incidencia directa e inmediata en los derechos e intereses legítimos del afectado y puede causar la pérdida irreversible de tales derechos e intereses incluidos sin duda en el ámbito del art. 24.1 CE» (FJ 4). Así, «la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares adecuadas que aseguren el efectivo cumplimiento de la reso-

(36) RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, Manuel, «Reserva de jurisdicción y libertad del legislador para optar entre penas y sanciones administrativas», en *Revista de Administración Pública*, núm. 208, 2019, pág. 158.

(37) Hay que apuntar que la adopción de las medidas cautelares han de estar siempre precedidas de un juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad (STC 28/2020) en el que se valore, cuando menos, la existencia de un *fumus boni iuris* (debe recordarse que los tres requisitos tradicionales para la imposición de medidas cautelares son la existencia de *fumus boni iuris*, el *periculum in mora* y el otorgamiento de caución) o, en términos procesales penales, de indicios de criminalidad (art. 586 LECrim). Desde luego, sin prejuzgar el fondo, y aunque cada vez tiene menos peso esta variable, la decisión de adoptar una medida cautelar requiere de un cierto juicio provisional favorable sobre el derecho aplicable al caso (art. 727.6 LEC).

lución definitiva que recaiga en el proceso» (STC 218/1994, de 10 de febrero, FJ 7).

Cabe colacionar en este punto que el Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea y que, conforme al art. 86.3 TFUE, da cobertura al Anteproyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal, por el que se pretende dotar a la Fiscalía de las facultades de instrucción de procesos penales, donde se incluye la adopción de medidas cautelares, si bien con la intervención puntual de un juez de garantías para autorizar aquellas que afecten a derechos fundamentales. El Informe del Consejo General del Poder Judicial (38), favorable al anteproyecto, concluye (apartados 48 a 53) que no se produce vulneración del art. 117.3 CE, ya que queda a salvo la garantía institucional de la Constitución que exige la presencia de «un tercero en posición de imparcialidad y superioridad a quien corresponde *adoptar la decisión final*» [el destacado es nuestro].

En todo caso, la STC 141/2021 no deja lugar a dudas: el art. 81.8 LGT, y con él su Disposición Adicional decimonovena, son conformes a la Constitución y a su art. 117.3, ya que el legislador *ha preservado a los jueces y tribunales la función de control de todo el sistema constitucional*.

Si sometemos este precepto al test de irreversibilidad avalado por la doctrina y el Tribunal Supremo, se confirma que esta decisión administrativa no es un ejercicio de jurisdicción, en cuanto que no aplica de forma definitiva el derecho al fondo y afecta a una cuestión accidental y de carácter preventivo. A la misma conclusión nos conducen las clasificaciones propuestas por MUÑOZ MACHADO, ya que ni se excluye todo control jurisdiccional en decisiones adoptadas directamente por la Administración en sustitución de los jueces (primer criterio), ni impide que los particulares ejerzan sus derechos procesales ante órganos jurisdic-

(38) De fecha 25 de marzo de 2021. Cfr. apartados, y disponible [en línea] en: <https://www.poderjudicial.es/portal/site/cgpj/menuitem.65d2c4456b6ddb628e635fc1dc432ea0/?vgnextoid=da175c672f5a8710VgnVCM1000006f48ac0aRCRD&vgnnextchannel=3548f0433c33b510VgnVCM1000006f48ac0aRCRD&vgnnextfmt=default&vgnnextlocale=es_ES> (consulta: abril 2021) Págs. 19 a 21. Especialmente interesante es el apartado 52 del Informe: «52.—Esta concepción del principio de exclusividad, en sentido positivo, permite entender como constitucionalmente posible que aquello que no consiste estrictamente en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado pueda quedar deferido a la competencia de órganos que no forman parte del Poder Judicial del Estado. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que la potestad jurisdiccional comprende no solo la labor del jurisdicente en sí misma, considerada en sus estrictos términos, sino también la garantía de los derechos fundamentales y, muy especialmente, del derecho a la tutela judicial efectiva. Con todo, la actividad jurisdiccional en garantía de derechos responde a una opción del legislador que no deriva directamente del principio constitucional de exclusividad, sino que es fruto de la distribución competencial entre los órganos de los poderes del Estado, articulada conforme al principio de colaboración».

cionales (tercer criterio), ni tampoco se atribuyen a la Administración la resolución de controversias o decisión sobre la legalidad de actos y resoluciones administrativas (quinto criterio).

Junto a ello, ese control directo por parte de un juez de la medida adoptada garantiza, según se deduce de la doctrina del Tribunal Constitucional y del Supremo, cualquier indefensión sobre los derechos fundamentales que pudiera padecer la actuación administrativa.

La Sala no ha visto conveniente elevar al Pleno la autocuestión de inconstitucionalidad prevista en el art. 55.2 LOTC, si bien, dados los amplios términos en los que se ha pronunciado, nada obsta a que reconsidere esta decisión en el caso de que un tribunal plantee cuestión de inconstitucionalidad sobre ese precepto confrontándolo con el art. 117.3 CE, aunque no parece que vaya a cambiar de criterio.

En todo caso, resulta muy peligrosa la potencial *vis expansiva* a otros procedimientos y jurisdicciones de esta excepción entre las, hasta este momento, exclusivas funciones del orden jurisdiccional penal. En mi opinión, si el legislador considera oportuno y proporcionado sustituir a jueces y tribunales en la toma de decisiones no jurisdiccionales en procesos judiciales, el órgano idóneo al que encomendar su adopción es el Ministerio Fiscal en virtud de las funciones que le otorga el art. 124.1 CE.

Bibliografía

- CARRERAS MANEROS, O., y DE MIGUEL ARIAS, S., «Las modificaciones operadas por la Ley 34/2015 en relación con la adopción de medidas cautelares tributarias en el ámbito penal», en *Actas del IV encuentro de derecho financiero y tributario* (1.ª parte), Ed. Instituto de Estudios Fiscales, 2016, págs. 29-38.
- DELGADO SANCHO, C.D., «La supresión de la prejudicialidad penal en el delito contra la Hacienda Pública», en *La ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, núm 131, 2018, disponible [en línea]: <<https://diariolaley.laleynext.es/content/Documento.aspx?params=H4slAAAAAAAAEAMtMSbH1czUwMDA0M7AwNjRWK0stKs7Mz7M1MjC0MDA1NFBLTCrOzyktSQ0tyrQNKSpNBQCMZqSSMgAAAA==WKE>> [Consulta: abril 2021].
- DONCEL NÚÑEZ, S.L., «Sobre las medidas cautelares de la Ley General Tributaria en procesos por delito contra la hacienda pública», en *Revista de Derecho UNED*, núm. 15, 2014, págs. 149-172.
- DÍAZ LÓPEZ, J.A., *Medidas cautelares tributarias en el proceso penal: el artículo 81.8 LGT*, Ed. Francis Lefebvre, Colección Cuadernos de Defensa Tributaria, 2019.
- LÓPEZ LUBIÁN, J. I., «Primer análisis de las medidas contra el fraude fiscal contenidas en la Ley 7/2012, de 29 de octubre», *RCT*, núm. 357, 2012.

- MARINA JALVO, B., «Las medidas provisionales administrativas. Novedades incorporadas por el artículo 56 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas», en *RVAP*, núm. 109-I. Septiembre-Diciembre 2017, págs. 163-188.
- MARTÍNEZ LAGO, M.A., «Regularización tributaria en tiempos de crisis y nuevas medidas para la prevención del fraude fiscal», en *XXVII Seminario Gallego de Estudios Tributarios*, Vigo, 21 de septiembre de 2012, documento depositado en el archivo institucional E-Prints Complutense y disponible [en línea] en: <<https://eprints.ucm.es/22673/>> [Consulta: abril 2021].
- MARTÍNEZ MUÑOZ, Y., «Las medidas cautelares en procesos por delito fiscal y el principio de no concurrencia de sanciones tributarias», en *Crónica Tributaria (IEF)*, núm. extra 2, 2013, págs. 17-23.
- MORENO CATENA, V., «La dudosa constitucionalidad de las medidas cautelares ordenadas por la Agencia Tributaria durante el proceso penal», en *Diario La Ley*, núm. 8331, de 12 de junio de 2014.
- MUÑOZ MACHADO, S., *La reserva de jurisdicción*, La Ley, Madrid, 1989.
- *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Tomo III, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015.
- PARRA BENÍTEZ, F., «Breves reflexiones sobre las medidas cautelares tributarias en los procesos penales tras la reforma operada en el artículo 81.8 de la LGT por la Ley 7/2012, de 29 de octubre», en *Tribuna Fiscal: Revista Tributaria y Financiera*, núm. 266, 2013.
- PELÁEZ MARTOS, J. M.^a, y SANTOLAYA BLAY, M., *Comentarios a la lucha contra el fraude fiscal y el régimen sancionador de la Ley 7/2012*, CISS, Valencia, 2013.
- REBOLLO PUIG, M., «Medidas provisionales en el procedimiento administrativo», en *AAVV, Estudios en Homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, Ed. Civitas SA. Madrid 1993, Tomo I, págs.662-665.
- RODRÍGUEZ-BEREIJO LEÓN, M., «Las medidas cautelares de aseguramiento en los procedimientos tributarios», en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 26, 2012-II, págs. 17-38.
- «Las medidas cautelares de aseguramiento en los procedimientos tributarios», en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 26, 2012.
- RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, Manuel, «Reserva de jurisdicción, potestad reglamentaria y propiedad intelectual. En torno a las sentencias del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2013, sobre la denominada "Ley Sinde"», en *Revista de Administración Pública*, núm. 192, 2013, págs. 231-256.
- «Reserva de jurisdicción y libertad del legislador para optar entre penas y sanciones administrativas», en *Revista de Administración Pública*, núm. 208, 2019, págs. 151-178.
- RUIZ GARCÍA, J. R., «Hacia un nuevo marco para las relaciones entre el procedimiento de inspección tributaria y el proceso penal por delito contra la Hacienda Pública», en *Estudios financieros. Revista de Contabilidad y Tributación: Comentarios, Casos Prácticos*, núms. 365-366, 2013.

- SÁNCHEZ PEDROCHE, J.A., «Primeras y preocupantes impresiones sobre el anteproyecto de Ley de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria para la lucha contra el fraude», en *Quincena Fiscal*, núm. 11, 2012, págs. 101-124.
- «Modificaciones operadas en la LGT por la Ley 7/2012, de prevención y lucha contra el fraude», en *Estudios Financieros. Revista de Contabilidad y Tributación: Comentarios, Casos Prácticos*, núm. 359, 2013, págs. 147-196.
 - «La reforma parcial de la Ley General Tributaria operada por la Ley 34/2015», en *Centro de Estudios Financieros, CEF*, disponible [en línea] en <https://www.fiscal-impuestos.com/sites/fiscal-impuestos.com/files/reforma-ley-general-tributaria-ley-34-2015_c_s.pdf> [Consulta: abril 2021].
- SANTOS VIJANDE, J.M., «*De Iurisdictione*», en *Anuario de la Facultad de Derecho*. Universidad de Extremadura, núm. 33, 2017, págs. 1-24.
- URIOL EGIDO, C., *Las medidas cautelares que aseguran el cobro de la deuda tributaria en los procedimientos de aplicación del tributo*, Tesis doctoral dirigida por Aparicio Pérez y Martín Queralt, Universidad de Oviedo, 2013.



El uso obligatorio de las mascarillas y su afectación a los derechos fundamentales en el Tribunal Supremo

The mandatory use of face protection masks and its impact on fundamental rights in the Supreme Court

IÑAKI SERRANO LASA

Doctor en Derecho
Eusko Jauriaritza – Gobierno Vasco
i-serranolasa@euskadi.eus

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.120.2021.09>

LABURPENA: COVID-19aren birusak eragindako izurriari aurre egiteko aldarrikatutako gobernuaren neurrietako bat aurpegiko babes-maskaren erabilera orokorra ezartzea izan zen. Auzitegi Goreneko Administrazioarekiko Auzien III. Salaren Laugarren atalak, 2020ko azaroaren 20ko eta abenduaren 17ko epaien bidez, oinarrizko eskubideak babesteko prozedura bereziaren bitartez jarritako administrazioarekiko bi auzi-errekurtso ezetsi zituen, eta ukatu egin zuen Osasun Ministerioaren maiatzaren 19ko 422/2020 Aginduak, haien erabilera arautzekoak, errekurtsogileen oinarrizko eskubideak urratzen zituenik. Aitzitik, Goi Auzitegiak iritzi zion birusaren hedapenaren gaineko ezagutza aintzat hartuta, maskara nahitaez erabiltzea neurri legitimoa, beharrezkoa eta neurritzkoa zela guztion osasuna babesteko interes orokorraren xedea lortzeko, zeina interes partikularren gainetik gailentzen den.

Lan honek epaien balorazio kritikoa egitea du xedetzat, edukiaren ikuspegi formal eta material batetik begiratuta, auzia distira handirik gabe ebatzi baitute. Horretarako, aurretiaz, azaletik aztertu dugu larrialdi sanitarioan oinarrizko eskubideak bermatzea zaintzen duen esparru judiziala, bai eta maskaren erabilera orokorraren neurriaren arau-testuingurua ere. Egoerak aitzakia gisa balio digu gure go-goeten esparrua aztergai dugun gai nagusiari lotutako interes juridikoko zenbait alderditara zabaltzeko, eta, halaber, azken balorazio batzuk egiteko, bereziki nahitaezko neurri honen arrazoizkotasunari buruzkoak.

HITZ GAKOAK: Covid-19a. Oinarrizko eskubideak. Neurri sanitarioak. Auzitegi Gorena. Zuhurtasun-printzipioa. Proporzionaltasun-printzipioa.

ABSTRACT: One of the governmental measures promulgated to cope with the epidemic provoked by COVID-19 virus was the application of the generalized use of the face protection masks. The Fourth Section in the Contentious-Administrative Chamber by the Supreme Court by means of judgments from November 20th and December 17th dismissed some contentious-administrative appeals lodged according to the special process for the protection of fundamental rights, denying

that the Order by the Health Ministry 422/2020 of May 19th that rules their use, had violated the appellants fundamental rights. On the contrary, the High Court considered that in the state of knowledge of the dissemination of the virus, the mandatory use of face protection masks was a legitimate measure in order to achieve the general goal of health protection overriding other particular interests.

This work aims at critically assessing the judgments, as from a formal an material perspective they sort out the dispute with little brilliance. For that, we briefly explore the judicial framework that ensures guarantees of fundamental rights during health emergency, and also the legal context of the mandatory generalized use of face protection masks. The juncture shall be a pretext for broadening the field for reflecting on some of the aspects of legal interest related to the main issue studied, as well as for providing a final assessment, in particular, on the reasonableness of such a compulsory measure.

KEYWORDS: Covid-19. Fundamental Rights. Health measures. Supreme Court. Precautionary principle. Principle of proportionality.

RESUMEN: Una de las medidas gubernamentales promulgada para hacer frente a la epidemia causada por el virus COVID-19 fue la imposición de la utilización generalizada de las mascarillas faciales de protección. La Sección Cuarta de la Sala III de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo mediante las sentencias de 20 de noviembre y 17 de diciembre de 2020 desestimó sendos recursos contencioso-administrativos interpuestos a través del procedimiento especial de protección de derechos fundamentales, negando que la Orden del Ministerio de Sanidad 422/2020, de 19 de mayo, reguladora de su utilización vulnerase los derechos fundamentales de las personas recurrentes. Por el contrario, el Alto Tribunal consideró que, en el estado de conocimiento de propagación del virus, el uso obligatorio de la mascarilla constituía una medida legítima, necesaria y proporcional para alcanzar el fin de interés general de protección de la salud de todos, el cual prevalece sobre los intereses particulares.

Este trabajo tiene por objeto realizar una valoración crítica de estas sentencias, en tanto que desde una perspectiva material de contenido y formal, despachan el litigio sin demasiada profundidad ni brillantez. Para ello, con carácter previo exploramos de forma somera el marco judicial que vela por la garantía de los derechos fundamentales en la emergencia sanitaria, así como el contexto normativo de la medida del uso generalizado de mascarillas. La coyuntura nos sirve de pretexto para ampliar el campo de nuestras reflexiones hacia una serie de aspectos de interés jurídico conexos, además de para aportar unas valoraciones finales sobre la cuestión, en particular, sobre la razonabilidad de dicha medida obligatoria.

PALABRAS CLAVE: Covid-19. Derechos fundamentales. Medidas sanitarias. Tribunal Supremo. Principio de precaución. Principio de proporcionalidad.

Trabajo recibido el 14 de abril de 2021

Aceptado por el Consejo de Redacción el 21 de mayo de 2021

Sumario: I. El control judicial de las restricciones a las libertades y derechos fundamentales en la pandemia.—II. El contexto normativo del uso de las mascarillas.—III. El contenido de las sentencias de 20 de noviembre y 17 de diciembre de 2020 del Tribunal Supremo.—IV. Una valoración crítica de las sentencias del Tribunal Supremo. V. Otras decisiones judiciales en el ámbito internacional.—VI. El principio de precaución con las personas menores.—VII. La legislación anti-mascaras.—VIII. Conclusiones finales.

I. El control judicial de las restricciones a las libertades y derechos fundamentales en la pandemia

El estado de alarma, modalidad específica del Derecho de excepción previsto en la Constitución(1), ha constituido el marco y soporte jurídico principal de las medidas de emergencia para afrontar la crisis sanitaria del Covid-19. La declaración del estado de alarma por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, acordada por el Gobierno y refrendada por el Congreso de los Diputados, permitió la adopción de disposiciones por parte de los poderes públicos que podrían suponer limitaciones o restricciones al ejercicio de los derechos fundamentales de las personas; no así la suspensión de tales derechos, puesto que ello requeriría la declaración del estado de excepción, vinculado comúnmente a graves alteraciones de orden público(2).

De algún modo, el estado de alarma se erige en el instrumento para hacer explícita la máxima «*salus populi suprema lex est*» o primacía del respeto a la vida y la salud sobre otros derechos ponderados(3), en la medida en que, de acuerdo con el ordenamiento y la jurisprudencia constitucionales, los derechos fundamentales no son absolutos ni ilimitados y, en ocasiones, deben ceder en su confrontación con otros bienes y derechos constitucionalmente reconocidos (SSTC 91/1983, 193/2011). En este caso, las medidas preventivas y restrictivas acordadas durante la pandemia persiguen la protección de los derechos relacionados con la salud, en concreto, el derecho a la vida y la integridad física (art. 15 CE), y la tutela de la salud pública (art. 15 y 43 CE); si bien, en la práctica, re-

(1) Arts. 55.1 y 116.2 CE, y desarrollada en la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio.

(2) En el momento de escribir estas líneas, el Tribunal Constitucional tenía pendiente de resolver todavía los recursos de inconstitucionalidad admitidos contra los estados de alarma, y, en su caso, podría anular los reales decretos de su declaración si estima que los recortes ordenados significaron la suspensión de derechos (sobre todo, en el caso del encierro domiciliario y de la prohibición de circulación), lo cual sólo podía haber tenido amparo en el estado de excepción.

(3) CARRILLO LÓPEZ, M., «Derechos de excepción y garantía de los derechos en tiempo de pandemia», en *Legebiltzarreko Aldizkaria-LEGAL-Revista del Parlamento Vasco* (1), 2020.

sulta indudable que las limitaciones impuestas han tenido afecciones sobre otros derechos fundamentales, como la libertad de circulación y desplazamiento (art. 19 CE), el derecho de reunión (art. 21 CE), la libertad religiosa y de culto (art. 16 CE), la protección de los datos personales (art. 18.4 CE), la educación (art. 27 CE) o los de ejercicio de actividades económicas.

Además, en virtud de la legislación general de sanidad y la legislación específica de emergencia sanitaria(4), con el fin de garantizar el control de brotes epidemiológicos y el riesgo de contagio, las autoridades sanitarias estatal y de cada comunidad autónoma tienen competencias para adoptar medidas preventivas de contención, incluidas las de intervención y limitación de actividades públicas y privadas, adecuándose al principio de proporcionalidad en el respeto de las libertades y derechos fundamentales.

Así pues, la gravedad de la situación reclamaba la adopción de medidas extraordinarias amparadas en una cobertura jurídica sólida y suficiente, pero también mecanismos eficaces de control jurídico y judicial que permitiesen el riguroso seguimiento de que las medidas limitativas de derecho obedeciesen a los principios de intervención mínima, proporcionalidad y temporalidad(5).

Por una parte, los reales decretos de declaración de estado de alarma —los instrumentos jurídicos que han avalado mayores restricciones de

(4) El marco de referencia legal para ello estaría constituido por la Ley Orgánica 3/1986, de medidas especiales en materia de Salud Pública en especial, al amparo del art. 3-; la Ley 14/1986, General de Sanidad —en especial, por el art. 26—; y la Ley 33/2011, General de Salud Pública —en especial, por el art. 54—, así como las leyes de salud pública de las comunidades autónomas. El propio Defensor del Pueblo, en su informe *Actuaciones ante la pandemia de Covid-19*, preparada con motivo de su comparecencia ante la Comisión Mixta de las Cortes Generales de Relaciones con el Defensor del Pueblo de 26 de noviembre, admite que en esta situación concreta de grave riesgo para la salud pública, no hay necesidad de acudir a la excepcionalidad constitucional que implica la declaración de un estado de alarma, sino que la legislación existente puede permitir a las autoridades sanitarias la adopción de medidas que limiten derechos fundamentales para proteger la salud de la población.

(5) La *Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de noviembre de 2020, sobre el impacto de las medidas relacionadas con la COVID-19 en la democracia, el Estado de Derecho y los derechos fundamentales (2020/2790(RSP))*, recuerda que «incluso en un estado de emergencia pública, deben prevalecer los principios fundamentales del Estado de Derecho, la democracia y el respeto de los derechos fundamentales, y que todas las medidas de emergencia, excepciones y limitaciones están sujetas a tres condiciones generales, las de necesidad, proporcionalidad en sentido estricto y temporalidad», a la par que considera crucial garantizar una supervisión judicial apropiada de las medidas —de carácter forzoso, proporcionado y temporal— adoptadas en el marco de la legislación de emergencia por los Gobiernos: «el control judicial interno, complementado por el control externo, sigue resultando fundamental, ya que los derechos a un juicio justo y a vías de recurso eficaces siguen en pie durante un estado de emergencia, de manera que las personas afectadas por las medidas de emergencia dispongan de vías efectivas de recurso en el supuesto de que las autoridades del Estado limiten sus derechos fundamentales y a fin de garantizar que el ejecutivo no abuse de sus competencias».

los derechos fundamentales(6)—, en razón de su valor o rango de ley material, quedan sometidos a la fiscalización del Tribunal Constitucional, a salvo de que los actos y disposiciones generales dictadas en su aplicación puedan impugnarse ante la jurisdicción contencioso-administrativa(7).

Por otra parte, fuera del paraguas del estado de alarma, la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA) contempla una garantía previa de las medidas adoptadas por las administraciones sanitarias que impliquen una limitación o restricción de otro derecho fundamental, y es que deben ser confirmadas mediante autorización o ratificación judicial por los tribunales contencioso-administrativos. En concreto, los arts. 8.6, 10.8 y 11.1. i) de la LJCA ordenan la competencia para autorizar o ratificar judicialmente medidas sanitarias urgentes que afectan a derechos fundamentales de la persona de la siguiente forma: los actos administrativos singulares que afecten a particulares concretos e identificados de manera individualizada se atribuyen a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo; los actos generales (destinadas a grupos de población, a una pluralidad de personas indeterminada) de las autoridades sanitarias de ámbito distinto al estatal (por ejemplo de las Consejerías autonómicas) se atribuyen a las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia; y los actos generales de la autoridad sanitaria estatal se atribuyen a la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional. Es decir,

(6) Hay autores que sostienen que, desde un punto de vista constitucional, debería haberse acudido al estado de excepción para contar con la garantía de la autorización previa de las Cortes Generales, dado que se ha producido una afectación real al contenido esencial de derechos fundamentales. Véase FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE MAYORDOMO, P., «Los derechos fundamentales en estado de alarma: una suspensión inconstitucional», en *RVAP*, núm. 119, Enero-Abril 2021.

(7) STC 83/2016, de 28 de abril (FJ. 11): «Ello no supone, como vienen a sostener los demandantes de amparo, que los citados Reales Decretos resulten inmunes a todo control jurisdiccional, sino que, al poseer rango y valor de ley, pese a revestir la forma de decreto, sólo cabe impugnarlos, de acuerdo con el modelo de jurisdicción de nuestro ordenamiento jurídico, ante este Tribunal Constitucional a través de los procesos constitucionales previstos en la Constitución y en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que tienen por objeto el control de constitucionalidad de las leyes, disposiciones y actos con fuerza o valor de ley [arts. 161 y 163 CE, 27.2 b) LOTC]. Sin perjuicio, como es evidente, de que los actos y disposiciones que puedan dictarse en su aplicación puedan impugnarse ante la jurisdicción ordinaria en cada caso competente (art. 3.2 de la Ley Orgánica 4/1981) y los órganos judiciales puedan, al enjuiciarlos, promover cuestión de inconstitucionalidad contra los actos, decisiones o resoluciones con valor de ley de los que son aplicación, cuando consideren que puedan ser contrarios a la Constitución (ATC 7/2012, FJ 3). Por consiguiente, la fiscalización por la jurisdicción constitucional de los Reales Decretos por los que se declara y se prorroga el estado de alarma no excluye, como no podría ser de otro modo, el control jurisdiccional por los Tribunales ordinarios de los actos y disposiciones que se dicten en su aplicación durante la vigencia del estado de alarma. Asimismo, las personas afectadas podrán interponer recurso de amparo constitucional, previo agotamiento de la vía judicial ordinaria, contra los actos y disposiciones dictados en aplicación de aquellos Reales Decretos cuando los estimen lesivos de derechos fundamentales o libertades públicas susceptibles de protección a través de este proceso constitucional, facultad que le confiere el art. 55.2 LOTC».

el órgano judicial debe efectuar un juicio de valoración de la urgencia, la necesidad, la idoneidad y proporcionalidad de las limitaciones propuestas por las administraciones públicas territoriales para lograr el fin perseguido de protección de la salud pública. Además, los tribunales deberán pronunciarse con carácter preferente y en un plazo máximo de 3 días naturales. En este punto, la nueva función pre-jurisdiccional atribuida a los tribunales superiores de justicia para realizar el control previo con anterioridad a la publicación de las órdenes de medidas de ámbito general en forma de dictamen vinculante no ha estado exenta de críticas (8).

El resto de las medidas sanitarias de lucha contra la pandemia que no impliquen restricción de derechos fundamentales pueden ser impugnados ante la jurisdicción contencioso-administrativa por los motivos generales de fiscalización (anulabilidad, nulidad, desviación de poder, etc.). Por ello, los preámbulos de las decisiones deben incluir una justificación suficiente de su absoluta e imperiosa necesidad, en atención a la situación y evolución epidemiológica y la evidencia científica de que su adopción contribuye a mejorar la situación sanitaria, pues la jurisdicción contencioso-administrativa anula las disposiciones restrictivas por motivo de omisión de justificación, justificación insuficiente o la desproporcionalidad de las medidas en relación con los resultados y la restricción de derechos que correlativamente imponen —por ejemplo, por acordarse para un ámbito geográfico excesivo o haber incurrido en excesos—.

No obstante, al margen de la tutela jurisdiccional del procedimiento contencioso-administrativo ordinario o genérico, por lo que se refiere a la protección de los derechos fundamentales y libertades públicas, en el marco del art. 53.2 CE, el ordenamiento jurídico español establece un plus de protección jurisdiccional para la defensa de determinados derechos fundamentales, consistente en la previsión de un procedimiento especial basado en los principios de preferencia y sumariedad con una simplificación de trámites y brevedad de los pasos, así como una mayor facilidad para obtener las medidas cautelares.

Este procedimiento especial de protección jurisdiccional de derechos fundamentales en el orden contencioso-administrativo —regulado por los

(8) Se introduce al poder judicial en el ejercicio de la potestad reglamentaria atribuido al poder ejecutivo, al órgano de gobierno de la Administración, y esa compartimentación entra en colisión con la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. En este sentido, COBREROS MENDAZONA, E. «Salud pública y tratamientos sanitarios obligatorios», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 93-94, 2021 (monográfico dedicado a: La vacunación contra el coronavirus), expone su difícil encaje respecto a la separación de funciones entre el ejecutivo y el judicial. Ante una medida de carácter general, el Tribunal Superior de Justicia tiene que pronunciarse sobre la licitud de la limitación de algún derecho fundamental, a instancias de la Consejería de Salud o del Gobierno autonómico; pero, si luego una persona interesada la recurre, tendrá que analizar, primero, el mantenimiento de su eficacia durante la tramitación del recurso (la medida cautelar que con toda probabilidad se habrá solicitado) y, finalmente, resolver sobre la legalidad de fondo.

arts. 114 y ss. LJCA— tiene un objeto limitado, ya que solo permite enjuiciar la conculcación de los derechos comprendidos en los artículos 14 a 29 de la Constitución y el de la objeción de conciencia del artículo 30, resultando inadecuado para tramitar pretensiones que no tengan relación con los derechos fundamentales citados (9).

La jurisprudencia ha calificado este proceso de excepcional, distinto del ordinario por la distinta naturaleza de los bienes jurídicos protegibles, en el que, por su carácter excepcional, no cabe introducir cuestiones de legalidad ordinaria, sino sólo el examen de si se han infringido los derechos y libertades constitucionales invocados, sin perjuicio de solicitar la justicia cautelar de suspensión. Precisamente, las sentencias del Tribunal Supremo objeto de examen se pronuncian en esta circunstancia procedimental judicial.

II. El contexto normativo del uso de las mascarillas

De acuerdo con lo establecido en el artículo 4.3 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma, el Ministro de Sanidad quedaba habilitado para dictar las órdenes, resoluciones, disposiciones e instrucciones interpretativas que, dentro de su ámbito de actuación como autoridad delegada, fuesen necesarias para garantizar la prestación de todos los servicios, ordinarios o extraordinarios, en orden a la protección de personas, bienes y lugares, mediante la adopción de cualquiera de las medidas previstas en el artículo 11 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio. Así, en virtud del citado art. 4.3, el Ministro de Sanidad dictó la Orden SND/422/2020, de 19 de mayo, para regular el uso generalizado de mascarillas por parte de la población para reducir la alta transmisión comunitaria del SARS-CoV2, justificando que el uso de mascarillas es preciso no solo por la alta transmisibilidad del virus, sino también por tratarse de una barrera de bloqueo para la emisión de gotas infectadas cuando no es posible mantener la distancia de seguridad. Concretamente, mediante la Orden se dispone, con carácter general, el uso obligatorio de mascarillas en personas de seis años en adelante en la vía pública, en espacios al aire libre, y en cualquier espacio cerrado de uso público o que se encuentre abierto al público, siempre que no sea posible mantener una distancia de seguridad interpersonal de al menos dos metros.

Esta Orden supuso un viraje de postura del Gobierno desde los primeros estadios de la crisis en la que no consideraba la necesidad de su

(9) STS de 17 de diciembre de 2009, STS de 10 de mayo de 2003 y la STC 143/2003, de 14 de julio.

uso, excepto para el colectivo de sanitarios (aun cuando todavía no se les pudo proveer de los recursos suficientes(10)). El texto legal justifica el cambio por la evolución de la crisis sanitaria que obliga a adaptar y concretar de manera continua las medidas adoptadas para asegurar la eficiencia de su gestión, y también se fundamenta en que la Organización Mundial de la Salud (OMS), en fecha 16 de abril de 2020, definió los principios a tener en cuenta a la hora de plantear el levantamiento de las medidas de desconfinamiento. Entre ellos, minimizar los riesgos en lugares con alto potencial de contagio, como lugares cerrados y lugares públicos donde se produce una gran concentración de personas.

En realidad, la nueva exigencia normativa se debió a la mejora del estado de producción y abastecimiento de productos necesarios para la protección personal, en particular de las mascarillas faciales. Hasta entonces no existían garantías suficientes de disponer de existencias para toda la población, y menos aún que el acceso a las mismas pudiera realizarse en condiciones económicas no abusivas.

Dicha Orden SND/422/2020, de 19 de mayo, perdió su vigencia cuando finalizó el primer estado de alarma, esto es, a partir del 21 de junio de 2020, pero el mantenimiento de determinadas medidas de prevención, entre ellas la del uso obligatorio de mascarillas en aquellos espacios en los que el riesgo para la salud fuese razonablemente evidente, como concreción del deber de autoprotección de los ciudadanos, continuó por medio 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 (convalidado por el Congreso de los Diputados el 30 de junio), el cual establecía el marco básico de prevención y control frente al virus para el período de nueva normalidad. A partir de esa disposición básica y al amparo de las leyes de salud pública, las administraciones competentes en materia de salud y los gobiernos autonómicos —las autoridades sanitarias estatal y autonómica—, han ido acordando sus propias disposiciones de prevención y control de la epidemia, en función de la correspondiente situación epidemiológica en sus territorios, sus características específicas y sus concretas necesidades.

Las disposiciones del Real Decreto-ley 21/2020 imponían a la población en general determinadas restricciones en las actividades, junto con obligaciones personales de cautela y autoprotección, dentro de las

(10) Tal y como declaró el propio Tribunal Supremo en la sentencia de 8 de octubre de 2020 —en procedimiento de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales—, donde estima parcialmente el recurso interpuesto por la Confederación Estatal de Sindicatos Médicos contra la inactividad del Ministerio de Sanidad en lo referente al incumplimiento del art. 12.4 del Real Decreto 463/2020, y declara que los profesionales sanitarios carecieron de los medios de protección necesarios, lo cual supuso un serio riesgo para los derechos fundamentales que les reconoce el art. 15 en relación con los arts. 43.1 y 40.2 de la Constitución.

cuales se hallan las medidas de prevención e higiene referidos al uso de mascarillas en el art. 6 —ampliando el deber configurado en la Orden SND/422/2020 al exigirlo en los espacios en que no resulte posible garantizar el mantenimiento de una distancia de seguridad interpersonal de 1,5 metros (frente a los 2 metros de la Orden previa)—. En su extensa exposición de motivos —y con un notable ejercicio de fundamentación si se pone en relación con la Orden SND/422/2020—, el Real Decreto-ley explica que sus previsiones responden al derecho a la protección de la salud contemplado en el artículo 43 de la Constitución Española, y que las medidas resultan proporcionadas al bien público que se trata de proteger.

Teniendo en cuenta que este Real Decreto-ley se promulgó en el período intermedio fuera del marco del estado de alarma que inicialmente amparó la limitación de derechos fundamentales, hay que significar la parte en que justifica que en tanto real decreto-ley no incumple la prohibición del art. 86.1 CE de afectación a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título I de la Constitución. En este sentido, razona que ninguna de las medidas del real decreto-ley afecta a dichas materias, ya que, conforme a la consolidada doctrina del TC, no regula el régimen general de los derechos contenidos en el título I de la CE(11). En cualquier caso, el propio hecho de que se regule por el real decreto-ley sin necesidad de tener vigente el estado de alarma puede considerarse como un signo evidente de que la obligación personal de las mascarillas no se entendía una limitación o restricción de los derechos fundamentales(12).

(11) Doctrina resumida en la STC 139/2016, de 31 de julio (FJ. 6): «1.º El artículo 86.1 CE impide que con el decreto-ley queden afectados los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título I CE, pero este Tribunal ha rechazado una interpretación extensiva de dicho límite que supondría el vaciamiento de la figura del decreto-ley, haciéndolo “inservible para regular con mayor o menor incidencia cualquier aspecto concerniente a las materias incluidas en el título I de la Constitución”; 2.º La cláusula restrictiva debe ser entendida de modo que no se reduzca a la nada la figura del decreto-ley, de suerte que lo que se prohíbe constitucionalmente es que se regule un régimen general de estos derechos, deberes y libertades o que vaya en contra del contenido o elementos esenciales de algunos de tales derechos (STC 111/1983, de 2 de diciembre, FJ 8, confirmada por otras posteriores); 3.º El Tribunal no debe fijarse únicamente en el modo en que se manifiesta el principio de reserva de ley en una determinada materia, sino más bien ha de examinar si ha existido “afectación” por el decreto-ley de un derecho, deber o libertad regulado en el título I CE, lo que exigirá tener en cuenta la configuración constitucional del derecho, deber o libertad afectado en cada caso e incluso su ubicación sistemática en el texto constitucional y la naturaleza y alcance de la concreta regulación de que se trate (...)».

(12) Si bien el mismo articulado en el art. 24 plantea que los servicios de salud de las Comunidades Autónomas deben realizar a todo caso sospechoso de Covid-19 una prueba diagnóstica por PCR (Reacción en Cadena de la Polimerasa) u otra técnica de diagnóstico molecular, tan pronto como sea posible desde el conocimiento de los síntomas. La realización de pruebas diagnósticas PCR, tal y como por ejemplo razona la Sentencia 594/2020, de 28 de agosto, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, sí pudiera conllevar una limitación del derecho a la intimidad personal, aunque era autorizada judicialmente por tratarse de una medida adecuada y necesaria.

Con posterioridad, el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el segundo estado de alarma en todo el territorio nacional para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2 —previamente, estuvo vigente un estado de alarma circunscrito solamente a la Comunidad Autónoma de Madrid—, vuelve a referirse a las limitaciones de derechos fundamentales, concretándolos en sus arts. 5 a 11: limitación de la libertad de circulación de las personas en horario nocturno, limitación de la entrada y salida en las comunidades autónomas y ciudades con Estatuto de autonomía, limitación de la permanencia de grupos de personas en espacios públicos y privados... Asimismo, habilita a los presidentes de las Comunidades Autónomas como autoridades competentes delegadas para dictar órdenes, resoluciones y disposiciones para la aplicación de lo previsto en los arts. 5 a 11, para lo cual les exime del deber de solicitar la ratificación judicial prevista en la LJCA(13).

En la práctica, el uso obligatorio de mascarillas es una regla que ha sido ordenada por disposiciones autonómicas y ordenanzas municipales, incluso de una forma más exigente a la normativa estatal, exigiéndola con independencia de la distancia de seguridad interpersonal de 1,5 metros.

Así, por ejemplo en el País Vasco, mediante la Orden de 28 de julio de 2020 de la Consejera de Salud, y mediante, el Decreto 36/2020, de 26 de octubre, del Lehendakari, se ordena su utilización con independencia de la distancia interpersonal, tanto cuando se esté en la vía pública y en espacios al aire libre como cuando se esté en espacios cerrados de uso público o que se encuentren abiertos al público, «y se pueda concurrir en el mismo espacio con otras personas» (14), tratándose de una medida que no ha sido sometida a ratificación judicial del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, aparentemente dando por hecho que no afecta a derechos fundamentales (15).

(13) Esta técnica jurídica difiere de la utilizada en la primera declaración de estado de alarma donde la Disposición Final 1.º del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, ratificó ex-post todas las disposiciones y medidas adoptadas previamente por las autoridades competentes de las comunidades autónomas y entidades locales.

(14) Esta última puntualización no prevista en las otras comunidades autónomas resulta contradictoria, ya que tomando su tenor literal puede llegar a interpretarse que, en ausencia de otras personas en la proximidad, no existe el deber.

(15) El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco desestimó las medidas cautelares propuestas por la Asociación de Consumidores ACUS al impugnar las órdenes de la Consejera de Salud del Gobierno Vasco de julio y agosto, en fase de aumento de positivos por Covid-19 y que mantenían el uso de las mascarillas en espacios abiertos y cerrados. El TSJPV considera que los argumentos de los actores no son suficientes para evidenciar un interés particular que pueda enervar el interés público prevalente, y aunque presentaron el testimonio de dos facultativos contrarios a la utilización generalizada de la mascarilla, sus tesis son «frontalmente contrarias a la realidad social y ayunas de respaldo científico». *A sensu contrario*, calificaba de irreparables o difícilmente reparables los daños que pudiesen resultar de la suspensión de la obligatoriedad de utilizar la mascarilla.

Siguiendo la cronología legislativa, posteriormente en el ámbito estatal se aprobará la Ley 2/2021, de 29 de marzo, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19 —conocida como «ley de nueva normalidad»— que establece de forma anacrónica las medidas sanitarias de protección una vez expirada la vigencia del primer estado de alarma y superadas las fases del proceso de desescalada. La Ley mantiene en su art. 6 el uso obligatorio de mascarilla en la vía pública, en espacios al aire libre y en espacios cerrados de uso público o que se encuentren abiertos al público, aunque elimina el inciso en el que se condicionaba el uso a la existencia de una distancia inferior a un metro y medio del resto de personas, a raíz de una enmienda aprobada durante la tramitación del texto en el Senado recogiendo y reproduciendo el requerimiento más duro vigente en la mayoría de las legislaciones autonómicas.

III. El contenido de las sentencias de 20 de noviembre y 17 de diciembre de 2020 del Tribunal Supremo

Tanto el recurso contencioso-administrativo núm. 140/2020 como el núm. 128/2020 solicitan la nulidad de la Orden SND/422/2020, llegando la Sección Cuarta de la Sala III de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en las sentencias de 20 de noviembre —Sentencia 1569/2020— y 17 de diciembre de 2020 —Sentencia 1796/2020— a la conclusión de que ningún derecho fundamental se ha visto conculcado por la imposición del uso generalizado de mascarilla (16).

De acuerdo con lo expuesto por la primera Sentencia de 20 de noviembre de 2020 sobre el asunto, el recurrente en su argumentación reputa las medidas impuestas como actos médicos que deben ser objeto de prescripción médica individualizada. Sostiene además que no están debidamente justificadas en base al riesgo para la salud pública, porque en dicho momento no había colapso sanitario generalizado, advirtiendo de que hay recursos suficientes habiendo camas UCI sin usar en los hospitales privados. A su parecer, las órdenes ministeriales vulneran los siguientes derechos fundamentales de la Constitución Española:

(16) Además, en el primero de los recursos, se solicitó la nulidad de la también orden ministerial SND/458/2020, de 30 de mayo, para la flexibilización de determinadas restricciones de ámbito nacional establecidas tras la declaración del estado de alarma en aplicación de la fase 3 del Plan para la transición hacia una nueva normalidad, en particular, por lo que se refiere a las medidas de distanciamiento social. No obstante, el Tribunal Supremo declaró la inadmisión del recurso frente a la citada Orden 458/2020, por falta de legitimación activa del recurrente, puesto que no residía entre las unidades territoriales en las que se aplicaba «en sentido estricto» la Orden —concretamente entre las islas sujetas a la aplicación relacionadas en el Anexo—.

- Vulneración del derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE), al impedirle obtener inmunidad individual y grupal mediante el contagio, y en cambio exponerle a las contraindicaciones asociadas al uso continuado de las mascarillas.
- Vulneración del derecho al honor y la propia imagen (art. 18 CE), porque debido a su deseo de contagiarse y su postura contraria a la mascarilla, se le hace parecer socialmente irresponsable e insolidario.
- Vulneración de la libertad individual (art. 17 CE), porque se le niega la libertad de conciencia, la falta de consentimiento como paciente y el derecho a la información (art. 20 CE).
- Vulneración del derecho de reunión (art. 19 CE) y libertad de circulación (art. 21 CE), como consecuencia de las medidas de distanciamiento social que limitan la circulación y agrupación de personas.

Como cuestiones procesales previas, en primer término, el Tribunal Supremo declara que no se ha producido una pérdida sobrevenida del objeto del recurso por el hecho de que la Orden haya perdido su vigencia al finalizar el estado de alarma (el 21 de junio de 2020), tal y como esgrimió la Abogacía del Estado, ya que la disposición impugnada ya ha surtido efectos, y en este proceso especial se enjuicia si los actos hubieran podido causar una lesión de derechos fundamentales durante la vigencia de la norma, siendo el objeto del mismo declarar o rechazar que se haya producido tal hecho. Esto es, si bien la sentencia estimatoria sólo podría tener alcance declarativo, ello no hace innecesario un pronunciamiento judicial. Conjuntamente, el TS recuerda que, en aquel momento, el uso obligatorio de mascarillas goza de cobertura superior a una norma reglamentaria, en virtud del art. 6 del Real Decreto-Ley 21/2020.

Por lo que se refiere propiamente al fondo del examen de las posibles afecciones a los derechos fundamentales⁽¹⁷⁾, en cuanto al derecho a recibir información veraz, los magistrados destacan que la demanda no menciona que se haya vulnerado el acceso rápido a los datos de la pandemia y a su calidad, ni tampoco a la necesidad de información fiable de los poderes públicos para enfrentarse a la situación. Por ello, el Tribu-

(17) Sobre la planteada incompetencia de la Sala para conocer medidas cubiertas por la declaración del estado de alarma y de la subsiguiente afección a los derechos de reunión y libertad de circulación, sostiene el Supremo que, en consonancia a sus autos precedentes, la limitación de derechos mediante el confinamiento no puede ser examinada por esta jurisdicción dada la naturaleza de la norma que declaró el estado de alarma, un Real Decreto «con fuerza y valor de ley». Seguidamente, rechaza de plano la existencia de desviación de poder por seguir las recomendaciones de la OMS, ya que España pertenece a la OMS y es normal que el Ministerio de Sanidad asuma sus recomendaciones a pesar de que carezcan de fuerza vinculante, y sin que haya evidencias que el Ministerio las hubiera utilizado para un fin distinto del establecido por el ordenamiento jurídico.

nal concluye que el derecho a la información no ha sido conculcado en la persona del recurrente que se ha limitado a invocarlo unido al derecho a la libertad individual.

En lo que respecta a los derechos a la libertad individual en el ámbito de la integridad personal física y moral mediante el uso de la mascarilla, la Sala fundamenta que en la situación de pandemia mundial debe prevalecer el interés general de protección de la salud sobre el individual, es decir, el derecho a la vida de la mayoría de los ciudadanos sobre la pretensión individual de contraer el virus para adquirir inmunidad. Para ello, parte de la presunción de que las medidas adoptadas por los poderes públicos tienden a la supervivencia de la comunidad, y entre tales medidas se encuentra el uso generalizado de mascarillas como medida «barrera» de protección, que también han sido adoptadas por otros Estados miembros de la Unión Europea y muchos países del mundo, en base a diferentes informes de expertos y organizaciones nacionales e internacionales que recomiendan la utilización de las mascarillas. En tal sentido, es una medida de contención que resulta proporcional al fin buscado de proteger la salud de los ciudadanos en su globalidad, no siendo especialmente invasiva, ya que si bien existen posibles contraindicaciones (falta de oxígeno, eritemas, rinitis, etc.), los hipotéticos riesgos siempre serán menores que el beneficio de la prevención obtenida, sin perjuicio de que la normativa recoge la excepción del uso obligatorio en determinados casos.

Es en este punto donde reside el grueso de la fundamentación judicial: dado el objetivo constitucional de protección de la salud de todos (art. 43 CE), la disposición estatal que ordena el uso de mascarilla es legítima por mor de que, en el actual estado de conocimiento de propagación del virus, es necesaria y proporcionada como medida para contener su propagación.

A su vez, se afirma que no entra en juego la necesidad de recabar el consentimiento informado, requerido en virtud de la autonomía del paciente y el procedimiento diagnóstico desarrollado en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la Autonomía del Paciente, puesto que tal deber está previsto para situaciones ordinarias y no en situaciones extraordinarias, máxime cuando la finalidad de actuar de barrera y naturaleza de la intervención administrativa es notoriamente conocida sin que se evidencien riesgos generales por el uso de mascarillas.

Por último, en cuanto a la erosión del derecho al honor y a la propia imagen, como consecuencia de su rechazo al uso de las mascarillas, el TS considera que el reproche social es un efecto colateral no pretendido por la norma, y que, en consonancia con la doctrina constitucional, entra en el ámbito de la polémica, sin que ser receptor de crítica pueda calificarse de por sí como deshonroso.

El historial del supuesto litigioso no acabará ahí, ya que el recurrente promoverá incidente de nulidad de actuaciones contra la sentencia recaída, aduciendo la vulneración del derecho fundamental a un procedimiento con todas las garantías, es decir, el art. 24 CE de la tutela judicial efectiva, por no haberse valorado como prueba pericial el informe médico aportado, así como por incongruencia omisiva en la respuesta a las distintas vulneraciones de derechos fundamentales esgrimidas. Habiendo escuchado a la Abogada del Estado y al Ministerio Fiscal, la Sala considera que en realidad se pretende revisar la argumentación de la sentencia, y la falta en consideración de un informe médico no es suficiente para determinar un defecto de motivación, mientras que la toma en consideración de otros informes de organizaciones internacionales y nacionales estaba justificada. Por todo ello, mediante el Auto de 21 de enero de 2021, el TS desestima la solicitud de nulidad de actuaciones.

Por lo que respecta a la Sentencia posterior de 17 de diciembre de 2020, el Tribunal se ratifica en la posición que ya adoptó en la sentencia anterior de noviembre. Desde el principio, el TS advierte que el recurrente no desarrolla una argumentación precisa y razonada sobre qué derechos fundamentales habrían sido conculcados por la Orden, cuando el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales supone que en el mismo sólo puede discutirse sobre si se ha vulnerado algún derecho fundamental, no sobre cualquier otro reproche de ilegalidad o inconstitucionalidad que pudiera dirigirse a la actuación administrativa recurrida. Al parecer, el demandante se refería a un posible daño en su integridad moral que no llega a aclarar.

Los jueces pasan por encima de los defectos técnicos del recurso, «para disipar posibles malentendidos» y entran a examinar el fondo del asunto. Debido a la falta de concreción, el TS reproduce los contenidos de la anterior sentencia en relación con el análisis de la demanda desde el punto de vista de los derechos fundamentales. Aborda después las concretas alegaciones. En primer lugar, descarta que hubiese una falta de ponderación por parte de la norma recurrida y el Real Decreto de declaración del estado de alarma de los intereses y valores en juego, recordando la gravedad mundial de la pandemia y el uso de mascarillas como uno de los medios que concita «consenso universal» para hacerla frente.

A continuación, tampoco acepta el argumento de que el Gobierno procediese contra sus propios actos, a causa de que al inicio no fuese obligatorio el uso de la mascarilla. La Administración ha actuado en consonancia y en consecuencia a la evolución de los conocimientos médicos y epidemiológicos. Además, la lucha contra la epidemia no entendía de plazos de *vacatio*, de manera que la decisión impugnada debía ser de ejecución inmediata.

Respecto a los posibles riesgos para la salud, aun admitiendo que su uso puede resultar perjudicial para algunas personas, el TS añade que se puede excepcionar médicamente para estos supuestos, tratándose de una medida generalizada que evita un mal mayor.

En relación con este recurso contencioso-administrativo, hay que tomar nota de que, con carácter previo, la misma Sala y Sección del Tribunal Supremo, mediante el Auto de 27 de mayo de 2020, acordó denegar la medida cautelar *inaudita parte* de suspensión de la Orden SND/422/2020. En efecto, al interponer recurso, el interesado solicitaba la medida cautelarísima simultánea alegando la concurrencia de circunstancias de especial urgencia en el caso, ya que la orden recurrida «[...] produce de manera instantánea una pérdida de dignidad (art.10 CE), de derechos (art 15 CE) y libertades (art 20 CE) en los ciudadanos, concretamente en el demandante, que como sujeto sano no tiene la obligación de soportar puesto que no supone un riesgo para terceras personas». Pues bien, el Tribunal determinó que no concurría la situación de urgencia perentoria que hiciese imprescindible adoptar la medida cautelar sin audiencia de la parte contraria, y que no acreditaba en su situación personal las circunstancias específicas de protección del derecho fundamental.

En esta misma línea, otros autos de la jurisdicción contencioso-administrativa han denegado la medida cautelar de suspender las normas relativas a llevar mascarilla. En todos ellos, los tribunales realizan un juicio comparativo de los intereses implicados para determinar la preponderancia de unos sobre otros, y, en su consecuencia, deniegan la medida cautelar(18).

(18) Así, el Auto de 28 de septiembre de 2020 de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana deniega la suspensión cautelar de la norma autonómica que obliga a los niños a llevar mascarilla en los colegios. Los magistrados, sin prejuzgar el fondo del asunto, admiten que el uso continuado de la mascarilla puede tener «determinados inconvenientes» para los niños, pero señalan también que en el «estado actual del conocimiento científico» se presenta como una de las medidas preventivas que actualmente se conocen para reducir el riesgo de contagio, máxime atendiendo al principio de precaución.

Mediante el Auto de 31 de agosto de 2020, el TSJ de Galicia también denegó la suspensión cautelar de la obligación de utilizar mascarilla aprobada por la Xunta de Galicia en playas, piscinas y establecimientos de hostelería, aunque se pueda mantener la distancia de seguridad de 1,5 metros. Los magistrados indican que no puede prevalecer en la labor de valoración de los intereses enfrentados el interés particular de quien sufre una incomodidad en el uso de la mascarilla frente al interés público, cuya salvaguarda subyace en la obligación de su uso. Esa incomodidad, en modo alguno puede justificar la no aplicación de una medida de carácter sanitario que ha sido adoptada en un contexto de emergencia de salud pública a nivel de pandemia internacional y que se está demostrando «como una de las medidas más eficaces para prevenir la transmisión de la enfermedad», por lo que insisten en que resulta necesario reforzar su utilización, ampliando los supuestos en que su uso resulta obligatorio.

IV. Una valoración crítica de las sentencias del Tribunal Supremo

Desde el punto de vista formal, lo primero que llama la atención, al menos en la STS de 20 de noviembre de 2020, es el vago estilo de redacción que no facilita una comprensibilidad inmediata de las fundamentaciones esgrimidas por las partes. De hecho, en algunos de sus fragmentos, el texto requiere más de una lectura para captar la argumentación judicial que refuta de una forma un tanto atropellada cada una de las cuestiones, tanto procesales como las de fondo. A su manera, la posterior sentencia de 17 de diciembre, a pesar de reproducir en gran parte su predecesora, corrige la claridad de la redacción.

En este sentido, el Alto Tribunal debía haberse puesto en el contexto de incertidumbre ciudadana. En una situación tan extraordinaria y desconocida, la población demanda información veraz sanitaria y un grado de conocimiento amplio y concreto de las cambiantes medidas de prevención, no en vano, los boletines oficiales, tanto estatal como de las comunidades autónomas, han sido seguidos más que nunca cuando recogían la actualización de las reglas sobre restricciones y levantamientos de restricciones. Por ello, el TS podía haberse implicado más en esa labor de información ciudadana al abordar la cuestión, sobre todo, teniendo en cuenta que sus conclusiones trascenderían a los medios informativos que se harían inmediato eco de su pronunciamiento, y consecuentemente, atraería el interés de personas no tan familiarizadas con el lenguaje jurídico procesal.

En definitiva, creemos que por parte de quien es reconocido como un tribunal referente serio y cabal, la problemática, por su máxima actualidad y atención, requería un mejor trato y un mayor tacto expresivo, así como un plus de esfuerzo de carácter didáctico y pedagógico de cara a la ciudadanía(19).

Abordando ya el contenido material de las decisiones judiciales, partimos de la afirmación de que los argumentos base de los recurrentes carecían de concreción y eran muy amplios, sin vincular los preceptos constitucionales y derechos fundamentales supuestamente vulnerados con la normativa impugnada, y quizá ni siquiera debieron admitirse a trámite(20).

(19) Precisamente, uno de los aspectos que se difundió en los medios de comunicación fue el montante de la imposición de costas a los recurrentes, las cuales ascendieron a los 3.000 euros. Parte de la prensa digital y en papel destacaron las costas impuestas como una sanción con miras a que sirviese de efecto disuasorio y evitar futuros litigios temerarios. Visto el tono despectivo de la noticia y los comentarios que la acompañaban en ciertas redes sociales, diríase que, por medio de un linchamiento virtual, un sector de la opinión pública terminó por hacer realidad el estigma social que tanto preocupaba a las personas demandantes.

(20) Tal exigencia se describe por ejemplo en la sentencia núm. 2596/2016 de 13 diciembre (RJ 2016/6296): «Consciente de que se debe preservar el carácter especial de este cauce previó un trámite específico de admisión del procedimiento en el artículo 117.2 a fin de dilucidar la adecuación del procedimiento. Es decir, para determinar en el inicio del proceso si el recurso interpuesto plan-

Sin embargo, una vez habiendo proseguido la vía procesal extraordinaria y entrados en materia, una demanda mal enfocada e incluso temeraria no justifica que los distintos aspectos se aborden por la Sala de soslayo sin pararse más detenidamente a analizar la relación entre la medida general de protección de la salud y las posibles limitaciones a otros derechos fundamentales. De lo contrario, no deja de ser una intervención quirúrgica de campaña para ventilar por la vía rápida un asunto judicial poco corriente. Lo hace además con una argumentación plagada de remisiones a otras sentencias e informes, es decir, sin una fundamentación y criterio propio, como si tal labor ya hubiese sido previamente y sobradamente materializada. En otras palabras, a pesar de que los recursos, en los que no se identificaba con claridad el concreto derecho fundamental necesitado de tutela o se introducían de forma pintoresca(21), fuesen indefendibles y temerarios, podría haberse acometido un fino análisis del litigio profundizando en la visión rigurosa de la motivación de la prevención y autoprotección puesta en relación con posibles derechos fundamentales en juego (22).

Es evidente que el TS, cuyo examen *prima facie* debía ceñirse a declarar o rechazar que las medidas impuestas por la Administración sanitaria hubiesen producido una vulneración de libertades, no podía salirse demasiado del rumbo y guion acorde con el contexto social y la opinión pública. Pero acaso podía ser la resolución más expresiva, elaborada y sofisticada, dando una respuesta final explícita, rotunda y contundente de

tea la lesión de un derecho fundamental. En este punto, la jurisprudencia ha precisado que tal adecuación resultará del escrito de interposición cuando el recurso se dirija contra una actuación u omisión administrativa (i) a la que impute la lesión de uno o varios de los derechos susceptibles de protección por esta vía; (ii) identifique el derecho o derechos concernidos con cita del artículo correspondiente de la Constitución, con la expresión de su nombre o de manera que sean reconocibles claramente; (iii) establezca una relación de causalidad mínimamente explicada entre la actuación u omisión y la lesión denunciada; (iv) y no sea manifiesta la absoluta carencia de fundamento de la impugnación. Cuando se den estos presupuestos, mantiene la jurisprudencia, se ha de considerar adecuado el procedimiento».

(21) Ya hemos visto que, para tratar de definir y articular procesalmente una posible lesión de la libertad individual derivada del deber de usar mascarillas, la demanda invocaba un supuesto derecho subjetivo a contagiarse por el virus, como libre opción personal amparada en el derecho fundamental a la vida mediante la inmunización natural.

(22) En los términos planteados por el Tribunal Constitucional, en la STC 96/2012, de 7 de mayo, señala que: «... ,hemos destacado (SSTC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4 ; 49/1999, de 5 de abril, FJ 7 ; 159/2009, de 29 de junio, FJ 3 ; 86/2006, de 27 de marzo, FJ 3 ; 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 6 ; y 173/2011, de 7 de noviembre , FJ 2, entre otras) que para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)...».

que no existe limitación de derechos fundamentales de ningún tipo en la obligación personal de portar máscaras.

En fin, el TS debe estar a la altura de los tiempos y de esta crisis en particular, resolviendo los problemas de una sociedad donde un segmento cuestiona la severidad de determinadas reglas, entre ellas la obligatoriedad general de las mascarillas, no aceptada por todos de la misma manera (23). Recordemos, además, que en sus inicios constituía una recomendación para terminar de convertirse en imposición por la evolución de la pandemia, en especial una vez que progresivamente se hubo normalizado y garantizado su producción manufacturera y abastecimiento en volumen suficiente, tras un período inicial de carencia en el que muchos de los medios de protección tuvieron que ser fabricados artesanalmente. El TS desaprovecha la ocasión para dejar zanjada la cuestión con una fundamentación intachable e irrefutable, de forma que otros reproches contra normas de autoprotección similares pudiesen tomarla como referencia en el futuro.

En un momento en que a las disposiciones acordadas por las autoridades sanitarias se les pide un esfuerzo adicional en forma de justificación suficiente e incluso dogmática dirigida al grueso de la población, los ulteriores procedimientos que las enjuicien deben proceder en proporción y correspondencia. Lo demás no ayudan a perfilar el régimen jurídico de los intereses privados afectados y poco aportan para su posible toma en consideración en otros posibles procesos contenciosos. En último término, el Alto Tribunal podía haberse empleado más a fondo para elaborar una fundamentación conclusiva que sirviese para responder y anticiparse a otras conductas omisivas antijurídicas; y pensamos en voz alta en otros supuestos como la sujeción a la realización de pruebas diagnósticas por PCR (Reacción en Cadena de la Polimerasa) o en el hipotético supuesto de que se deba imponer la vacunación obligatoria y la alta conflictividad judicial que traería consigo por su mayor carácter invasivo (24).

(23) De hecho, incluso se presentó una querrela criminal contra el presidente del Gobierno y contra el Ministro de Sanidad por los delitos de «*arbitrariedad e impedimento de derechos cívicos*», denunciando la imposición del uso obligatorio de mascarillas. La Sala de lo penal del Tribunal Supremo mediante auto de 18 de diciembre inadmitió a trámite la querrela porque «no se advierte en qué medida dicha decisión, se comparta o no, puede ser delictiva, algo sobre lo que no se aporta indicio alguno». (<https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-inadmite-las-denuncias-y-querellas-contra-el-Gobierno-por-la-gestion-del-COVID-y-las-remite-al-juzgado-decano-de-Madrid>).

(24) Al respecto, el TEDH de Estrasburgo, en la sentencia de 8 de abril de 2021, asunto Vavříčka v. República Checa (donde se estudian las reclamaciones de padres de niños rechazados en guarderías de la República checa al no estar sus hijos vacunados), si bien reconoce que la vacunación infantil obligatoria, en tanto que intervención médica involuntaria, supone una injerencia en el derecho al respeto de la vida privada, declara que la medida es compatible y necesaria en una sociedad democrática, ya que responde a una «*necesidad social imperiosa*» y proporcional para alcanzar el objetivo legítimo de proteger no solo la salud propia sino la del conjunto de la sociedad. Además

Llegados a este punto, y como contrapunto, queremos ensalzar la labor y el razonamiento de los juzgados y tribunales superiores de justicia encargados de conceder en un corto espacio de tiempo las autorizaciones y ratificaciones judiciales previstas en la LJCA de medidas restrictivas. Una loable tarea que puede resultar más ardua que la planteada en el proceso especial de protección de derechos fundamentales cuyo objeto es la declaración de que se han lesionado o no derechos fundamentales, mientras que el procedimiento de autorización o ratificación judicial debe ponderar y decidir, primero, si existe alguna limitación para tales derechos en los preceptos concretos, y segundo, si resulta proporcional (25).

Por todas ellas, destacamos la sentencia 594/2020, de 28 de agosto, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (26), que marca de partida los límites del enjuiciamiento de este control judicial previo: «cualquier pronunciamiento que vaya más allá de la ponderación de las variables del binomio salud/enfermedad, atendido el contexto y los parámetros de constitucionalidad que definen el contenido de los bienes jurídicos que menciona aquel precepto, supone confundir el ámbito de cognición que atribuye aquel con el propio de un recurso contencioso-administrativo que pudiera interponerse contra la disposición administrativa de carácter general que publica las medidas y las obligaciones que éstas conlleven para el ciudadano». Seguidamente, en línea con la jurisprudencia en estos procedimientos, señala los parámetros de control y los aspectos que integran el juicio de legalidad y proporcionalidad: la competencia objetiva del órgano administrativo; el principio de necesidad (la concurrencia de razones de necesidad y urgencia asociadas a un peligro actual y real para la salud de los ciudadanos); el principio de adecuación (la prevención y protección de la salud pública como finalidad exclusiva de su adopción); y el principio de razonabilidad (la adecuación a su necesidad y finalidad, en el bien entendido de no imponer sacrificios innecesarios para las libertades y derechos fundamentales que resulten afectados, según criterios científicos informados a modo de antecedente, y se intro-

de considerar que la legislación nacional no vulnera el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (derecho a la vida privada y familiar), tampoco se viola el art. 9 (libertad de conciencia para oponerse a la vacunación obligatoria), por analogía a los precedentes respecto de la objeción de conciencia para la prestación del servicio militar, que imponen la acreditación de una convicción profunda y coherente que justifique la oposición a la medida, lo que no se manifestó en este caso.

(25) En efecto, la intervención de los jueces y tribunales es doble y por ello doblemente meritorio su capacidad de resolver en un espacio de tiempo tan limitado; en primer lugar, deben analizar si los supuestos adquieren la categoría de afectación de los derechos fundamentales, y, en segundo lugar, en el caso de que lo fueran, si guardan la debida proporcionalidad.

(26) Concretamente, resuelve el recurso de apelación frente al Auto número 121/2020, de fecha 20 de agosto de 2020, dictado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Madrid, que deniega la ratificación judicial de la Orden 1008/2020, de 18 de agosto de 2020, dictada por la Consejería de Sanidad de Madrid (Id Cendoj 28079330082020100344).

duzcan límites temporales, geográficos o de identificación de vectores de población destinataria).

A destacar que, entre otros aspectos, esta sentencia considera que la obligación imperativa de someterse a la realización de pruebas PCR prevista en la Orden autonómica 1008/2020 conlleva una limitación del derecho a la intimidad personal (27). No obstante, a la vista de los datos de la evolución que muestran un alarmante ascenso de contagios y del hecho de que personas asintomáticas pueden contagiar la enfermedad, concluye que se trata de una medida adecuada y necesaria para prevenir la propagación de la pandemia, ante un riesgo cierto y grave y ajustada al principio de proporcionalidad.

Aunque este no sea lugar para analizar la forma en que se han pronunciado los distintos tribunales superiores de justicia, lo cierto es que se han dado decisiones judiciales aparentemente dispares, por lo que habría sido oportuno haber acuñado unos criterios jurisprudenciales generales de aplicación en relación con la proporcionalidad de las medidas, en aras a lograr coherencia y uniformidad en los criterios aplicables por la jurisdicción contencioso-administrativa para ratificar o no las medidas acordadas.

A mayor abundamiento, la autorización o ratificación judicial era precisa exclusivamente para aquellas medidas que implicaban la privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental, pero mientras en algunas Comunidades Autónomas se ha obviado la necesidad de validación judicial, en otras se ha solicitado de forma más automática y habitual en relación con las órdenes que actualizaban sus medidas en función

(27) «El Tribunal Constitucional, en Sentencia STC 218/2002, de 25 de noviembre, afirma que la protección dispensada por el artículo 18.1 C.E alcanza a la intimidad personal stricto sensu, integrada, entre otros componentes, por la intimidad corporal, si bien, en su Fundamento Jurídico Cuarto, introduce un matiz, según el cual, no pueden entenderse como intromisiones forzadas en la intimidad aquellas actuaciones que, por las partes del cuerpo sobre las que operan o por los instrumentos mediante los que se realizan, no constituyen, según un sano criterio, violación del pudor o del recato de la persona. Trasladando lo anterior a la prueba PCR, entendemos que si bien tiene una incidencia invasiva, no conlleva una afectación cualificada sobre el cuerpo que comprometa el derecho a la intimidad corporal.

No obstante, la cobertura constitucional implica que las intervenciones corporales puedan también conllevar, no ya por el hecho en sí de la intervención, sino por razón de su finalidad, es decir, por lo que a través de ellas se pretenda averiguar, una intromisión en el ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad personal, como afirma la STC 207/1996, de 16 de diciembre. Conviene recordar, en línea con la doctrina constitucional reiterada, que el derecho a la intimidad personal, en cuanto derivación de la dignidad de la persona reconocida en el artículo 10.1 C.E, implica la existencia de un ámbito propio y una facultad de exclusión, que impone a terceros el deber de abstención de intromisiones, salvo que estén fundadas en una previsión legal que tenga justificación constitucional y sea proporcionada o, en su caso, medie un consentimiento eficaz que lo autorice y sean respetados los términos y el alcance para el que se otorgó (STC 196/2004, de 15 de noviembre de 2004).

Esto no significa que el derecho a la intimidad personal sea un derecho absoluto, como resulta de la STC 292/2000, de 30 de noviembre, en la que se razona que puede ceder ante razones justificadas de interés general previstas en la ley, entre las que se encuentra la protección, prevención y evitación de riesgos y peligros para la salud pública».

de la gravedad de la situación epidemiológica y hospitalaria para avalar su legalidad, necesidad y proporcionalidad en aras de preservar la salud pública (28).

En virtud del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, las comunidades autónomas tenían competencia delegada del Gobierno de la Nación, para dictar órdenes, resoluciones y disposiciones en aplicación de lo previsto en los arts. 5 a 11 referidos a la limitación de libertades fundamentales, sin necesidad de la autorización judicial de la LJCA. Asimismo, las administraciones sanitarias competentes podían continuar adoptando las medidas necesarias para afrontar la situación de emergencia de salud pública, con arreglo a la legislación sanitaria, en particular, la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad y la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, así como en la normativa autonómica correspondiente. En este sentido, normalmente, las órdenes autonómicas han combinado ambos tipos de medidas, las amparadas por el estado de alarma y las previstas en la legislación sanitaria.

Dicho de otro modo, el Real Decreto estatal ya amparaba para imponer ciertas limitaciones sin necesidad de control judicial, mientras que no toda intervención administrativa adoptada fuera de su paraguas era *per se* potencialmente limitativa o restrictiva de derechos fundamentales. Por ello, puede afirmarse que algunas Comunidades Autónomas han actuado de forma quizá excesivamente garantista, sometiendo sistemáticamente a su Tribunal Superior de Justicia la valoración de si todas las medidas sanitarias atienden a criterios de razonabilidad en la afectación a las personas, con especial referencia a sus derechos y libertades.

En este sentido, el Tribunal Supremo podía haberse saltado los automatismos y al dejar sentenciado que el uso de las mascarillas no entra en la esfera de las libertades fundamentales, erigirse en uniformador y consolidador extrapolando los criterios definitivos aplicables para la validez del resto de las medidas adoptadas, y orientar de este modo tanto a las autoridades sanitarias como al conjunto del sistema judicial cuando controlan la legalidad e idoneidad de las medidas.

Precisamente, a la vista del fin del estado de alarma, mediante Real Decreto-Ley 8/2021, de 4 de mayo, se modifica la LJCA para introducir la posibilidad de interponer, contra los autos recaídos en los procedimientos de autorización y ratificación judicial de las medidas sanitarias restrictivas o limitativas de derechos fundamentales, un recurso de casación ágil y de tramitación preferente a fin de que la Sala de lo Contencioso-administrativo

(28) Así por ejemplo el TSJ de Navarra ha tenido que resolver varias veces sobre la autorización judicial de las órdenes forales de la Consejería de Salud de la Comunidad Foral de Navarra: Autos de 18 de noviembre de 2002, de 10 de febrero de 2021, de 24 de febrero de 2021, etc..

del TS resuelva las dudas sobre la interpretación y aplicación del marco normativo estatal, y posibilite la aplicación uniforme de dicho marco normativo en todo el territorio nacional. De este modo, las Comunidades Autónomas podrán utilizar este nuevo recurso de casación para impugnar directamente ante el Supremo las decisiones de sus tribunales superiores que rechacen las restricciones de derechos planteadas por las autoridades. Con dicha reforma procesal, sin lugar a dudas, el Gobierno central elude parte de sus responsabilidades y las descarga sobre el Supremo, trasladándole la decisión de avalar o no esas restricciones cuando no existe cobertura legal para ellas una vez expirado el estado de alarma. Veremos, entonces, si el Supremo establece doctrina sobre el control judicial y el alcance de la legislación sanitaria en relación con la intensidad de las limitaciones de derechos fundamentales.

V. Otras decisiones judiciales en el ámbito internacional

En puridad, no podía ser otro el sentido desestimatorio de las sentencias del TS, teniendo en cuenta que, como medida «barrera» de protección, de un lado, también ha sido practicada por el resto de estados miembros de la Unión Europea y la mayoría de países del mundo, impuesta a diferentes niveles de gobierno estatal, regional y local, en base a la situación epidemiológica de la zona; y, de otro lado, que ha sido objeto de enjuiciamiento y validación en distintas instancias judiciales administrativas en el ámbito europeo e internacional. Con carácter general, a la hora de valorar el problema de afección a los derechos fundamentales por llevar mascarillas, los pronunciamientos de los tribunales administrativos no han detectado su efectiva lesión, sin perjuicio de que en algunos casos sí se hayan matizado las condiciones de su uso.

A continuación, realizamos un breve repaso a otras instancias judiciales en el escenario mundial y empezamos por Francia, aprovechando que las propias sentencias examinadas citan un *référé* del Consejo de Estado o Alto Tribunal Administrativo Francés —núm. 445101 de 12 de octubre de 2020— (29). De entrada, si se consultan las resolu-

(29) En Francia, la Ley de 23 de marzo de 2020 declaró el estado de emergencia sanitaria a modo de marco general de las medidas adoptadas para afrontar la epidemia, y confiere facultades a algunas autoridades administrativas —el primer ministro, el ministro de Sanidad y los prefectos— para ordenar medidas de orden público. La misma ley recuerda que las disposiciones adoptadas pueden ser objeto de un recurso de *référé*-suspension, así como de un recurso *référé*-liberté ante el juez de lo contencioso-administrativo. Este último consiste en un procedimiento sumario que permite a los particulares solicitar al tribunal de lo contencioso-administrativo que se pronuncie en un plazo máximo de 48 horas sobre si considera que la Administración ha incurrido en un atentado contra una libertad fundamental. El tribunal tiene amplias facultades, en virtud de las cuales puede suspender una decisión de la Administración u ordenar las medidas cautelares necesarias para pro-

ciones dictadas por el Conseil d'État en materia de *référé*s en garantía de una libertad pública (30), se pueden hallar ejemplos de resoluciones que preconizan una vulneración de libertades y suspenden ordenanzas de prohibición general y absoluta de manifestarse en la vía pública u ordenan a un municipio poner fin al uso de cámaras térmicas portátiles en las escuelas, pero no ha sucedido lo mismo en los supuestos referidos a la utilización de mascarillas.

Tomando la sentencia del Conseil d'État de 6 de septiembre de 2020, en la primera instancia los jueces de medidas cautelares de los Tribunales Administrativos de Estrasburgo y Lyon ordenaron modificar sendas órdenes de los Prefectos de Bas-Rhin y de Rhône que obligaban al uso de mascarillas en la vía pública de las ciudades principales, con el fin de limitar la necesidad a los lugares y los períodos horarios de alta densidad de población. Tras el correspondiente recurso en apelación del Ministerio de Solidaridad y Salud, el juez de medidas cautelares de la Sala del Conseil d'État valida las órdenes de los Prefectos, puesto que considera que la circulación del virus se está acelerando y que en el estado actual del conocimiento, está justificado que se imponga el uso sistemático de mascarillas dentro de perímetros lo suficientemente amplios que abarquen las zonas de riesgo de contagio de manera coherente, es decir, caracterizados por una gran densidad de población o con dificultad para garantizar el respeto a la distancia física. Subraya la sencillez, legibilidad y facilidad de aplicación para los ciudadanos de la obligación general, de modo que las personas se familiarizan fácilmente con la norma aplicable y no tengan que quitarse y ponerse las mascarillas varias veces. Tampoco acoge eximir del deber en los períodos nocturnos, aunque si excluye la obligación de llevar mascarilla a las personas que practican actividades físicas o deportivas.

Asimismo, la sentencia del Conseil d'État de 12 de octubre, citada en la propia sentencia del TS, rechaza suspender la orden del Prefecto de los Pirineos Atlánticos de llevar mascarilla en ciertas condiciones (al aire libre en presencia de una gran densidad de personas o cuando el respeto de la distancia física no puede ser garantizado) y ciertas ciudades del Departamento —orden ratificada por el Tribunal Administrativo de Pau—, porque en contra de lo recurrido, no supone un atentado a la libertad individual, a la libertad empresarial, a la libertad de reunión, a la de expresión, a la dignidad humana, al respeto a la vida privada y a

toger la libertad fundamental en cuestión, si estima que existe una infracción grave y manifiestamente ilícita de una libertad fundamental.

(30) <https://www.conseil-etat.fr/actualites/actualites/dernieres-decisions-referes-en-lien-avec-l-epidemie-de-covid-19>.

la integridad física. Para ello justifica su necesidad y proporcionalidad en los informes técnicos de recomendaciones valedores de que no presenta un riesgo particular para las personas y de su eficacia para reducir el riesgo de contagio, junto con el hecho que las tasas de positividad van en aumento.

Por su parte, las sentencias del Conseil d'État de 7 de noviembre, 23 de noviembre y 8 de diciembre de 2020, o de 25 de enero y 22 de febrero de 2021 afrontan los recursos contra la normativa donde se ampliaba la obligación de llevarlo en la escuela o en la práctica de una actividad física o deportiva a los niños de 6 a 10 años. En contra, se alegaba que llevar la mascarilla por una duración de tiempo prolongada atenta contra la salud física y mental de los menores y crea problemas de aprendizaje. También se fundamenta que la probabilidad de un riesgo grave en caso de contagio para un menor es baja y el riesgo de transmisión del virus por parte de un niño es tres veces menor que un adulto. En tercer lugar, no está justificado por ningún dato científico, y la OMS y Unicef desaconsejan su uso por los niños de 5 a 10 años, razón por la cual en el primer momento se eximió de ponérselo a la población francesa de esta franja de edad.

En su respuesta, los jueces sopesan los pros y los contras. De una parte, el hecho de que es la población menos susceptible de desarrollar una forma grave de enfermedad; los beneficios educativos y sociales de la escuela y la baja cantidad de centros escolares que se han tenido que cerrar temporalmente; las incomodidades y molestias en forma de irritaciones cutáneas o deformación de orejas, así como algunos episodios de stress y ansiedad. Y de otra parte, el hecho de que el mantenimiento de la distancia física en las escuelas elementales es imposible; que si bien su infección es en general más ligera o asintomática, expulsan la misma cantidad de virus que los adultos; el Alto Consejo de la Salud Pública (HCPS) en su informe de 29 de octubre declara que no existe una verdadera contraindicación médica para los niños pequeños, en forma de riesgo de toxicidad o de alteración del sistema respiratorio; la dispensa médica prevista para los niños con discapacidades... Por lo tanto, a la vista del estado del conocimiento científico y la mala situación sanitaria con un grave aumento de los nuevos casos en el momento de acordar la norma que rebajaba la edad, el Alto Tribunal Administrativo concluye que la obligación, aplicada ya en otros países europeos, no supone un atentado excesivo y manifiestamente ilegal a los derechos garantizados en los convenios internacionales de protección de la infancia ni a sus libertades fundamentales. Mientras, la obligación constituye una moneda de cambio condicional conforme con el objetivo de que los niños puedan acceder

a la educación en los centros escolares y que las escuelas no se tengan que cerrar, al proteger su salud al máximo.

En Alemania (31), se han dictado numerosas decisiones por parte de los tribunales administrativos federales en respuesta a la solicitud de adopción de medidas provisionales, en muchos casos sin entrar en el fondo de la constitucionalidad de las restricciones de los derechos fundamentales. Respecto a los pronunciamientos relacionados con el uso de mascarillas (32), en general, los tribunales administrativos federales han sostenido que, al sopesar los derechos fundamentales en cuestión, los derechos de otras personas prevalecen sobre los derechos de los demandantes que cuestionan la utilización de la mascarilla, los cuales deben quedar temporalmente en segundo plano frente al elevado bien de protección de la salud, en particular, de las personas que pertenecen a grupos de riesgo. Al fin y al cabo, el Estado federal tiene como deber la protección de la salud y la vida, y hay que mantener la funcionalidad del sistema de atención de la salud, que es un componente esencial de la prestación de servicios de interés general de la población.

Sirva de ejemplo la sentencia de 7 de mayo del Tribunal Administrativo Superior de Múnich que confirmó las medidas adoptadas por el Ministerio de Sanidad bávaro. El demandante alegaba que no era necesario llevar mascarilla al hacer compras y en el transporte público en cuanto no había una evidencia conclusiva de que frenase los contagios. Sin embargo, el Tribunal consideró que era una medida protectora complementaria a otras (reglas de higiene y de distancia), recomendada por el Instituto Robert Koch y no excesiva, mientras que no haya vacunas, y que a la postre permitía reabrir la economía.

Fuera de los supuestos establecidos por los gobiernos de los Länder (33), bien es cierto que durante la segunda ola encontramos algún que otro caso en los que se admite la demanda y se anulan ordenanzas y normativas municipales que determinaban la obligación de llevar máscaras en zonas de circulación frecuentadas, bien por violar el principio de proporcionalidad al aplicarse a todas las zonas del centro de la ciudad de manera general sin diferenciar suficientemente los lugares con mayor número de personas o condiciones espaciales se-

(31) En el sistema federal alemán, y de acuerdo con el reparto de competencias establecido, son los 16 Länder los encargados de definir y aplicar las medidas de lucha contra la pandemia pactadas y coordinadas con el Gobierno Federal, y el control judicial en materia de la jurisdicción contencioso-administrativo corresponde a los tribunales administrativos de los Länder.

(32) https://dejure.org/corona-pandemie?s=r#Kontaktbeschaenkungen_einschl_Maskenpflicht.

(33) Los gobiernos han reglamentado el uso obligatorio de las mascarillas en el transporte público y en establecimientos públicos y espacios cerrados, pero, por ejemplo, para la educación, hay diferencias de reglamentación. En la gran mayoría de los estados federales se optó por imponer su uso dentro del edificio, pero no dentro de las clases por verlo desproporcionado.

gún los criterios infecciosos (sentencia del Tribunal Administrativo de Distrito de Regensburg de 9 de noviembre); bien por no cumplir con el principio jurídico de la certeza, si no quedaba claro para la gente donde y cuando estaba sujeto al requisito de la máscara, debiendo especificar mejor las zonas urbanas de afluencia en las que se aplica (sentencia del Tribunal Administrativo Superior de Düsseldorf de 9 de noviembre) (34).

En Estados Unidos, en esta materia en particular, hay una doctrina jurisprudencial histórica sólida que tiene su origen en la revisión de las ordenanzas de los pueblos y ciudades de los EEUU durante la gripe pandémica de 1918-1919. Como regla general, los jueces que se constituían en un denominado «tribunal de la gripe» ratificaban las medidas sanitarias locales de tipo político al tratarse de una emergencia sanitaria, invocando como precedente judicial principal la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de 1905 en el caso *Jacobson contra Massachusetts* —*Jacobson v. Massachusetts*, 197 U. S. 11, 38 (1905)—. En este supuesto histórico, en medio de un pequeño brote de viruela, las autoridades locales ordenaron vacunarse a la población bajo pena de una multa por negarse, y la Corte Suprema de Estados Unidos estableció que la vacunación obligatoria no constituía una violación de la privación de su libertad personal de la enmienda núm. 14 de la Constitución: «Sobre la base del principio de defensa propia, de necesidad primordial, una comunidad tiene el derecho de protegerse contra una epidemia de enfermedad que amenace la seguridad de sus miembros». Según la sentencia, el derecho a la protección de la vida es el más sagrado de todos los derechos del hombre, y la libertad garantizada por la Constitución no está libre de restricciones absolutas, y depende del daño que pueda causar a los demás (35). En este contexto, la Corte reconoció que el deber de un Estado de vigilar y proteger la seguridad y la salud de las personas incluye el deber de no poner en peligro a los demás.

Al fin, la sentencia *Jacobson v. Massachusetts* aconseja a los jueces que concedan amplia libertad de criterio a los expertos en salud, siempre que esas medidas sean neutrales, de aplicación general y respondan a una necesidad médica que el gobierno pueda justificar. A los tribunales les queda tomar en consideración la necesidad de proteger la

(34) Se recogía un requisito ambiguo de «siempre y cuando no esté objetivamente excluida debido a la hora del día, la situación espacial y la frecuencia de los peatones en los que pueden ocurrir encuentros con otras personas, donde la distancia es inferior a cinco metros».

(35) «La verdadera libertad para todos no podría existir en virtud de un principio que reconoce el derecho de cada persona individual a usar la suya propia, ya sea con respecto a su persona o a su propiedad, sin importar el daño que pueda causar a los demás».

salud pública, y estar al mismo tiempo atentos a los posibles abusos de poder policial, preguntándose para ello qué es lo razonable a la vista de las pruebas de salud pública y examinando su sintonía con las decisiones de los poderes públicos.

Por ejemplo, esta sentencia ha sido utilizada por el Tribunal del Distrito de Maryland en el caso *Antietam Battlefield KOA v. Hogan*, para desestimar las demandas de acción civil contra las medidas tomadas por el Gobernador de Maryland en la crisis del coronavirus, entre ellas, el deber de llevar coberturas faciales en el transporte público y en las tiendas(36). El Tribunal parte de que cuando los dirigentes ejercen las facultades que les ha otorgado el poder legislativo ante la crisis de Covid-19, y han tomado decisiones razonables informadas y dictadas por los datos, la ciencia y el asesoramiento de profesionales experimentados de la salud pública, los tribunales generalmente confirmarán esas órdenes, ya que deben confiar a las ramas políticamente responsables la protección de la salud y la seguridad públicas. El Tribunal del Distrito determina que los demandantes no habían demostrado que las órdenes ejecutivas del Gobernador Hogan carecían de «ninguna relación real o sustancial» con la protección de la salud pública, ni tampoco han demostrado que las medidas sean, «más allá de toda duda, una invasión simple y palpable de los derechos garantizados por la ley fundamental». En el marco de la doctrina *Jacobson*, no es el papel de la judicatura cuestionar las opciones políticas que favorecen un método razonable para prevenir la propagación de una enfermedad y debe tener cuidado de no «usurpar las funciones de otra rama del gobierno» al decidir la mejor manera de proteger la salud pública. El Tribunal no puede concluir que las medidas del Gobernador Hogan sean arbitrarias o irrazonables, o que violen claramente alguno de los derechos constitucionales de los demandantes; al contrario, todas las órdenes ejecutivas cuestionadas tienen una «relación real o sustancial» con la crisis de salud pública y tienen como objetivo reducir las oportunidades de que el virus se extienda. El requisito de neutralidad y de aplicación general de llevar mascarillas faciales son contramedidas racionales que reducen la posibilidad de que las gotas respiratorias que contienen el virus infecten a otros (37).

(36) Sentencia de 20 de mayo de 2020 -*Antietam Battlefield KOA v. Hogan*, 461 F. Supp. 3d 214 (<https://casetext.com/case/antietam-battlefield-koa-v-hogan>); y sentencia de revisión de 18 de noviembre de 2020 (<https://casetext.com/case/antietam-battlefield-koa-v-hogan-1>).

(37) Nótese que, entre otros aspectos, los demandantes argumentan que el requisito de cubrir la cara viola su libertad de expresión, incluso aducen que llevar un protector de cara podría significar para ellos una «señal de captura en el campo de batalla, y de sumisión al captor». La jueza de distrito les responde que el uso de una cobertura para la cara es un medio de prevenir la propagación del Covid-19, y no tiene relación con la expresión de ningún tipo de mensaje.

VI. El principio de precaución con las personas menores

En otro orden de cosas, uno de los extremos sobre los que no ha existido consenso en los Estados miembros de la UE es la necesidad de que los niños y niñas portasen mascarillas, y, en su caso, a partir de qué edad(38). La OMS y UNICEF, teniendo en cuenta los inconvenientes, las necesidades psicosociales y el desarrollo de los niños, recomendaban desde el 5.6.2020: —desaconsejar su uso a las personas menores de 5 años, en aras de la seguridad y el interés general del menor y dada su incapacidad de utilizar adecuadamente una mascarilla con una asistencia mínima; —recomendar que los niños mayores de 12 años utilicen mascarilla facial en las mismas condiciones que los adultos; y —que la decisión de ser utilizada por los niños y niñas entre 6 a 11 años esté basada en un enfoque de riesgo, tomando en consideración determinados factores(39).

En España, la obligatoriedad de su uso comienza a los 6 años. En esencia, podemos decir que, en este extremo, España vuelve a ser de los países más severos con su población infantil, al igual de lo ocurrido durante el confinamiento general de la primera ola de la epidemia cuando el confinamiento impuesto a las personas menores fue mucho más estricto que para la población mayor de edad(40), y la población infantil fue la última en salir de sus viviendas, no pudiendo pisar la calle ni un sólo minuto durante 43 días seguidos(41).

Así es, inicialmente se consideró a los niños transmisores muy peligrosos de la nueva enfermedad del coronavirus, debido a que una parte de los menores contagiados eran asintomáticos, y de otro lado, acogiendo el conocimiento de otras enfermedades respiratorias como la gripe, donde los niños son grandes contagiadores. En cambio, el tiempo

(38) En Francia en las escuelas a partir de los 6 años y en la vía pública desde los 11 años; en Bélgica o Dinamarca a partir de los 12 años; en Alemania depende del landër su obligatoriedad durante las clases; en Austria no es necesario en las aulas; en Portugal en la calle a partir de los 10 años...

(39) Si reside en una zona con una transmisión generalizada, la capacidad del niño para utilizarla y la supervisión adecuada de un adulto; las posibles repercusiones de llevar puesta una mascarilla sobre el aprendizaje y el desarrollo psicosocial; los entornos de interacciones específicas con otras personas que corren un alto riesgo de sufrir una manifestación grave de la enfermedad; o los entornos especiales como escuelas.

(40) GÓMEZ ABEJA, L., «Los derechos de los menores durante el estado de alarma», en *Coronavirus y derecho en estado de alarma*, Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla (Dir.), Editorial Reus, Madrid 2020, declara: «los menores debían permanecer mucho más encerrados que los adultos, para los cuales no se previó ninguna excepción al confinamiento».

(41) En otros países como Francia, Bélgica, Alemania o Reino Unido en ningún momento se confinó tan drásticamente a los menores, quienes podían salir a la calle con límites y ciertas medidas de seguridad. Por ejemplo, en Francia, por su propia salud, en todo confinamiento siempre tuvieron permitido como mínimo un paseo diario de un máximo de una hora de duración y a una distancia de un kilómetro de su domicilio.

y los estudios epidemiológicos sobre la transmisión acabaron por resquebrajar dicho temor, desmintiendo la supuesta fama de super-contagiadores que se les atribuyó en los medios de comunicación(42). Los nuevos estudios epidemiológicos recientes apuntarían a que es poco frecuente que los menores infecten a otras personas, se contagian menos, se infectan en una proporción menor que los adultos y padecen menos la enfermedad(43).

En definitiva, a la postre se ha visto que la protección de la salud podría haberse logrado con restricciones menos lesivas de este derecho de los menores, quienes padecieron alteraciones en su desarrollo motriz y afectivo. Pretendiendo proteger su salud frente al virus, con un aislamiento forzoso tan radical se puso en peligro su salud, más aún cuando se trataba de niños y niñas que vivían en condiciones de vida de mayor vulnerabilidad. El principio de necesidad y adecuación de la medida no se cumplió, ya que se justificaba que eran grandes transmisores del coronavirus, cuando dicha condición no era segura. En su momento, siendo los menos contagiadores, fueron los que mayor privación de libertad de circulación sufrieron, es decir, se afectaron sus derechos infantiles más fundamentales. En conclusión, la restricción del derecho a la libre movilidad de los menores fue desproporcionada, debiéndose haber ponderado mejor el interés superior del menor(44), consagrado como principio general en la Convención Internacional de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.

Relacionado con las circunstancias, el Tribunal Supremo, en su sentencia núm. 171/2021, de 10 de febrero, resuelve el recurso interpuesto por el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales de la persona contra la *Orden SND 370/2020, de 25 de abril, sobre las condiciones en las que deben desarrollarse los desplazamientos por parte de la población infantil durante la situación de crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19*, esto es, la orden relativa al desconfinamiento parcial de las personas menores de 14 años permitiéndoles un paseo diario de una hora como máximo de duración y a una distancia no superior a un kilómetro del domicilio, y que el recurrente estima arbitraria por ser una mitigación insuficiente para sus necesidades familiares. El preámbulo de la Orden razonó que existía una situación de necesidad que am-

(42) El propio Centro Europeo de Control y Prevención de las Enfermedades (ECDE) afirmaría que los menores no son vectores primarios del coronavirus.

(43) En general, los datos de la vuelta al colegio han demostrado que no son grandes focos de contagio y la incidencia en el sistema educativo ha sido mínima, todo ello sin perjuicio de un empeoramiento futuro de estos resultados con la aparición de nuevas cepas o variantes que les cause infecciones más graves.

(44) GÓMEZ ABEJA, L., *op. cit.*

para la posibilidad de que la población infantil efectuase determinados desplazamientos, necesarios para su bienestar físico y psíquico (45). Ese especial esmero en motivar el alivio del confinamiento resulta a todas luces prescindible y superfluo, ya que la disposición trataba justamente de rebajar la privación de libertades fundamentales, esto es, el excepcional escenario de anormalidad.

El Alto Tribunal apoya la razonabilidad de la decisión fundamentada en reducir el perjuicio a la población infantil con limitaciones de tiempo y espacio en la movilidad para no exponerles y exponer a terceros al peligro de contagio, aunque malinterpretando la arbitrariedad que criticaba el recurrente. Diríase que evita entrar a valorar el fondo que subyace en la demanda, en concreto, los límites de una vulneración sobrevenida de derechos fundamentales a causa de la dureza del confinamiento domiciliario vivida por los menores en España, a la vista de los riesgos colaterales de su duración para la salud física o mental. Ciertamente, la situación padecida merecía un mínimo de crítica empática por parte del Tribunal Supremo (46). No lo olvidemos: los operadores jurídicos están obligados a hacer una interpretación de las normas favorable a los derechos fundamentales, y en el caso de los menores, esa interpretación ha de estar siempre orientada a su mejor interés.

Es cierto que entre los principios que deben caracterizar las acciones en materia de salud pública, se encuentra el principio de precaución que señala la necesidad de actuar ante un riesgo, aun cuando todavía no se disponga de todo el conocimiento sobre su alcance (47). Por supuesto que es preciso seguir un principio de precaución que permita continuar por la senda de la reducción de los casos de contagio de la enfermedad, principalmente cuando no se dispone de otras barreras como la vacunación, pero la adopción de medidas precautorias deberá equilibrarse con una activa revisión constante del conocimiento de la enfermedad y de la evidencia científica existente, para ajustar mejor la respuesta dada en cada momento. Cuando el estado del conocimiento científico tiene

(45) «El Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas ha realizado recientemente un llamamiento general a los Estados alertando sobre los efectos físicos, psicológicos y emocionales en la infancia a consecuencia de la epidemia ocasionada por el COVID-19, de las medidas adoptadas y sus consecuencias. Asimismo, el citado Comité considera que, en la situación de emergencia sanitaria, se debería permitir a los niños y niñas poder disfrutar diariamente de actividades fuera de casa de manera supervisada y manteniendo las garantías de higiene y distanciamiento social».

(46) Anteriormente, por Auto de la Sala de 19 de mayo de 2020 había denegado la suspensión y la medida cautelar positiva subsidiaria solicitadas contra la Orden SND 370/2020 y la sentencia de 16 de junio desestimó el recurso de reposición, porque «la enfermedad tampoco perdona a los niños».

(47) La Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública establece en su Art. 3 d) «Principio de precaución. La existencia de indicios fundados de una posible afectación grave de la salud de la población, aun cuando hubiera incertidumbre científica sobre el carácter del riesgo, determinará la cesación, prohibición o limitación de la actividad sobre la que concurren».

importantes faltas de certeza y limitaciones, ello no puede implicar automáticamente una aplicación del principio de precaución de forma extensiva y con tintes alarmistas. En toda gestión de crisis sanitaria debe reinar la armonía entre el principio de precaución y la proporcionalidad, y no la discordancia. Afortunadamente, gracias a una mayor certidumbre sanitaria sobre la gravedad de la enfermedad y a un estado más avanzado del conocimiento científico y de la evolución de los datos, se podrá ir rebajando el dominio del principio de precaución alentado desde el alarmismo social de los medios de comunicación; por lo que los operadores jurisdiccionales se encontrarán en una mejor disposición objetiva y con una menor presión externa y mediática a la hora de enjuiciar este tipo de litigios.

En este ámbito concreto de la protección de menores, cabe citar la reciente sentencia del Tribunal de Familia del Distrito de Weimar de 8 de abril de 2021 (Az.:9 F148/21) que prohíbe, con efecto inmediato, a dos escuelas del municipio exigir a los alumnos que lleven cubiertas la boca y la nariz de cualquier forma (especialmente con las mascarillas FFP2), imponerles distancias de seguridad mínimas y someterles a test rápidos del SARS-CoV-2. En el procedimiento judicial, el Tribunal da la razón a una madre, ya que, tras evaluar los dictámenes periciales, concluye que las restricciones sanitarias representan un peligro inmediato para el bienestar mental, físico o psicológico de sus dos hijos (de 14 y 8 años), hasta el punto de que, si siguen desarrollándose, es casi seguro que se produzcan daños considerables. La resolución judicial añade que los informes aportados por los peritos judiciales muestran que la efectividad de las mascarillas para reducir el riesgo de infección no está probada por evidencia científica. Aunque el propósito legítimo de las medidas es el de evitar la sobrecarga del sistema de salud o reducir la tasa de infección, las medidas son desproporcionadas, porque las considerables desventajas y daños colaterales que causan no se compensan con ningún beneficio perceptible para los propios niños o para terceros. Por ello, la sentencia resuelve que se violan derechos de los niños y de sus padres, en particular, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la integridad física del artículo 2 de la Ley Fundamental, así como el derecho del artículo 6 de la Ley Fundamental a la educación y al cuidado por parte de los padres.

Con todo, la población infantil, si se quiere sin merma de sus derechos más elementales, pero a costa de todos los riesgos asociados y efectos secundarios perjudiciales, en cierto modo, continúa sacrificándose llevando las mascarillas para no perjudicar a poblaciones menos inmunes y más vulnerables a la Covid-19. Así, en el ámbito educativo, deben permanecer con la mascarilla puesta toda la jornada escolar como condición para mantener «con normalidad» las clases presenciales. Su

esfuerzo deberá cesar sin demora cuando, habiendo vacunado globalmente a la población y alcanzada una cierta inmunidad de grupo, los males e incomodidades que comporta su uso continuado superen los potenciales beneficios. Pues no es posible pedir a los niños que salven al soldado Ryan una y otra vez.

VII. La legislación anti-máscaras

De las sentencias del TS comentadas se desprende que los recurrentes no plantearon adecuadamente la lesión de sus derechos constitucionales o lo hicieron de forma desconcertante. Sorprende en todo caso que, al denunciar la lesión en la dignidad humana unido a la integridad moral, no se refiriesen al daño al honor por menoscabo de la reputación e imagen por tener que llevar una protección física distorsionadora de la identidad y que tradicionalmente ha tenido otras connotaciones antisociales(48).

En efecto, una práctica habitual en los Estados es la existencia de leyes anti-enmascaramiento que prohíben ocultar la cara en público, además de demandar la identificación individual para evitar riesgos para la seguridad de personas y propiedades, con consecuencias administrativas y penales. Al fin y al cabo, el cubrimiento del rostro se considera sospechoso, al ser una forma de poder mantener el anonimato y evitar ser identificado en caso de cometer actos al margen de la ley(49).

A este respecto, en España, la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana en su art. 16 señala que en el cumplimiento de sus funciones de indagación de la comisión de infracciones y prevención de delitos, los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán requerir la identificación de las personas, incluida la identificación de las personas cuyo rostro no sea visible total o parcialmente por utilizar cualquier tipo de prenda u objeto que lo cubra, impidiendo o dificultando la identificación. Por su parte, en nuestro Derecho Penal, el uso de disfraz en la ejecución del hecho delictivo es una circunstancia agravante clásica, con la que se reprocha el desvalor de la

(48) Lógicamente, fuera de situaciones como el ejercicio de determinadas profesiones; seguridad e higiene en el trabajo; carnavales y fiestas; razones climatológicas o incluso escenarios bélicos (situaciones de guerra donde se ponen máscaras antigás ante peligros químicos, u otro tipo de máscaras que portan los heridos para ocultar sus cicatrices y caras desfiguradas).

(49) Más que en la figura de los justicieros o superhéroes de comic que se sirven de antifaces o cubre rostros para ocultar su identidad en la lucha frente al mal, pensemos en bandidos y vándalos que cometen actos violentos (al estilo de los miembros del Ku-Klux-Klan), o en portadores de pasamontañas que causan desórdenes públicos en el transcurso de actos y manifestaciones en la vía pública.

conducta de quien se prevale de indumentarias dirigidas a facilitar la comisión del delito, debilitando la defensa de la víctima, o facilitando la impunidad del autor.

En consecuencia, ocultar la cara puede considerarse sinónimo de un elemento antisocial que perturba la vida en común. Para demostrar el rechazo social que producen los elementos cubre caras, y significativamente unido al miedo al terrorismo, debemos referirnos a la Ley francesa 2010-1192, de 11 de octubre, que prohíbe la ocultación del rostro en el espacio público, así como a los argumentos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 1 de julio de 2014 en el caso S.A.S. c. Francia, Rec. 43835/2011, declarando no hallar en dicha ley violación alguna del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Esta Ley, que entró en vigor el 11 de abril de 2011, después de un intenso debate en el seno de la sociedad francesa, estableció la prohibición de portar en lugares públicos prendas de vestir diseñadas para ocultar el rostro como máscaras, cascos... y también, aunque no lo expresa en su articulado, prendas tradicionales islámicas. De los debates previos a su aprobación y de forma definitiva de su Exposición de Motivos, se deduce claramente que el fin principal de la norma se dirigía a desterrar del espacio público (con excepción de los lugares de culto) el velo islámico integral —el burca o el niqab— que oculta los rostros de las mujeres que lo portan (50).

El Gobierno francés defiende que la prohibición establecida en la Ley discutida perseguía objetivos legítimos a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos (51); era necesaria en una sociedad democrática para conseguir la seguridad pública y la protección de los derechos y libertades ajenas, por cuanto el rostro juega un papel importante en la interacción social y su ocultación supone romper el contrato social.

Pues bien, el TEDH avala la justificación de la prohibición, más que por causa de la amenaza para la seguridad pública (52), por la protección de los derechos y libertades de los demás incluyendo la obliga-

(50) Francia, en defensa de su laicismo constitucional, y Bélgica, con la Ley de 1 de junio de 2011, son los únicos países que prohíben las citadas prendas. La Exposición de Motivos justifica la prohibición de ocultar el rostro en lugares públicos por considerar que esta conducta, en particular cuando se utiliza el denominado velo integral, pone en cuestión los valores republicanos de libertad, igualdad y fraternidad.

(51) Art. 9.2 «La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás».

(52) El Tribunal advierte que este objetivo de seguridad pública pudo alcanzarse con medidas menos invasivas que la prohibición total de vestir prendas que oculten el rostro en la vía pública, como la mera obligación de descubrirse e identificarse en momentos o lugares de riesgo concreto o sospecha de fraude.

ción de respeto a las exigencias mínimas de vida en común («*le vivre ensemble*»). El Tribunal de Estrasburgo entiende que el Estado francés persigue proteger un principio de interacción visual entre los individuos y evitar prácticas o actitudes que ponen en duda la posibilidad de relaciones interpersonales abiertas, lo cual constituye un elemento esencial de la vida en común en una sociedad democrática. Y concluye admitiendo que la barrera levantada contra los demás por la ocultación del rostro puede ser percibida por el Estado como una violación del derecho de los otros a vivir en un espacio de socialización que facilite la convivencia (§ 122).

Justamente, la Sección 2.^a de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en la sentencia del 7 de junio de 2011 que resuelve un recurso especial de protección de derechos fundamentales contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Lleida de 8 de octubre de 2010, por el que se aprueba definitivamente la modificación de tres artículos de la Ordenanza Municipal de Civismo y Convivencia, utilizó un concepto o expresión similar: «perturbación de la tranquilidad que en nuestra cultura occidental produce el ocultamiento del rostro en la realización de las actividades cotidianas» (FD. 10). Los preceptos limitaban o prohibían el acceso o la permanencia en espacios municipales a las personas que portasen velo integral, pasamontañas, casco integral u otras vestimentas o accesorios que impidiesen o dificulten la identificación y la comunicación visual de las personas, y la sentencia de instancia justifica que el ocultamiento del rostro (53) produce perturbación de la tranquilidad del resto de personas usuarias del servicio o espacio público municipal, de modo que el municipio ha regulado dichos aspectos referidos a la convivencia o vida colectiva.

Ahora bien, la STS de 14 de febrero de 2013 (Roj: STS 693/2013) casa la sentencia de instancia, censurando el pasaje del fallo referente a la perturbación de la tranquilidad y calificando dicha apreciación en el caso como juicio de valor subjetivo o prejuicio personal. El TS no considera en absoluto probado ese efecto perturbador en la sociedad, y si en realidad existiera la perturbación en nuestra cultura occidental afirmada, «no podría justificar que un órgano del poder público, cual es sin duda un Ayuntamiento, dado el papel que constitucionalmente le atribuye el art. 9.2 CE, solventase la fricción cultural que esa perturbación manifestase, en el sentido en que lo hace la sentencia recurrida».

En cualquier caso, en estos largos meses de pandemia, ya quedó superado ampliamente el efecto perturbador que pudieran producir ini-

(53) Hay que señalar que sólo se impugna la veda del uso del velo integral, no así la de los demás elementos de ocultación del rostro.

cialmente las mascarillas en tanto elementos que dificultan el reconocimiento facial; a la inversa, los miembros de la comunidad anti-máscara que llevaban la cara descubierta se erigieron en los sujetos amenazados (para la salud pública). Asimismo, los argumentos relacionados con la necesidad de interacción y comunicación social en el espacio público de otrora perdían su sentido en un escenario donde otra de las principales medidas protectoras ha sido el distanciamiento social y la minimización de las relaciones sociales. Además, hoy día, las relaciones interpersonales son cada vez más virtuales y anónimas, canalizadas a través de medios electrónicos, lo cual se acentúa con la revolución digital post-pandemia, mientras, la interacción directa entre los individuos disminuye proporcionalmente, especialmente en el ámbito laboral con la eclosión del teletrabajo.

Una última reflexión nos lleva a plantear que, quizá, la protección constitucional del art. 18.1 CE concretada en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, contempla la propia imagen con contornos demasiado delimitados ceñido al derecho a controlar la captación, difusión, y en su caso, explotación de los rasgos físicos que hacen reconocible a una persona como sujeto individual, pero sin tomar en consideración adecuadamente la intromisión apreciada por cada persona en la manifestación de su propia personalidad y de su esfera individual por la obligatoriedad de tener que llevar una determinada prenda marcando la imagen externa y que además cubre el rostro, medida que difumina un tanto la identidad personal (54).

VIII. Conclusiones finales

Otorgando la debida prevalencia al objetivo constitucional de protección de la salud de todos y todas, que comprende también la protección de la integridad física, el Tribunal Supremo da sustento a la regulación del uso obligatorio de las mascarillas, al mismo tiempo que declara que no lesiona derechos como el honor, la propia imagen o el derecho al consentimiento informado. A tal efecto, se apoya en las opiniones y

(54) En el procedimiento ordinario 7276/2020 ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Galicia, el recurrente acudió a esta interpretación extensiva de los derechos de la personalidad contra las obligaciones de portar mascarilla previstas en el Acuerdo de la Xunta de Galicia: «tener que ir en todo tiempo y en todo lugar público o de acceso público con la cara tapada afecta a este derecho fundamental, porque la cara es uno de los elementos esenciales de la propia imagen». La Sentencia del TSJ de 26 de febrero de 2021 se desentiende de abordar este debate interpretativo fuera del marco de la manipulación, captación o difusión de la imagen en un sentido digital.

recomendaciones de la OMS, el Consejo Superior de Salud Pública o el Consejo Científico Covid-19, basadas en estudios epidemiológicos y en la bibliografía científica existente, que, partiendo de que la vía aérea es una de las principales vías de transmisión del virus, informan que el uso de una mascarilla es eficaz para reducir el riesgo de contaminación por el SRAS-CoV-2; al tiempo que no plantea ningún riesgo particular a quienes recurren el mandato. No obstante, hay que constatar que el efecto beneficioso de seguir dichas recomendaciones no se basaba en pruebas y evidencias contrastadas(55), e incluso el último informe de 15 de febrero de 2021 del Centro Europeo de Control y Prevención de las Enfermedades (ECDE) sobre del tema no tenía tan clara la efectividad de las mascarillas faciales para prevenir el Covid-19, puesto que tras valorar los datos, concluye que ofrecen un efecto limitado protector de bajo a moderado, tanto en términos de protección personal como de protección de los demás (56).

Una de las lecciones que debería ser extraída tras vencer la incertidumbre producida por la pandemia es que hay que garantizar que las acciones de cautela y recortes de derechos en la vida habitual que se adopten en olas posteriores ligadas a las variantes o en epidemias futuras sean coherentes, adecuadas y eficaces (y no cosméticas o de postureo político); bien justificadas sobre la base de la situación epidemiológica específica y la evidencia científica más concluyente; estrictamente necesarias y proporcionadas; y limitar su impacto en la democracia, el Estado de Derecho y los derechos fundamentales.

Cada uno de los agentes de la sociedad, al margen del objetivo común de reducir al máximo la propagación del virus y el número de personas fallecidas, defiende sus intereses: el personal médico y sanitario que no se produzca ni un colapso ni una saturación crítica en los hospitales, los hosteleros que no cierren sus negocios, el sector del turismo y cultural que se les permita continuar con su actividad... En fin, no resulta fácil para las instituciones y gobiernos gestionar una crisis sanitaria con-

(55) Entre los artículos médicos que advierten que falta mayor evidencia científica de la eficacia de las mascarillas, véase VAINSELBOIM, Baruch, «Facemask in the COVID-19 era: A health hypothesis», en *Medical Hypotheses*, 146 (2021). A su vez, destaca los notorios efectos adversos fisiológicos, psicológicos y para la salud: incluyendo complicaciones respiratorias, stress, fatiga, disminución de la cognitividad, ansiedad o la depresión.

(56) Solamente recomienda llevar mascarar en áreas de transmisión comunitaria en espacios públicos interiores y considerar su uso en entornos exteriores muy concurridos. Por el contrario, en lugares sin una comunidad transmisora significativa de virus, advierte que los daños y costes potenciales pueden superar los beneficios. Entre los efectos adversos relaciona: la ansiedad y dificultad respiratoria, reacciones epidérmicas, incomodidades y dolores de cabeza si se llevan excesivamente prietas, obstaculización de la comunicación (especialmente para las personas con dificultades auditivas), coste económico de su adquisición, o el daño medioambiental causado por la producción y eliminación de mascarillas hechas con materiales sintéticos.

ciliando y encontrando el equilibrio entre todos los intereses latentes. algunas administraciones más garantistas apostarán por llevar al límite el principio de precaución con restricciones más severas, y otras intentarán que la vida social normalizada no se resienta demasiado; a veces, en función del número de camas hospitalarias que resten disponibles o si existen recursos para ofrecer compensaciones económicas a las actividades económicas y empleos inactivos, y otras veces, dependiendo de la factura política a pagar si la situación sanitaria se agrava.

Pues bien, la comunidad jurídica tiene que estar preocupada por velar por los derechos y libertades fundamentales reconocidas, y, en este caso, velar significa, primero ponderar los beneficios para preservar la salud frente al perjuicio razonable del libre ejercicio de otros derechos en juego; y segundo, vigilar que se emplean las soluciones menos restrictivas o menos intrusivas. En este punto, a los tribunales les corresponderá fiscalizar judicialmente la labor de la Administración Pública en su tutela del interés general consistente en la protección de la salud sin que se impongan sacrificios innecesarios para las libertades y derechos fundamentales, atendiendo a la valoración del conjunto riesgo-beneficio.

Concretamente, las opciones jurídicas para adoptar las medidas restrictivas de derechos y libertades han pasado por la utilización de dos herramientas diferentes: el estado de alarma, de carácter excepcional, y, la legislación sectorial sanitaria, a la cual deben acudir las administraciones públicas para adoptar medidas especiales en materia de salud pública. En general, con algunas diferencias de criterio, pero los distintos órganos judiciales han realizado una labor impecable para autorizar o no las decisiones de las administraciones sanitarias, una tarea que se multiplica con el fin de la cobertura del estado de alarma y se deban juzgar las limitaciones amparadas en la legalidad ordinaria(57), sin perjuicio de que cualquier otro aspecto de dudosa legalidad en las disposiciones acordadas pueda hacerse valer a través de los recursos contencioso-administrativos correspondientes.

Los elementos a ponderar en un procedimiento judicial han de ser que las medidas preventivas hayan sido acordadas con una cobertura legal suficiente por una autoridad sanitaria competente para ello —incluyendo una normativa en la que se ampare la limitación de derechos fundamentales—; que se justifique la necesidad de las medidas acordadas; y que exista proporcionalidad de las limitaciones que se imponen con el fin per-

(57) La doctrina critica que en todo este tiempo no se haya aprovechado para reformar las legislaciones sanitarias a fin de actualizarlas y adaptarlas a la lucha contra la pandemia con el objetivo de conseguir una mayor eficiencia y seguridad jurídica. Léase ALONSO TIMÓN, A.J., «La revisión judicial de las medidas limitativas de derechos en el marco de la Covid-19», en *ICADE, Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 110, julio-diciembre 2020.

seguido de protección de la salud pública. Las medidas extraordinarias adoptadas, como excepcionales que son, han de ser lo más singularizadas posibles desde el punto de vista subjetivo, espacial y temporal, y han de interpretarse restrictivamente, con más razón cuando afecten o limiten derechos fundamentales o libertades públicas(58).

Llegados a este punto, para que una actuación sea proporcionada tiene que respetar cumulativamente y estrictamente tres subprincipios: idoneidad o adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto(59). Sucede, sin embargo, que amén de los vaivenes coyunturales e inconsistencia en los intereses políticos, los jueces y magistrados han tenido que resolver y realizar el juicio de proporcionalidad y ponderación en un extraordinario escenario de incertidumbre científico-sanitaria y ausencia de evidencias científicas, lo cual ha condicionado el otorgamiento de seguridad jurídica. Tal y como bien explica COBREROS MENDAZONA(60), en dichos casos en los que no se dispone de una respuesta científica terminante o el conocimiento científico sea insuficiente, «no debemos sobrevalorar la “tecnificación” del principio de proporcionalidad» para ponderar bienes y derechos, ya que se confluyen importantes dificultades intrínsecas de falta de conocimiento. La alternativa es —y ha sido durante la pandemia— la invocación del principio de precaución para prevenir todo tipo de riesgos potenciales, pero el principio de precaución debe aplicarse con mesura y moderación si entra en liza con otros derechos fundamentales en juego. Visto lo visto, puede reinar la sospecha de que este principio se ha llevado hasta el último extremo, y, dejando aparte que se ha podido evitar el colapso hospitalario en momentos puntuales, la mayor certeza científica está alumbrando que los sacrificios impuestos a la sociedad han resultado de algún modo desmedidos en relación con las circunstancias de gravedad objetiva de la enfermedad(61). La

(58) ROGEL VIDE, C., «Tercera edad, derechos y estado de alarma», en *Coronavirus y derecho en estado de alarma*, Guillermo CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA (Dir.), Editorial Reus, Madrid 2020, señala: «Es indiscutible la necesidad de proteger la salud pública, pero, al mismo tiempo, los Tribunales deben velar porque estas actuaciones no vayan más allá de lo estrictamente necesario para preservar la vida de las personas y su integridad física, y respeten los derechos fundamentales y libertades públicas».

(59) En suma, los tribunales deben efectuar un análisis de su adecuación e idoneidad (¿Es realmente adecuada para la finalidad perseguida de frenar la epidemia?), necesidad (¿Es realmente la mejor medida preventiva posible, o existirían medidas menos lesivas o gravosas?) y proporcionalidad (La ponderación entre los intereses individuales de la ciudadanía con los intereses sociales y generales ¿Se han valorado los perjuicios y riesgos que se causan a las personas, si son adecuadas a las circunstancias de tiempo y lugar?).

(60) *Op. cit.*

(61) ÁLVAREZ BUJÁN, M.V., «A propósito del estado de alarma decretado en España por causa del Covid-19: el olvido del principio de proporcionalidad», en *RVAP*, núm. 119, Enero-Abril 2021, opina

comunidad jurídica, con más elementos y datos objetivos actualizados a su disposición, muestra poco a poco una perspectiva menos coartada o condicionada a la hora de examinar posibles abusos en nuestras libertades causados por las normas de convivencia social en el contexto de la emergencia sanitaria.

En el caso concreto de las mascarillas faciales, en general, se ha configurado como un deber por razón de salud pública que reduce la posibilidad de que las gotas respiratorias que contienen el virus infecten a otros, y, a pesar de su carácter controvertido, lo cierto es que no ha suscitado excesivos recelos jurídicos, concitando un consenso amplio mundial, aunque el ámbito espacial de su uso obligatorio variase en los diferentes países —se ha impuesto extendidamente en lugares cerrados, en los medios de transporte público y en centros urbanos concurridos—. Con independencia de que algún sector de la población lo juzgue como un elemento indigno e inhumano, hasta ahora no se ha podido demostrar en sede judicial que constituya una obligación personal que atente contra sus libertades fundamentales.

Ello, no obstante, y sin ánimo de ahondar demasiado en la ponderación entre la seguridad sanitaria y derechos constitucionales probablemente sacrificados, quizá el problema es que los recursos planteados en protección jurisdiccional no hayan esbozado adecuadamente los derechos fundamentales de la personalidad afectados por la obligatoriedad del uso de mascarillas. Así, por ejemplo, podría haberse invocado de manera más reforzada y consistente la vulneración de los derechos a la libertad de expresión —la libre forma de manifestarnos realizando nuestra identidad personal y de comunicarnos sin trabas con todo el muestrario de nuestros gestos faciales— (62), a la propia imagen —que incluye la representación simbólica de uno mismo y la facultad de utilizar o no determinadas prendas de vestir o cualquier complemento que afecte a nuestra imagen externa(63)— o in-

que del análisis riguroso del principio de proporcionalidad y sus exigencias no puede concluirse que concurre ni el subprincipio de necesidad ni el subprincipio de idoneidad o adecuación. Pese al riesgo que el virus Covid-19 supone para la población, no tiene la entidad y gravedad suficiente (en comparación con otras pandemias, por ejemplo, de Ébola) para haber acudido al sacrificio de derechos en los términos en los que se ha llevado a cabo, amén de haberse incrementado otros problemas de la salud pública (patologías psicológicas): «Los perjuicios e injerencias en el ámbito de los derechos y libertades de los/as ciudadanos/as han sido numerosos y de notoria entidad y el beneficio para el interés general (salud pública) no puede reputarse mayor a ese perjuicio cuando, además, existían otras medidas alternativas, de menor gravedad y afección para la esfera de los derechos y libertades fundamentales».

(62) De hecho, en relación con la práctica nudista, la sentencia de 28 de octubre de 2014 del TEDH declaró que la desnudez pública puede ser entendida como una forma de expresión formando parte de la libertad de expresión (art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos).

(63) TAJADURA TEJADA, J., «Uso de mascarilla y «reserva de ley»», en *El País*, 22 de julio de 2020. Y, por ende, considera que no era admisible que las consejerías autonómicas estableciesen esta concreta obligación limitadora de derechos fundamentales mediante simples disposiciones regla-

cluso a la libertad ideológica(64). Resultaría interesante emplazar al TC en un recurso de amparo o al mismo TS en otro recurso de protección jurisdiccional de derechos fundamentales para que se pronuncie ante la proclamación de esos derechos relacionados con la imagen y los rasgos identificativos de uno mismo.

En el Estado español, tanto por parte del Gobierno central como por los gobiernos autonómicos han optado por establecer su exigencia cuasi-absoluta como contramedida de cumplimiento necesario, cuya inobservancia se tipifica como infracción y acarrea una sanción administrativa. Lógico si tenemos en cuenta que a lo largo de esta pandemia viral se ha legislado pensando sobre todo en la vida de las grandes ciudades donde más se concentra la gente, proporcionando remedios homogéneos y comunes para realidades tremendamente heterogéneas y disimiles. Y lógico también si existe una percepción de que no es bastante con apelar al valor de la solidaridad social y confiar en la responsabilidad y sentido común de la ciudadanía a través de recomendaciones, de forma que se termina recurriendo a la prohibición y al castigo sin apenas excepciones o resquicios(65). Sin embargo, su obligatoriedad no resulta racional en todas las circunstancias, y tal y como se halla planteada actualmente en la Ley 2/2021, de 29 de marzo, de «de nueva normalidad» se antoja excesiva(66), por lo que existe un amplio margen para

mentarias autonómicas, sino que su imposición debería haberse reservado a una Ley Orgánica de las Cortes Generales.

(64) Si bien con grandes reservas: a saber, la obligatoriedad del uso de mascarillas guarda semejanza con conflictos relacionados con las ordenanzas municipales sobre la práctica del nudismo en playas o piscinas, y el TS, en las sentencias 9 de mayo de 2016 (Id Cendoj 28079130042016100150) o 11 de mayo de 2016 (Id Cendoj 28079130042016100151), argumenta que la actitud personal consistente en estar desnudo en un espacio público, como la playa, no constituye manifestación del derecho fundamental a la libertad ideológica previsto en el art. 16 CE: «no entendemos que el derecho a la libertad ideológica contenido en el artículo 16.1 de la Constitución resulte afectado en el supuesto que analizamos ni, por tanto, que la Ordenanza en estudio afecte a la dimensión externa de tal derecho fundamental (es decir, al *agere licere* o facultad de actuar con arreglo a las propias ideas sin sufrir por ello sanción, compulsión o injerencia de los poderes públicos), pues no puede compartirse la idea de que «estar desnudo» en cualquier espacio público constituya, sin más, la manifestación externa de la libertad de pensamiento, ideas o creencias o que la desnudez misma deba ser entendida como un auténtico derecho ejercitable en todo lugar público». Se trata de una cuestión de determinar las pautas de convivencia social admitidas, y adoptar medidas destinadas a preservar la convivencia pacífica, a la par que impidan su perturbación para asegurar la tranquilidad de los ciudadanos y el buen uso de los espacios públicos, entendiendo que la práctica del nudismo en los espacios públicos «dista mucho de ser, en el momento actual, aceptada con el grado mayoritario».

(65) Tampoco ha existido una gobernanza colaborativa con la sociedad, sino que la Administración ha asumido la tutela absoluta privando a la ciudadanía de la gobernanza y la responsabilidad de la gestión, pero culpabilizándola cuando la situación se desbordaba.

(66) La norma es pertinente para minimizar los riesgos en lugares con alto potencial de contagio: en espacios cerrados, en condiciones en que no se puede guardar distancias de seguridad interpersonal o en lugares públicos donde se produce una gran concentración de personas, pero en otras situaciones en que alguien se encuentra solo en la montaña, en el campo, en una playa remota o en cualquier otro espacio natural abierto sin concurrencia de otras personas, su porte resulta de escasa

ajustar unas condiciones de uso más razonables a través de una modificación legal. De lo contrario, los recursos por la vía contencioso-administrativa que ataquen las disposiciones reguladoras de la utilización de mascarillas que no contemplen límites temporales, geográficos o de identificación de vectores de población destinataria tendrán claros visos de prosperar, por su carácter desproporcional y por no atender al principio de razonabilidad (67). Hay que volver a recordar, una vez más, que las obligaciones personales tienen que suponer más beneficios para el interés general que perjuicios para los derechos y libertades de los ciudadanos a nivel individual.

En todo caso, hay que recordar dos de las características de este tipo de medidas protectoras de contención: su excepcionalidad y transitoriedad, en función de la evolución de la situación epidemiológica y de la vacunación. Lo cual se traduce en que en el momento en que se demuestren perjuicios individuales para la salud física o mental por su utilización prolongada, o no se justifique su uso porque el virus esté bajo control y los inconvenientes superen los beneficios de la prevención, deberá cesar o al menos modular las condiciones de su utilización, de suerte que no causen más daños de tipo médico o social. Las mascarillas de protección son precisamente para ello: para la protección.

En el estado actual de las cosas, las mascarillas integran un equipo protector funcional, que, con independencia de su mayor o menor eficiencia, ha resultado útil para mantener la vida común en sociedad en la medida en que ha permitido el desarrollo de las actividades de la vida ordinaria en términos asumibles sin grandes costes y riesgos individuales. No obstante, todas las medidas obligatorias, entre ellas la que nos ocupa, deben suponer soluciones con apoyatura científico-sanitaria sólida y reunir condiciones apropiadas y acordes al contexto y al momento, de forma que la exigencia de mascarillas deberá ir relajándose y tender a desaparecer, sobre todo en espacios exteriores. Debe importar más su efectividad real para impedir la transmisión de virus que conservar el valor simbólico de una máscara recordatoria del deber de guardar prudencia y distanciamiento físico. Tanto por el contexto estético de labrar nuevamente una sociedad más abierta, interactiva y sonriente (68) —y volver a ver sin cortapisas la expresión facial del prójimo—,

utilidad, hasta ridículo. Incluso en la propia ciudad, rige el absurdo de que es obligatorio llevar la mascarilla por una amplia y solitaria avenida a horas tempranas, y al entrar en un establecimiento interior como un bar o restaurante donde hay más gente podemos desprendernos de ella ocasionalmente para consumir (y ocasionalmente en los ratos de no consumo para que las personas que nos acompañan nos escuchen mejor); o el contrasentido cuando se cruzan una persona realizando una actividad física o corriendo con ella y la persona fumadora que no la lleva.

(67) Dejando de lado las dudas legales sobre hasta qué punto puede ser objeto de regulación esta materia mediante órdenes ministeriales y órdenes autonómicas como se ha venido haciendo.

(68) En el sentido también de que es un tapabocas que dificulta la comunicación verbal y compromete el lenguaje corporal que se comunica a través de la expresión de la cara.

como por sus reconocidas incomodidades y molestias —y que nuestro sistema respiratorio pueda volver a inhalar aire sin barreras—, seguramente todos deseamos que sea una prenda que pase de moda.

Bibliografía

- ALONSO TIMÓN, A.J., «La revisión judicial de las medidas limitativas de derechos en el marco de la Covid-19», en *ICADE, Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 110, julio-diciembre 2020.
- ÁLVAREZ BUJÁN, M.V., «A propósito del estado de alarma decretado en España por causa del Covid-19: el olvido del principio de proporcionalidad», en *RVAP*, núm. 119, Enero-Abril 2021.
- CANTERO MARTÍNEZ, J., «La intervención administrativa en los derechos fundamentales de las personas por motivos de salud pública», en *Revista española de Derecho Administrativo* 210, Enero-Marzo 2021.
- CARRILLO LÓPEZ, M., «Derechos de excepción y garantía de los derechos en tiempo de pandemia», en *Legebiltzarreko Aldizkaria-LEGAL-Revista del Parlamento Vasco (1)*, 2020.
- COBREROS MENDAZONA, E. «Salud pública y tratamientos sanitarios obligatorios», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 93-94, 2021 (monográfico dedicado a: La vacunación contra el coronavirus).
- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE MAYORDOMO, P., «Los derechos fundamentales en estado de alarma: una suspensión inconstitucional», en *RVAP*, núm. 119, Enero-Abril 2021.
- FERNANDO PABLO, M. M., (2021), «Sobre la creación, categorización y aplicación de la nueva legalidad: alarma en el Estado de derecho», en *Revista de Administración Pública*, núm. 214, 2021.
- GÓMEZ ABEJA, L., «Los derechos de los menores durante el estado de alarma», en *Coronavirus y derecho en estado de alarma*, Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla (dir.), Editorial Reus, Madrid 2020.
- ROGEL VIDE, C., «Tercera edad, derechos y estado de alarma», en *Coronavirus y derecho en estado de alarma*, Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla (dir.), Editorial Reus, Madrid 2020.
- OLMEDO PALACIOS, M., «La sentencia del TEDH en el asunto S.A.S. c. Francia [GC], núm. 43835/2011, ECHR 2014, sobre la prohibición del velo integral en lugares públicos», en *Diario la Ley* núm. 8363, 2014.
- TAJADURA TEJADA, J., «Uso de mascarilla y «reserva de ley»», en *El País*, 22 de julio de 2020.
- VAINSHELBOIM, Baruch, «Facemask in the COVID-19 era: A health hypothesis», en *Medical Hypotheses*, 146 (2021).

Notas



Sobre la Administración competente para sancionar a los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional interinos

On the competent Administration to sanction temporary civil servants from Local Entities with a national habilitation

ANTONIO EZQUERRA HUERVA

Profesor titular de Derecho Administrativo
Universidad de Lérida
antonio.ezquerro@udl.cat
ORCID: 0000-0001-5433-2148

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.120.2021.10>

LABURPENA: Lan honek xedetzat dut martxoaren 16ko 128/2018 Errege Dekretuaren 61. eta 62. artikuluen zilegitasun juridikoa aztertzea (Estaturako gaikuntza duten toki-administrazioako funtzionarioen araubide juridikoa arautzen du Errege Dekretu horrek). Artikulu horiek administrazio publiko ezberdinei ematen die Estatuko gaikuntza duten toki-administrazioako funtzionarioen gaineko diziiplina-ahala, azken horiek karrerako edo bitarteko funtzionarioak diren. Defendatzen duen ondorioa da bereizketa hori bitarteko funtzionarioen aurkako diskriminaziozko tratu bidegabe bat dela.

HITZ GAKOAK: Estatuko gaikuntza duten toki-administrazioako funtzionarioak. Bitarteko funtzionarioak. Diziiplina-ahala. Tratu-berdintasuna lan-baldintzetan.

ABSTRACT: This paper analyses the legal legitimacy of articles 61 and 62 of the Royal Decree 128/2018, of March 16, regulating the legal regime of Local Administrations' civil servants with a national habilitation. Articles 61 and 62 attribute disciplinary power over the aforementioned officials to different Public Administrations depending on whether they are permanent or temporary civil servants. The analysis leads to the conclusion that such a distinction constitutes a discriminatory treatment towards temporary civil servants.

KEYWORDS: Civil Servants from Local Entities with national habilitation. Temporary civil servants. Disciplinary power. Equal treatment in working conditions.

RESUMEN: El presente trabajo tiene por objeto el estudio de la legitimidad jurídica de los arts. 61 y 62 del Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional, los cuales atribuyen la potestad disciplinaria sobre

los funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional a administraciones públicas distintas según se trate de funcionarios de carrera o interinos. La conclusión que se sostiene es que dicha diferenciación constituye un injustificado trato discriminatorio a los funcionarios interinos.

PALABRAS CLAVE: Funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional. Funcionarios interinos. Potestad disciplinaria. Igualdad de trato en las condiciones de trabajo.

Trabajo recibido el 30 de abril de 2021

Aceptado por el Consejo de Redacción el 21 de mayo de 2021

Sumario: I. Introducción.—II. La regulación de la administración competente para ejercer la potestad disciplinaria sobre los FALHN. —III. La ilegitimidad jurídica de la atribución de la potestad disciplinaria a administraciones distintas según se trate de FALHN de carrera o interinos: 1. La necesaria equiparación de las condiciones de trabajo de los FALHN de carrera e interinos: A) El régimen general de la exigencia jurídica de trato no discriminatorio en las condiciones de trabajo de los funcionarios interinos respecto de los funcionarios de carrera. B) El carácter injustificadamente discriminatorio de atribuir la potestad disciplinaria a administraciones distintas en función del carácter permanente o temporal del vínculo profesional de los FALHN: a) La administración competente para ejercer la potestad disciplinaria como «condición de trabajo» de los FALHN. b) El carácter comparable de los FALHN de carrera e interinos. c) La inexistencia de «razones objetivas» que justifiquen un trato diferenciado a los FALHN interinos en lo concerniente a la administración competente para ejercer la potestad disciplinaria sobre los mismos. 2. La vulneración del principio de jerarquía normativa y de los principios de interdicción de la arbitrariedad y proporcionalidad por parte de los arts. 61 y 62 RFALHN.—IV. Conclusiones.—Bibliografía citada.

I. Introducción

La diferenciación entre funcionarios de carrera y funcionarios interinos ha sido tradicionalmente foco u origen de abundantes controversias jurídicas, al menos en lo que a España se refiere. Ello es debido a numerosas circunstancias en las que no procede ahondar ahora, pero entre las que me permito destacar las dos siguientes. Por un lado, las diferencias de régimen jurídico que, en detrimento de los funcionarios interinos respecto de los de carrera, ha establecido habitualmente el propio ordenamiento jurídico. Y por otro lado, y en estrecha vinculación con la idea anterior, el abuso por parte de las administraciones públicas sin excepción en el nombramiento de funcionarios interinos, atraídas por las mayores facilidades de reclutamiento y cese y, en general, para verse favorecidas por el indicado marco normativo o régimen jurídico debilitado de los funcionarios interinos.

El presente trabajo no tiene por objeto el examen general del régimen jurídico de los funcionarios interinos y de la problemática ocasionada acerca del mismo(1). Por el contrario, el propósito de este estudio, mu-

(1) Como indico en el texto, el presente trabajo no tiene por objeto abordar la problemática jurídica general que envuelve a los funcionarios interinos. Se trata, por lo demás, de una cuestión sobre la que han corrido ríos de tinta, sobre todo —aunque no exclusivamente— en los últimos años y al hilo de las advertencias que desde distintas instancias de la Unión Europea van llegando al Es-

cho más modesto, se centra en el análisis de un aspecto bien concreto, a saber: la atribución de la potestad disciplinaria sobre los funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional (en adelante FALHN) a administraciones distintas, según el infractor tenga la condición de funcionario de carrera o, por el contrario, preste servicios como interino. Sin perjuicio del mayor detalle expositivo con el que la cuestión será abordada en los apartados siguientes, a efectos introductorios conviene precisar que los apartados 10 y 11 del art. 92 bis LRBRL distribuyen dicha potestad entre las administraciones del Estado, autonómicas y locales en función de la gravedad de la falta cometida y del tipo de sanción procedente en cada caso. Dicha asignación de la potestad disciplinaria se lleva a cabo, y este dato es importante, de manera indiferenciada, es decir, sin distinguir entre FALHN de carrera e interinos.

Los arts. 61 y 62 del Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional (en adelante RFALHN), en su labor de desarrollo o complemento de los indicados apartados 10 y 11 del art. 92 bis LRBRL introducen, en cambio, un matiz importante. Más exactamente, mantienen en lo esencial el marco competencial definido en la LRBRL, pero lo vinculan de manera exclusiva a los FALHN de carrera. Ello entraña, a la postre, que la potestad disciplinaria sobre los FAHLN interinos incumba en todo caso a la administración local que en cada ocasión corresponda.

El objeto en torno al que gira el presente trabajo se centra, en definitiva, en dilucidar si la distinción introducida por los aludidos arts. 61 y 62 RFALHN en lo concerniente a la titularidad de la potestad disciplinaria sobre los FALHN es jurídicamente legítima. Anticipo que, a mi juicio, dicha diferenciación constituye un trato discriminatorio en perjuicio de los FALHN interinos, por lo que, en este aspecto específico, los indicados preceptos reglamentarios han de reputarse nulos o, en cualquier caso, han de ser reinterpretados en el sentido de garantizar la igualdad de trato con los FALHN de carrera.

II. La regulación de la administración competente para ejercer la potestad disciplinaria sobre los FALHN

En el ordenamiento jurídico vigente en la actualidad, la determinación de la administración competente para ejercer la potestad disciplinaria so-

tado español acerca del denominado «abuso de la interinidad» en las administraciones públicas. En todo caso, para un estudio general del régimen y de la problemática jurídica de los funcionarios interinos, con muy interesantes y fundadas propuestas para intentar solventar las indicadas controversias y dificultades, SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Régimen jurídico de los funcionarios interinos*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2020.

bre los funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional se encuentra regulada en dos normas jurídicas diversas. Por un lado, y con carácter básico, en los apartados 10 y 11 del art. 92 bis LRBRL, concernientes respectivamente a la competencia para incoar y para resolver los expedientes disciplinarios. Y, por otro lado, en desarrollo reglamentario de las previsiones contenidas en los indicados preceptos, en los arts. 61 y 62 RFALHN, referidos asimismo, de manera respectiva, a la incoación y a la resolución de los procedimientos disciplinarios.

Como no podía ser de otro modo, dado el principio de jerarquía normativa y el papel que en nuestro escenario jurídico-constitucional corresponde a todo desarrollo reglamentario, ambos tratamientos normativos son esencialmente coincidentes, por supuesto en la línea marcada por la Ley básica de régimen local. La indicada concordancia no es sin embargo absoluta, sino que, en lo que aquí interesa, los preceptos del RFALHN introducen un trato diferenciado en función de si el funcionario local con habilitación de carácter nacional sobre el que se proyecta la acción disciplinaria es funcionario de carrera o, en cambio, tiene la condición de interino. Dicha distinción se contempla, además, tanto en lo tocante a la competencia para la incoación del procedimiento disciplinario como en lo que atañe a la resolución del mismo. Dado que el presente trabajo tiene por objeto exclusivo abordar el estudio acerca de si la diferencia de trato en cuestión resulta o no jurídicamente legítima, conviene exponer con cierto detalle los términos de la misma.

Los ya citados apartados 10 y 11 del art. 92 bis LRBRL, sin alusión alguna al tipo de vínculo funcional, de carrera o interino, diseñan un régimen disciplinario de los habilitados nacionales caracterizado por que las administraciones locales en que estos presten servicios únicamente son competentes para la incoación de los procedimientos y la imposición de sanciones por la comisión de falta leves. En el resto de supuestos, esto es, con relación a las faltas disciplinarias graves y muy graves, tanto la competencia para incoar el expediente, como la competencia para, en su caso, imponer la sanción, «escapan» del ámbito local, al estar atribuidas a la administración autonómica y a la administración del Estado, según los casos.

Más exactamente, el art. 92 bis.10 LRBRL dispone que la incoación del procedimiento disciplinario incumbe a la administración del Estado en caso de que los hechos pudiesen ser constitutivos de infracción muy grave, a la administración autonómica cuando pudiesen ser calificados como falta grave y, en fin, a la propia administración local en caso de faltas leves. Por su parte, y en relación con la resolución del procedimiento o, lo que es sinónimo, la imposición de la sanción, el art. 92 bis.11 LRBRL establece que la competencia corresponde a la administración del Estado cuando la sanción que recaiga sea por falta muy grave tipificada en la

normativa básica estatal, a la administración de la Comunidad Autónoma cuando se trate de imponer sanciones de suspensión de funciones y destitución no derivadas de la comisión de faltas muy graves tipificadas en la legislación básica estatal, y, finalmente, a la propia corporación local siempre que la sanción derive de la comisión de faltas leves.

El planteamiento de la LRBRL que acaba de quedar apuntado se reproduce en los arts. 61 y 62 RFALHN con tan solo dos precisiones. Por un lado, el art. 62 reserva en todo caso a la administración del Estado la competencia para imponer la sanción de separación del servicio, es decir, tanto si la misma deriva de la comisión de una falta muy grave tipificada en la legislación básica estatal como si es consecuencia de otro tipo de infracción. Y por otro lado, en lo que constituye el origen del interrogante interpretativo objeto del presente trabajo, los dos preceptos reglamentarios citados establecen expresamente que el régimen competencial expuesto se refiere «a los funcionarios de carrera de administración local con habilitación de carácter nacional». A la luz de la regulación reglamentaria, por tanto, la competencia para incoar y resolver los procedimientos disciplinarios contra FALHN interinos correspondería en todo caso a la entidad local en la que se cometió la falta, con independencia tanto de la gravedad de la misma como del tipo de sanción que tenga normativamente anudada.

La duda interpretativa que plantea la regulación descrita es evidente por demás. Como he anticipado en el apartado introductorio, la misma consiste en dilucidar si la diferencia de tratamiento a efectos disciplinarios que establece el RFALHN está justificada y, por ende, constituye un legítimo desarrollo de la regulación contenida en el art. 92 bis.10 y 11 LRBRL, en el que, como se ha observado, no se distingue entre funcionarios de carrera e interinos, o, por el contrario, la diferenciación en cuestión carece de fundamento y debe reputarse ilegítima por discriminatoria para los interinos y, en definitiva, contraria a la legislación estatal básica.

III. La ilegitimidad jurídica de la atribución de la potestad disciplinaria a administraciones distintas según se trate de FALHN de carrera o interinos

A mi juicio, la recta interpretación del Derecho aplicable al interrogante interpretativo planteado conduce derechamente a la conclusión de que el ejercicio de la potestad disciplinaria contra los funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional ha de corresponder en todo caso a las mismas instancias o administraciones públicas, sin que sea jurídicamente legítimo establecer diferencias al respecto en función del carácter interino o de carrera del funcionario presunto infrac-

tor. Esta conclusión equivale, en definitiva, a sostener la nulidad de los arts. 61 y 62 RFALHN, en la medida en que introducen el indicado régimen competencial dual en la materia o, cuando menos, a reconducir su interpretación al sistema unitario que establece el art. 92 bis LRBRL en sus apartados 10 y 11.

Son fundamentalmente dos los argumentos jurídicos que a mi entender conducen a dicha conclusión. Por un lado, la exigencia jurídica, establecida en el ordenamiento jurídico vigente y ampliamente reconocida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y por los tribunales internos españoles, de que las condiciones de trabajo de los funcionarios interinos sean las mismas que rigen para los funcionarios de carrera. Y por otro lado, la prevalencia que por mor del principio de jerarquía normativa corresponde a la regulación contenida en la LRBRL frente a regulación establecida en el RFALHN, de suerte que el régimen competencial dual o diferenciado establecido en este último constituiría un desarrollo incorrecto y nulo de las previsiones contenidas en la citada Ley estatal básica de régimen local.

A continuación desarrollo ambos argumentos de manera individualizada.

1. La necesaria equiparación de las condiciones de trabajo de los FALHN de carrera e interinos

A) EL RÉGIMEN GENERAL DE LA EXIGENCIA JURÍDICA DE TRATO NO DISCRIMINATORIO EN LAS CONDICIONES DE TRABAJO DE LOS FUNCIONARIOS INTERINOS RESPECTO DE LOS FUNCIONARIOS DE CARRERA

Como he anticipado, uno de los argumentos que avalan que la competencia para incoar y resolver los procedimientos disciplinarios a los funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional haya de corresponder a las mismas administraciones públicas tanto si los mismos son de carrera como interinos, deriva de la exigencia jurídica de que las condiciones de trabajo sean las mismas para uno y otro tipo de funcionarios públicos.

En los términos a que de inmediato me referiré, dicha exigencia jurídica de igualdad de trato está expresamente reconocida en el ordenamiento jurídico vigente, y ampliamente avalada tanto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como por los tribunales de justicia españoles, que con arreglo a la misma han ido equiparando la posición jurídica de los funcionarios interinos a la de los funcionarios de carrera en numerosos ámbitos en que la legislación establece algún tipo de trato discriminatorio injustificado entre unos y otros.

En el terreno del Derecho positivo, la exigencia de igualdad de condiciones de trabajo de los funcionarios de carrera y de los funcionarios interinos se recoge tanto en el Derecho interno español como en el Derecho de la Unión Europea, si bien la claridad y la rotundidad con que regula la cuestión, así como sus repercusiones concretas o tangibles, a las que seguidamente prestaré atención, determinan que este último ocupe sin duda una posición crucial sobre el particular.

Por lo que se refiere al Derecho interno español, resulta clave el art. 10.5 TREBEP, a cuyo tenor: «[a] los funcionarios interinos les será aplicable, en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera». Los tribunales de justicia, con el Tribunal Supremo a la cabeza, tienen sentado que dicho precepto implica que «a los funcionarios interinos les resulta aplicable el régimen general de los funcionarios de carrera en todo lo que no sea incompatible con la provisionalidad de su nombramiento» (2).

En todo caso, la previsión normativa de mayor calado en orden a la igualdad de condiciones de trabajo entre funcionarios de carrera y funcionarios interinos se recoge en el Derecho de la Unión Europea; más exactamente en la Directiva 1999/70/CEE, del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, en la que se incluye como anexo el Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada. No en vano, desde su entrada en vigor y, en particular, en los últimos años, esta norma constituye la base argumental sobre la que se asientan multitud de decisiones judiciales orientadas a laminar diferencias de trato injustificadamente discriminatorias para los funcionarios interinos respecto de los funcionarios de carrera (3).

(2) Véase en ese sentido, a simple título de ejemplo, la STS de 40/2020, de 20 de enero (rec. núm. 2677/2017), y la STSJ Madrid núm. 596/2020 de 11 septiembre (rec. núm. 1146/2019).

(3) Sin ánimo alguno de exhaustividad, y por lo que se refiere al TJUE, STJUE de 8 de septiembre de 2011 (C-177/2010, *Rosado Santana*), STJUE de 18 de octubre de 2012 (C-302/11 a C-305/11, *Valenza et. alt.*), STJUE de 13 de marzo de 2014 (C-38/13, *Nierodzik*), STJUE de 14 de diciembre de 2016 (C-596/14, *De Diego Porras-I*), ATJUE de 9 de febrero de 2017 (C-443/16, *Rodrigo Sanz*); STJUE de 13 de septiembre de 2007 (C-307/05, *Del Cerro Alonso*), STJUE de 22 de diciembre de 2010 (C-444/09 y C-456/09, *Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres*), STJUE de 9 de julio de 2015 (C-177/14, *Regojo Dans*), ATJUE de 9 de febrero de 2012 (C-556/11, *Lorenzo Martínez*), ATJUE de 21 de septiembre de 2016 (C-631/15, *Álvarez Santirso*), ATJUE de 22 de marzo de 2018 (C-315/17, *Centeno Meléndez*), o STJUE de 21 de noviembre de 2018 (C-619/17, *De Diego Porras-II*).

Asimismo, en la jurisprudencia española, STS de 30 de junio de 2014 (rec. núm. 1846/2013); STS núm. 1796/2018, de 18 de diciembre de 2018 (rec. núm. 3723/2017); STS de 25 de febrero de 2019 (rec. núm. 4336/2017); STS de 6 de marzo de 2019 (rec. núm. 2595/2017); STS de 29 de octubre de 2019 (rec. núm. 2237/2017); STSJ Valencia núm. 597/2020, de 16 de septiembre (rec. núm. 353/2017); STSJ Valencia núm. 593/2020, de 16 de septiembre (rec. núm. 456/2018); STSJ Valencia núm. 592/2020, de 16 de septiembre (rec. núm. 451/2018); STSJ Valencia núm. 596/2020, de 16 de septiembre (rec. núm. 324/2018); STSJ Valencia núm. 599/2020, de 16 de septiembre (rec. núm. 457/2018); STSJ Cataluña núm. 206/2019 de 2 abril (rec. núm. 206/2019).

Poner coto a dichas disparidades de régimen jurídico es, al fin y al cabo, el objetivo expresamente marcado por la indicada Directiva 1999/70/CEE. En ese sentido es claro el Preámbulo del Acuerdo Marco incorporado a la misma como anexo, en el que se afirma textualmente lo siguiente:

«El presente Acuerdo establece los principios generales y los requisitos mínimos relativos al trabajo de duración determinada, reconociendo que su aplicación detallada debe tener en cuenta la realidad de las situaciones nacionales, sectoriales y estacionales específicas. Ilustra la voluntad de los interlocutores sociales de establecer un marco general para garantizar la igualdad de trato a los trabajadores con un contrato de duración determinada, protegiéndolos contra la discriminación, y con el fin de utilizar contratos laborales de duración determinada sobre una base aceptable para los empresarios y los trabajadores».

Dicha declaración contenida en el Preámbulo del Acuerdo Marco aparece concretada en el clausulado del mismo. Así, en el apartado a) de la Cláusula 1, relativa a la delimitación de su objeto, se dispone que el mismo tiene por finalidad: «a) mejorar la calidad del trabajo de duración determinada garantizando el respeto al principio de no discriminación». Y, por su parte, y de modo capital a los efectos del presente trabajo, la Cláusula 4, reguladora del «principio de no discriminación» de trabajadores con contrato de duración determinada respecto de los trabajadores con contrato de duración indefinida comparable, dispone en su apartado 1 literalmente lo siguiente:

«Por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas».

El transcrito apartado 1 de la Cláusula 4 del Acuerdo Marco es rotundo e inequívoco en cuanto a la exigencia de que las condiciones de trabajo sean las mismas para los trabajadores con contrato de duración determinada que para los trabajadores con contrato de duración indefinida com-

núm. 220/2018); STSJ Cataluña núm. 185/2019 de 25 marzo (rec. núm. 625/2017); y STSJ Madrid núm. 514/2021, de 20 de abril (rec. núm. 670/2019).

parable, limitando la posibilidad de establecer condiciones de trabajo distintas a los supuestos en que ello esté justificado en la concurrencia de razones objetivas. Se trata, además, de una exigencia de igualdad de trato que, como ha reconocido de manera reiterada la jurisprudencia, no se refiere exclusivamente a los trabajadores del sector privado, sino que despliega sus efectos por igual en el ámbito público y, en particular, en la delimitación de las condiciones de trabajo de los funcionarios interinos.

De hecho, tras el estudio de la jurisprudencia del TJUE e interna española, me atrevería a decir que el ámbito en que dicha regulación ha tenido —y continúa teniendo— una mayor impronta es el concerniente al régimen jurídico de los funcionarios interinos. Buena muestra de ello la constituye el hecho de que el común de los pronunciamientos judiciales aludidos en el presente trabajo tienen por objeto resolver controversias concernientes a posibles discriminaciones en las condiciones de trabajo de funcionarios interinos respecto de funcionarios de carrera. En todo caso, que la exigencia de igualdad de trato impuesta por la Directiva 1999/70/CEE alcanza o atañe también a los funcionarios con independencia del carácter definitivo o temporal del vínculo con la administración para la que prestan servicios, ha sido abiertamente afirmado por los Tribunales. Sirva en ese sentido referirse a la STS núm. 225/2020, de 18 de febrero (4), que, haciéndose eco de otras sentencias anteriores, tanto del propio TS como del TJUE, afirma lo siguiente:

«En la referida sentencia de 30 de junio de 2014, resaltando las razones de la no contradicción de las previamente dictadas de 23 de mayo de 2011 (casación 4881/2008), de 18 de febrero de 2013 (casación 4842/2011), de 18 de febrero (sic) y 29 de febrero de 2012 (casación 1707 y 3744/2009), y de 21 de marzo de 2012 (casación 3298/2009), alguna de las cuáles son opuestas en este recurso por la parte recurrida, admitimos el derecho a la carrera profesional de los estatutarios interinos de larga duración con base [...] (ii) en la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de septiembre de 2011 (asunto C- 177/2010), que al resolver una cuestión prejudicial en torno a la Directiva 1999/70/CE, exige que se excluya toda diferencia de trato entre los funcionarios de carrera y los funcionarios interinos comparables de un Estado miembro basada en el mero hecho de que éstos tienen una relación de servicio de duración determinada, a menos que razones objetivas justifiquen un trato diferente».

(4) STS núm. 225/2020, de 18 de febrero (rec. núm. 4099/2017).

Como ya se ha indicado, este principio de no discriminación de los funcionarios interinos respecto de los funcionarios de carrera ha determinado que, progresivamente, la jurisprudencia haya ido equiparando el régimen jurídico de los primeros (interinos) al de los segundos (de carrera) en ámbitos en que, bien directamente la legislación, bien una interpretación desafortunada de la misma por parte de las diversas administraciones públicas, imponían un trato discriminatorio. A modo de ejemplo, la aplicación a la Cláusula 4 del Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada ha conducido a los tribunales a reconocer a los funcionarios interinos de larga duración el derecho a la carrera profesional y a las consecuencias económicas derivadas del mismo (5), el derecho de acceso a la situación administrativa de servicios especiales (6), o, en fin, el derecho a la estabilidad en el empleo, a determinadas condiciones vinculadas al cese, las garantías del régimen disciplinario, y al acceso y selección con arreglo a los principios de objetividad e igualdad de trato (7).

Dicha equiparación de régimen jurídico no es sin embargo plena, sino que en otras ocasiones los tribunales han entendido que el régimen diferenciado en perjuicio de los funcionarios interinos está justificado en razones objetivas, por lo que no cabe reputarlo como ilegítimamente discriminatorio. Tal es el caso, por ejemplo, del cese de los profesores interinos durante los meses de verano (8), o la improcedencia de indemnización por

(5) En ese sentido, por ejemplo, STJUE de 21 de septiembre de 2016 (C-631/15, *Álvarez Santirso*), ATJUE de 22 de marzo de 2018 (C-315/7, *Centeno Meléndez*), STS de 30 de junio de 2014 (rec. núm. 1846/2013); STS núm. 1796/2018, de 18 de diciembre de 2018 (rec. núm. 3723/2017); STS núm. 227/2019, de 21 de febrero (rec. cas. 1805/2017); STS núm. 239/2019, de 25 de febrero de 2019 (rec. núm. 4336/2017); STS núm. 293/2019, de 6 de marzo (rec. núm. 2595/2017); STS núm. 225/2020, de 18 de febrero (rec. núm. 4099/2017); STSJ Valencia núm. 596/2020, de 16 de septiembre (rec. núm. 324/2018); STSJ Valencia núm. 592/2020, de 16 de septiembre (rec. núm. 451/2018); STSJ Valencia núm. 593/2020, de 16 de septiembre (rec. núm. 456/2018); STSJ Valencia núm. 599/2020, de 16 de septiembre (rec. núm. 457/2018); STSJ País Vasco núm. 200/2020, de 8 de julio (rec. núm. 339/2020); y STSJ Madrid núm. 514/2021, de 20 de abril (rec. núm. 670/2019).

(6) Al respecto, STSJ Valencia núm. 597/2020, de 16 de septiembre (rec. núm. 353/2017).

(7) Sobre el particular, STS núm. 1782/2017 de 21 noviembre (rec. núm. 2996/2016); STSJ de Andalucía (Granada) núm. 1311/2016, de 9 de mayo; STSJ Cataluña núm. 206/2019 de 2 abril (rec. núm. 220/2018); y STSJ Cataluña núm. 185/2019, de 25 marzo (rec. núm. 625/2017).

(8) Véase en tal sentido, por ejemplo, la STJUE de 21 de noviembre de 2018 (asunto C-245/17, *P. V. I. y E. V. G. contra Consejería de Educación de Castilla-La Mancha*), la STS núm. 1019/2019, de 9 de julio de 2019 (rec. núm. 1930/2017); la STS núm. 1024/2020, de 16 de julio (rec. núm. 793/2018); la STS núm. 1638/2020, de 1 de diciembre (rec. núm. 2516/2019); la STS núm. 1655/2020, de 3 diciembre (rec. núm. 1809/2019); y la STS núm. 1741/2020, de 16 de diciembre (rec. núm. 1812/2019).

Conviene observar que los indicados pronunciamientos rectifican la interpretación sentada por el Tribunal Supremo en su sentencia núm. 966/2018, de 11 de junio (rec. núm. 3765/2015), en la que se declaraba que el indicado cese de los profesores interinos durante los meses de verano era discriminatorio y contrario a la Cláusula 4 del Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada.

cese de los funcionarios interinos (9). Ambos aspectos, han acabado siendo declarados no discriminatorios y, por ende, ajustados a la legalidad (10).

B) EL CARÁCTER INJUSTIFICADAMENTE DISCRIMINATORIO DE ATRIBUIR LA POTESTAD DISCIPLINARIA A ADMINISTRACIONES DISTINTAS EN FUNCIÓN DEL CARÁCTER PERMANENTE O TEMPORAL DEL VÍNCULO PROFESIONAL DE LOS FALHN

En los términos que acaban de quedar expuestos en el apartado precedente, tanto el art. 10.5 TREBEP como la Cláusula 4 del Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, incorporado como anexo a la Directiva 1999/70/CEE, del Consejo, de 28 de junio de 1999, imponen que las condiciones de trabajo de los funcionarios interinos han de ser las mismas que las de los funcionarios de carrera, salvo que concurran razones objetivas que justifiquen un trato diferenciado. Los funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional no son, por supuesto, una excepción a la anterior consideración o exigencia de trato igualitario, con independencia del carácter permanente o temporal de su vinculación profesional con la administración para la que prestan servicios. Siendo ello así de manera evidente e incuestionable, la conclusión acerca de la legitimidad o ilegitimidad jurídica del diferente régimen competencial para sancionarles en vía disciplinaria establecido en los arts. 61 y 62 RFALHN según sean interinos o de carrera, pasa necesariamente por dar respuesta a tres extremos o dudas diversos, los cuales derivan directamente de la precitada Cláusula 4 del Acuerdo Marco, y han sido sistematizados por una prolífica jurisprudencia del TJUE. Los interrogantes en cuestión son los siguientes:

- a) Si la Administración pública competente para la incoación y resolución de los procedimientos disciplinarios a los FALHN constituye una «condición de trabajo» a los efectos de la aplicación del aludido apartado 1 de la Cláusula 4 del Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada.

(9) La improcedencia de la indemnización a los funcionarios interinos cesados con arreglo a la legalidad es afirmada por buena parte de las SSTS citadas en la nota precedente, y se fundamenta principalmente en la consideración de que el cese de los profesores interinos durante el período veraniego no lectivo no es discriminatorio y, por consiguiente, se ajusta a la legalidad. En ese sentido, la STS núm. 1024/2020, de 16 de julio, (rec. núm. 793/2018); la STS núm. 1638/2020, de 1 de diciembre (rec. núm. 2516/2019); la STS núm. 1655/2020, de 3 diciembre (rec. núm. 1809/2019); y la STS núm. 1741/2020, de 16 de diciembre (rec. núm. 1812/2019).

(10) Para una aproximación más detallada a la casuística jurisprudencial sobre la equiparación de derechos entre funcionarios interinos y de carrera, de la que sólo he pretendido aportar una pequeña muestra a título ilustrativo, véase a SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho de la función pública*, Tecnos, Madrid, 13.ª edición, 2020, págs. 89-91.

- b) Si los FALHN interinos se hallan en una situación comparable a los funcionarios de carrera del indicado cuerpo funcional.
- c) En caso de que las respuestas a las cuestiones anteriores sean afirmativas, si concurre alguna razón objetiva que justifique que la indicada competencia para incoar y resolver los procedimientos administrativos corresponda a administraciones públicas diferentes según el FALHN sea de carrera o interino.

Como ya he anticipado, en mi opinión un correcto conocimiento del régimen jurídico de los funcionarios locales habilitados, junto a una adecuada comprensión del sentido o razón de ser de la atribución de la potestad disciplinaria sobre los mismos a las administraciones estatal y autonómicas —excepto si se trata de faltas leves— lleva con naturalidad a las siguientes respuestas: *a)* que, en efecto, cuál sea la administración competente para la incoación y resolución de los expedientes disciplinarios sí que constituye una «condición de trabajo» a los efectos del apartado 1 de la Cláusula 4 del Acuerdo Marco; *b)* que los funcionarios interinos se hallan en una situación comparable a la de los funcionarios de carrera; y, en fin, *c)* que no concurre ninguna razón objetiva que justifique que dichas competencias en materia disciplinaria correspondan a administraciones distintas según el funcionario habilitado nacional sea de carrera o interino. Conviene en todo caso prestar atención singularizada a los tres extremos planteados.

a) La administración competente para ejercer la potestad disciplinaria como «condición de trabajo» de los FALHN

De los tres interrogantes apuntados, el que plantea una mayor dificultad o, si se prefiere la expresión, puede resultar más controvertido, es el concerniente a determinar si la administración competente para ejercer la potestad disciplinaria constituye o no una «condición de trabajo» de los funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional. Dar respuesta a esta cuestión es crucial, toda vez que, como ha quedado expuesto, a tenor de la Cláusula 4 del Acuerdo Marco, el derecho de los funcionarios interinos al trato igualitario tiene por objeto, o se proyecta, precisamente sobre dichas «condiciones de trabajo».

La delimitación del concepto de «condiciones de trabajo» ha sido objeto de abundantes pronunciamientos, tanto del TJUE como, por supuesto haciéndose eco de sus planteamientos, por los tribunales de justicia españoles, de modo singular el Tribunal Supremo. Sobre el particular, el Tribunal Europeo ha afirmado en muy numerosas ocasiones que «[e]n relación con el concepto de “condiciones de trabajo” en el sentido de la

cláusula 4 del Acuerdo marco, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que el criterio decisivo para determinar si una medida está incluida en este concepto es precisamente el del empleo, es decir, la relación laboral entre un trabajador y su empresario» (11). Y ha concluido que «la expresión “condiciones de trabajo” designa los derechos y obligaciones que definen una relación laboral concreta, incluyendo tanto las condiciones en las que una persona ejerce un empleo como las relativas a la finalización de esta relación laboral» (12).

A la luz de la delimitación que acaba de quedar expuesta, en mi opinión, cuál sea la administración competente para el ejercicio de la potestad disciplinaria constituye una de dichas «condiciones de trabajo» de los funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional. En ese sentido, y retomando la definición que se contiene en el anteriormente transcrito apartado 34 de la STJUE de 20 de diciembre de 2017, cabe concluir que la delimitación legal de la administración competente para incoar y resolver el procedimiento disciplinario forma parte de los derechos y de las condiciones de ejercicio del cargo o empleo que definen la relación laboral concreta que existe entre el FALHN y la administración para la que presta servicios.

Creo que dicha conclusión es clara a la luz del sentido o la razón de ser a que obedece la atribución de dicha potestad disciplinaria en relación con las faltas y sanciones de mayor gravedad a las administraciones estatal y autonómicas, es decir, a instancias administrativas ajenas al ente local en el que el funcionario desempeña su labor. A poco que se profundice, se constata que dicho régimen competencial obedece a un doble sentido. Por un lado, y así lo han afirmado tanto el Tribunal Constitucional como los tribunales de justicia, la reserva a la administración del Estado de la competencia para imponer las sanciones de mayor gravedad responde al objetivo de preservar al cuerpo de funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional en su dimensión institucional. Y, por otro lado, y veremos que así aparece afirmado en el Derecho vigente, responde a la finalidad de reforzar la independencia de los funcionarios en cuestión con respecto a las entidades locales en las que trabajan. Interesa analizar con cierto detenimiento ambas consideraciones.

(11) En ese sentido, entre otras, STJUE de 12 de diciembre de 2013 (C-361/12, *Carratù*, apartado 35); STJUE de 13 de marzo de 2014 (C-38/13, *Nierodzik*, apartado 25), STJUE de 14 de septiembre de 2016, (C-596/14, *De Diego Porras*, apartado 26), ATJUE de 9 de febrero de 2017 (C-443/16, *Rodrigo Sanz*, apartado 32), o STJUE de 20 de diciembre de 2017 (C-158/16, *Vega González*, apartado 30).

(12) Tomo la transcripción del apartado 34 de la STJUE de 20 de diciembre de 2017 (C-158/16, *Vega González*).

Por lo que se refiere a la primera de las afirmaciones anteriores, según la cual la negación a los entes locales de la potestad disciplinaria sobre sus funcionarios habilitados nacionales en relación con las faltas y sanciones más graves, y su atribución a la administración estatal, tiene que ver con la garantía de la dimensión institucional de dicho cuerpo funcional, debe partirse del hecho indiscutible de que dicha negación cuenta con una amplia trayectoria y está plenamente consolidada como parte del régimen jurídico de los indicados funcionarios. Tanto es así, que me atrevería a decir que constituye una característica idiosincrásica de su régimen disciplinario.

Eludiendo remontarme a precedentes normativos anteriores (13), interesa observar cómo el art. 150.1.b) TRRL, por lo tanto en el año 1986, reservaba a la Dirección General de Administración Local la competencia para incoar los expedientes disciplinarios a los FALHN, por faltas cometidas en Corporación distinta de aquella en la que se encuentren prestando servicios, o cuando, por la gravedad de los hechos denunciados, pudiera dar lugar a sanción de destitución o separación del servicio. Por su parte, a tenor del art. 151 TRRL era incumbencia del Ministro de Administraciones Públicas la imposición de las sanciones de destitución del cargo, separación del servicio y suspensión de funciones, si bien en este último caso únicamente en aquellas ocasiones en que la falta se hubiera cometido en Corporación distinta de aquella en la que el funcionario estuviese prestando servicios en el momento de la imposición de la sanción.

En el indicado escenario normativo incidió el EBEP, en el año 2007, cuya disposición adicional segunda introdujo un nuevo marco regulador de los funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional. En lo que aquí interesa, el apartado 6 de la indicada disposición adicional segunda dejó en manos de las Comunidades Autónomas la regulación del régimen disciplinario de los habilitados nacionales, si bien retuvo en poder del Ministerio de Administraciones Públicas la resolución de los expedientes disciplinarios cuando el funcionario se encontrase destinado en una Comunidad Autónoma distinta a aquella en la que se le incoó el expediente. Esta previsión se completaba en el apartado f) de la disposición derogatoria del propio EBEP, en el que se declaraba la abrogación del Capítulo III del Título VII del TRRL, dedicado precisamente

(13) Para un estudio histórico del régimen jurídico de los funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional, véase a BULLÓN RAMÍREZ, Antonio, *Historia del Secretariado de Administración Local*, Abella, Madrid, 1968; AGIRREAZKUNENAGA, Iñaki, *Origen de los funcionarios locales de habilitación estatal: los cuerpos nacionales*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1996; MARTÍNEZ MARÍN, Antonio, *Funcionarios locales con habilitación. Pasado, presente y futuro*, Tecnos, Madrid, 1999; y, del mismo autor, «Los funcionarios públicos. Funcionarios con habilitación de carácter estatal», en MUÑOZ MACHADO, Santiago (dir.), *Tratado de Derecho municipal*, tercera edición, ed. Lustel, Madrid, 2011, Tomo IV, págs. 3.931 y ss.

a establecer «[d]isposiciones específicas para los funcionarios con habilitación de carácter nacional».

Una primera lectura de la regulación introducida por el EBEP en el año 2007 podría llevar a la conclusión de que la misma supuso una casi plena abdicación de toda potestad disciplinaria sobre los funcionarios locales con habilitación nacional por parte de Estado a favor de las Comunidades Autónomas. Dicha deducción sería, no obstante, radicalmente errónea, de suerte que la reserva a favor de la Administración del Estado para incoar y sancionar en los términos ordenados en los arts. 150 y 151 TRRL mantuvo su vigencia más allá de la entrada en vigor del EBEP, además, con la categoría de norma estatal básica.

El carácter básico de la aludida reserva a favor de la administración del Estado fue declarado por la STC 385/1993, de 23 de diciembre. En concreto, el supremo intérprete de la Constitución hace suyo el planteamiento previamente formulado en la STC 25/1983, de 7 de abril, y afirma que, «todo aquello que sea preciso para la preservación de la normativa de una institución considerada como básica, debe ser entendido asimismo como básico por vía de consecuencia o de conexión». Y, tras declarar que la existencia del cuerpo de habilitados nacionales es básica en el ordenamiento jurídico español, concluye que en dicho planteamiento «encaja el régimen de la separación o de la destitución, modalidades extintivas de la relación funcional», toda vez «que afectan directamente al cuerpo antedicho en su dimensión institucional y reservadas por ello a la Administración del Estado (art. 99.4 LBRL)» (14).

El indicado carácter básico de la reserva a favor de la administración estatal de la potestad para incoar y sancionar por las faltas más graves no es sin embargo óbice para que la misma no se pudiera ver afectada por la regulación introducida por el EBEP, norma jurídica ésta que, hay que observarlo, también es de alcance estatal básico. Siendo ello cierto, los tribunales ordinarios, con el Tribunal Supremo a la cabeza, se han ocupado de precisar que los arts. 150 y 151 TRRL no se vieron afectados por la disposición derogatoria del EBEP y que, además, eran coherentes o compatibles con la previsión contenida en el apartado 6 de su disposición adicional segunda a cuyo tenor, recuérdese, la regulación del régimen disciplinario de los FALHN se deja en manos de las Comunidades Autónomas, «correspondiendo al Ministerio de Administraciones Públicas la resolución de los expedientes disciplinarios en los que el funcionario se encuentre destinado en una Comunidad distinta a aquélla en la que se le incoó el expediente».

(14) El planteamiento competencial del Tribunal Constitucional que subyace en la indicada sentencia 385/1993, de 23 de diciembre, es objeto de una muy severa crítica, vertida al hilo de su formulación inicial por la STC 25/1983, de 7 de abril, por AGIRREAZKUENAGA, Iñaki, *Origen, cit.*, págs. 111-113.

Sobre el particular, los tribunales ponen en evidencia que el apartado f) de la disposición derogatoria del EBEP procede a la abrogación del Capítulo III del Título VII del TRRL, pero que los arts. 150 y 151 integran el Capítulo II del indicado Título VII, cuya vigencia no se ve afectada. Y, tras afirmar la vigencia de los indicados preceptos, concluyen que el mantenimiento en manos estatales de la competencia para la destitución y la separación del servicio de los FALHN, así como para la suspensión de funciones cuando la falta se hubiera cometido en Corporación distinta de la que se encuentren actualmente prestando servicios, «es coherente con el carácter estatal de los funcionarios concernidos, respecto de los que el mismo Estatuto Básico atribuye al Ministerio de Administraciones Públicas la acreditación de la habilitación estatal que hayan obtenido y su inscripción en el correspondiente registro (disposición adicional segunda, 4) aunque sean las Comunidades Autónomas las competentes para su selección y nombramiento» (15).

En el escenario descrito, la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL) introdujo en el ordenamiento jurídico la vigente regulación acerca del ejercicio de la potestad disciplinaria que en la actualidad luce en los apartados 10 y 11 del art. 92 bis LRBRL. Esta nueva regulación, que a mi juicio entraña la derogación tácita de los arts. 150 y 151 TRRL, define un nuevo marco competencial en el que es destacable la atribución de un mayor protagonismo a las administraciones de las Comunidades Autónomas (16). Así,

(15) Véase la doctrina jurisprudencial expuesta, en la STS de 18 de marzo de 2013 (rec. núm. 6002/2011), en la STSJ País Vasco núm. 343/2013, de 30 de mayo (rec. núm. 1524/2010), y en la STSJ Cataluña núm. 1104/2011, de 19 de octubre (rec. núm. 2473/2008). Es interesante señalar que la citada STS de 18 de marzo de 2013 confirma en casación a la STSJ Cataluña, también aludida, en el sentido de declarar la nulidad del art. 24.5 del Decreto catalán 195/2008, de 7 de octubre, por el que se regulan determinados aspectos del régimen jurídico del personal funcionario con habilitación de carácter estatal de las entidades locales de Cataluña. Dicho precepto tenía por objeto atribuir al Consejero de Gobernación y Administraciones Públicas autonómicas la competencia para imponer las sanciones de destitución y separación de servicio; sanciones, por tanto, que a tenor del art. 151.a) TRRL correspondía imponer a la administración estatal.

(16) Discrepo en este punto de la consideración de algunos autores que han visto en el art. 92 bis LRBRL, introducido por la LRSAL, una suerte de «recentralización», a favor del Estado, del régimen jurídico de los FALHN también en el terreno disciplinario. Creo que dicha consideración es acertada con referencia al régimen jurídico general de los indicados funcionarios. Sin embargo, a mi juicio, y por lo que se refiere al régimen disciplinario, la misma parte de una lectura aislada de la disposición adicional 2 del EBEP, sin tener en cuenta que la disposición derogatoria del mismo, en los términos afirmados por el Tribunal Supremo y que han quedado expuestos anteriormente, mantuvo vigentes los arts. 150 y 151 TRRL.

Sobre el aludido alcance o sentido «recentralizador» del nuevo art. 92 bis LRBRL, en tono crítico con el mismo, véase por ejemplo a FUENTES I GASÓ, Josep Ramon, «La función de regeneración democrática local de los funcionarios de habilitación con carácter nacional», *Revista de Administración Local y Autonómica*, 4 (nueva época), 2015, pág. 20. Sin referencia específica a lo disciplinario, y en términos favorables a la recuperación de competencias por el Estado, se refiere también a la cuestión CANTERO MARTÍNEZ, Josefa, «Reforma local y función pública. El nuevo régimen de los

y en los términos a que me he referido en apartados anteriores pero que interesa ahora reiterar de cara a un buen orden expositivo, por lo que se refiere a la incoación de los expedientes, la competencia corresponde con carácter general a las administraciones autonómicas, salvo en relación con las faltas leves (que incumbe a la administración local correspondiente) y con las faltas tipificadas como muy graves por la legislación básica estatal (en cuyo caso el inicio del procedimiento corresponde a la administración del Estado). Y en lo que atañe a la resolución de los expedientes, se mantiene en manos del Estado la imposición de las sanciones por faltas muy graves tipificadas en la legislación básica, al tiempo que se asigna a las Comunidades Autónomas la imposición de las sanciones de suspensión de funciones y destitución por cualesquiera otras faltas no leves. El papel de las corporaciones locales queda relegado a la sanción de las faltas leves.

Con lo expuesto en los párrafos precedentes pretendo, sobre todo, poner de manifiesto cómo la atribución de la potestad disciplinaria sobre los FALHN a administraciones públicas distintas de la propia corporación local en la que prestan servicios, excepto en lo que concierne a las faltas leves, cuya única sanción posible es el apercibimiento, obedece a un planteamiento normativo plenamente consolidado. Con independencia de la valoración que pueda merecer el mayor o menor protagonismo de las administraciones estatal y autonómicas en el terreno que me ocupa, es evidente que dicha opción no es ni mucho menos irrelevante desde la perspectiva de los derechos y las condiciones de ejercicio de sus funciones por parte de los FALHN. Por el contrario, en mi opinión resulta difícilmente discutible que en la práctica dicha atribución competencial se erige como un baluarte de la independencia y la profesionalidad de los funcionarios con habilitación de carácter nacional frente a intentos veleidosos de ejercicio de la potestad disciplinaria por parte de las entidades locales en las que prestan sus servicios.

Aunque ello es así de manera evidente, conviene subrayar que, además, dicho designio aparece reconocido en términos explícitos en el propio ordenamiento jurídico español vigente. En concreto, en el Preámbulo de la LRSAL, en la que, como he apuntado, tienen su origen los vigentes apartados 10 y 11 del art. 92 bis LRBR, se afirma con total claridad que:

funcionarios locales con habilitación de carácter nacional», en QUINTANA LÓPEZ, Tomás (dir.), *La reforma del régimen local. Comentario a la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y sostenibilidad de la administración local*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 680-687. En concreto, la autora pone el acento en que la LRSAL supuso un freno al riesgo de «regionalización» o «balcanización» del régimen jurídico de los FALHN derivado del EBEP. A dicho peligro de «regionalización» o «balcanización» se había referido LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano, «Funcionarios con habilitación de carácter estatal», en CASTILLO BLANCO, Federico (dir.), *Manual de empleo público*, ed. Iustel, Madrid, 2009, pág. 115.

«[a]simismo, con el objeto de reforzar su independencia con respecto a las Entidades Locales en las que prestan sus servicios los funcionarios con habilitación de carácter nacional, corresponde al Estado su selección, formación y habilitación así como la potestad sancionadora en los casos de las infracciones más graves» (17).

La atribución a la administración del Estado de la potestad disciplinaria vinculada a las faltas de mayor gravedad cometidas por los FALHN se articula, así pues, como un mecanismo dirigido a reforzar la independencia de dichos funcionarios, de modo que en el legítimo ejercicio de sus funciones no se vean inquietados por la administración local en la que prestan servicios. Y, por razones tan elementales que no es preciso entrar en su explicación, el mismo sentido ha de atribuirse al papel reservado en dicho terreno disciplinario a la administración de las Comunidades Autónomas correspondientes.

Este planteamiento es coherente con el trascendental papel que los FALHN están llamados a desempeñar por el ordenamiento jurídico, en tanto que responsables principales de la fiscalización de la actividad de los entes locales. Baste recordar, al respecto, y a simple título de ejemplo, cómo el apartado 1.b) del art. 92 bis LRBRL reserva a los FALHN «[e]l control y la fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, y la contabilidad, tesorería y recaudación» (18). Se comprende, por ello, que en el cumplimiento de funciones tan relevantes y delicadas como las que le corresponden, el FALHN se vea, por así decirlo, jurídicamente protegido frente a la amenaza del eventual ejercicio torticero del poder disciplinario por parte del ente local, con el objetivo de doblegar o, al menos, condicionar, el desempeño de sus cometidos con arreglo a criterios estrictamente profesionales. Este planteamiento legislativo debe conectarse, a su vez, con el hecho de que la potestad disciplinaria de las corporaciones locales sobre sus funcionarios habilitados se circunscriba a la sanción de las faltas leves, merecedoras exclusivamente del reproche del apercibimiento (art. 64.2 RFALHN), sin duda menor y sin apenas significación en la carrera del funcionario.

A la luz de cuanto acaba de exponerse cabe concluir, en definitiva, que el ordenamiento jurídico vigente diseña un régimen jurídico disciplinario de los FALHN orientado o encaminado a salvaguardar la independencia de éstos en el ejercicio de sus funciones. Y a tal efecto, los coloca en

(17) Interesa recordar que el Tribunal Constitucional ha negado el valor normativo de los Preámbulos pero, al propio tiempo, ha afirmado que son «un elemento a tener en cuenta en la interpretación de las Leyes». En tal sentido, por ejemplo, la STC 36/1981, de 12 de noviembre.

(18) Sobre los términos del desempeño de dicha función, MATA SIERRA, María Teresa, «Estabilidad presupuestaria y la sostenibilidad financiera de la administración local. El control interno de la gestión económica», en QUINTANA LÓPEZ, Tomás (dir.), *La reforma del régimen local*, cit., págs. 715 y ss.; y FUENTES i GASÓ, «La función de regeneración democrática local», cit., págs. 9 y ss.

una posición cercana a la inmunidad (con excepción de las faltas leves y los apercibimientos que las mismas pueden acarrear) frente a la potestad disciplinaria de las corporaciones locales en las que prestan servicio. En ese sentido, la atribución de las competencias por faltas disciplinarias muy graves y graves respectivamente a la Administración General del Estado y a la administración de las respectivas Comunidades Autónomas, constituye una medida cuya finalidad es garantizar la independencia y profesionalidad de los funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional, impidiendo que, en el ejercicio de las funciones propias de su cargo con arreglo exclusivamente a criterios profesionales, se vean inquietados, incomodados o perturbados por la administración local en la que prestan servicios.

No cabe duda, en fin, que dicha garantía de la independencia en el ejercicio de sus funciones, materializada en el régimen de competencias para el ejercicio de la potestad disciplinaria, constituye una «condición de trabajo» de los FALHN, toda vez que la misma afecta de manera indudable a las condiciones de ejercicio del cargo o empleo que definen la relación laboral concreta que existe entre el funcionario de administración local con habilitación de carácter nacional y la administración local en la que cumple con su actividad profesional.

b) *El carácter comparable de los FALHN de carrera e interinos*

Una vez alcanzada la conclusión de que la administración competente para incoar los procedimientos disciplinarios e imponer las sanciones correspondientes constituye una «condición de trabajo» de los FALHN a los efectos del principio de no discriminación entre FALHN interinos y de carrera regulado en el apartado 1 de la Cláusula 4 del Acuerdo Marco, procede analizar si los funcionarios interinos se hallan en una situación comparable a la de los funcionarios de carrera del indicado cuerpo funcional. A mi juicio, la respuesta afirmativa a este interrogante está fuera de toda duda.

Sobre este particular es menester tomar como punto de partida la delimitación de lo que a tenor del propio Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP ha de entenderse por «trabajador con contrato de duración indefinida comparable», así como de la interpretación que de dicho concepto han llevado a cabo los tribunales de justicia.

El apartado 2 de la Cláusula 3 del Acuerdo Marco define al «trabajador con contrato de duración indefinida comparable» como «un trabajador con un contrato o relación laboral de duración indefinido, en el mismo centro de trabajo, que realice un trabajo u ocupación idéntico o similar, teniendo en cuenta su cualificación y las tareas que desempeña».

Y añade que «[e]n caso de que no exista ningún trabajador fijo comparable en el mismo centro de trabajo, la comparación se efectuará haciendo referencia al convenio colectivo aplicable o, en caso de no existir ningún convenio colectivo aplicable, y de conformidad con la legislación, a los convenios colectivos o prácticas nacionales».

A la luz de la indicada delimitación o definición normativa, los tribunales han definido el criterio o canon interpretativo con arreglo al cual determinar si los trabajadores con contrato de duración indefinida y los trabajadores con contrato de duración determinada se encuentran en «situación comparable». Merece la pena traer a colación la delimitación que, con base en sentencias anteriores, se contiene en la STJUE de 20 de diciembre de 2017 (C-158/16, González Vega), en cuyo apartado 45 se afirma lo siguiente:

«En efecto, para apreciar si las personas de que se trata ejercen un trabajo idéntico o similar, en el sentido del Acuerdo marco, debe comprobarse si, en virtud de las cláusulas 3, apartado 2, y 4, apartado 1, de éste, habida cuenta de un conjunto de factores, como la naturaleza del trabajo, los requisitos de formación y las condiciones laborales, puede considerarse que estas personas se encuentran en una situación comparable» (19).

Pues bien, a la luz de la normativa y jurisprudencia expuestas en los párrafos precedentes, resulta manifiesto que los FALHN interinos se hallan en una «situación comparable» a los funcionarios de carrera de dicho cuerpo funcional. En ese sentido, es evidente que la naturaleza del trabajo que desempeñan, los requisitos de formación y las condiciones laborales son idénticas. Un recorrido por la regulación del régimen jurídico de los indicados FALHN permite comprobar cómo no existe precisión alguna en cuanto a las funciones a llevar a cabo por los mismos, ni en lo concerniente al régimen jurídico, condiciones o responsabilidades de su ejercicio, según sean interinos o de carrera (20). Las

(19) La STJUE de 20 de diciembre de 2017 (C-158/16, *González Vega*), que acaba de ser transcrita, toma su argumentación expresamente de las SSTJUE de 18 de octubre de 2012 (C-302/11 a C-305/11, *Valenza y otros*, apartado 42); de 13 de marzo de 2014 (C-38/13, *Nierodzik*, apartado 31), y de 14 de septiembre de 2016 (C-596/14, *De Diego Porras*, apartado 40). El Tribunal Supremo español, como no podía ser de otro modo, se ha pronunciado en la misma línea en, entre otras, la STS núm. 1796/2018, de 18 de diciembre (rec. núm. 3723/2017); y la STS núm. 225/2020, de 18 de febrero (rec. núm. 4099/2017).

(20) Las funciones de los funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional se regulan en el ya citado apartado 1 del art. 92 bis LRRL, el cual es objeto de un detallado desarrollo reglamentario contenido fundamentalmente en el Capítulo I del Título I del RFALNH (arts. 2 a 5).

únicas diferencias existentes entre unos y otros se refieren al régimen de nombramiento y son, por supuesto, inevitables. Las mismas tienen su razón de ser en el carácter temporal de los interinos y en las condiciones cuya concurrencia legitima a la administración a recurrir a dicho nombramiento de los mismos (21). En todo caso, en fin, la titulación exigida para acceder a la condición de FALHN interino es la misma que se requiere para ingresar como funcionario de carrera del indicado cuerpo funcional (22).

c) *La inexistencia de «razones objetivas» que justifiquen un trato diferenciado a los FALHN interinos en lo concerniente a la administración competente para ejercer la potestad disciplinaria sobre los mismos*

Dado que, como ha quedado expuesto, los FALHN interinos se encuentran en una «situación comparable» a la de los funcionarios de carrera del indicado cuerpo, procede analizar, por último, si concurre alguna «razón objetiva» que justifique que la potestad disciplinaria no corresponda a las mismas administraciones públicas en relación con ambas tipologías de funcionarios (de carrera e interinos). En mi opinión la respuesta a este particular es negativa, es decir, no concurre «razón objetiva» alguna que justifique dicho trato diferenciado y, por tanto, discriminatorio.

A efectos de discernir qué ha de entenderse por «razones objetivas» en el contexto o escenario objeto del presente estudio, conviene acudir nuevamente a la jurisprudencia del TJUE. En síntesis, el tribunal europeo de justicia ha señalado que, una vez constatado un trato desigual a los funcionarios interinos, el órgano judicial correspondiente debe analizar si el mismo está justificado por las indicadas «razones objetivas», entendiendo por tales «la existencia de elementos precisos y concretos, que caracterizan la condición de trabajo de que se trata, en el contexto específico en que se enmarca y con arreglo a criterios objetivos y transparentes, a fin de verificar si dicha desigualdad responde a una

(21) Sobre el nombramiento de FALHN interinos, el apartado 7 del art. 92 bis LRRL dispone que «[l]as Comunidades Autónomas efectuarán, de acuerdo con la normativa establecida por la Administración del Estado, los nombramientos provisionales de funcionarios con habilitación de carácter nacional, así como las comisiones de servicios, acumulaciones, nombramientos de personal interino y de personal accidental». Esta remisión normativa se concreta en el art. 53 RFALHN y preceptos concordantes.

(22) En tal sentido es claro el art. 53.1 RFALNH, a cuyo tenor, el FALHN interino «deberá estar en posesión de la titulación exigida para el acceso al subgrupo A1», es decir, la misma que el art. 18.1 RFALHN exige para poder concurrir a las pruebas selectivas para el acceso al cuerpo como funcionario de carrera.

necesidad auténtica, si permite alcanzar el objetivo perseguido y si resulta necesaria al efecto» (23). Y a modo de mayor concreción, introduce dos precisiones aclaratorias acerca de sendas circunstancias que no entrañan o no constituyen razones objetivas que legitimen el trato diferenciado a los funcionarios interinos respecto de los funcionarios de carrera. Por un lado, el TJUE afirma que no es justificación de la indicada distinción de trato el hecho de que la misma «esté prevista por una norma nacional general y abstracta» (24). Ello significa, a la postre, que los Estados miembros carecen de la posibilidad de regular legítimamente, a través del respectivo ordenamiento jurídico interno y por tanto con alcance o carácter general, tratos diferenciados en las condiciones de trabajo de los funcionarios interinos más allá de lo que tolera o admite la Cláusula 4 del Acuerdo Marco. Y por otro lado, en fin, tampoco puede servir de fundamento a la desigualdad en las condiciones de trabajo la mera circunstancia del carácter temporal del vínculo profesional de los interinos frente al carácter indefinido del vínculo de los funcionarios de carrera (25).

Si se proyecta la delimitación normativa y jurisprudencial (26) del concepto «razones objetivas» que acaba de quedar expuesta al ámbito objeto del presente estudio, se concluye, de manera a mi juicio obvia, que la atribución de la potestad disciplinaria sobre los FALHN a administraciones diversas según estos sean de carrera o interinos, carece de cualquier justificación que permita considerarla legítima. En concreto, y a modo de punto de partida, es evidente que el hecho de que dicha distinción de régimen competencial esté establecida en los arts. 61 y 62 RFALHN, esto es, en una norma nacional general y abstracta, resulta irrelevante a efectos de su coherencia o incongruencia con la exigencia de no discriminación consagrada en la Cláusula 4 del Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada.

Asimismo, es menester recalcar de nuevo que la atribución de la potestad disciplinaria que los apartados 10 y 11 del art. 92 bis LRBRLL llevan a cabo a favor de las Administraciones estatal y autonómicas

(23) En los términos transcritos, entre otras, la STJUE de 14 de septiembre de 2016 (C-596/14, *De Diego Porras*, apartado 45), y la STJUE de 20 de diciembre de 2017 (C-158/16, *González Vega*, apartado 45).

(24) De nuevo, STJUE de 14 de septiembre de 2016 (C-596/14, *De Diego Porras*, apartado 47), y la STJUE de 20 de diciembre de 2017 (C-158/16, *González Vega*, apartado 46).

(25) Nuevamente, STJUE de 14 de septiembre de 2016 (C-596/14, *De Diego Porras*, apartado 47), y la STJUE de 20 de diciembre de 2017 (C-158/16, *González Vega*, apartado 48).

(26) Doctrina jurisprudencial del TJUE que, por supuesto, ha tenido cumplido eco en la jurisprudencia interna española, con el Tribunal Supremo al frente. En ese sentido, por todas, STS núm. 1796/2018, de 18 de diciembre (rec. núm. 3723/2017); y STS núm. 225/2020, de 18 de febrero (rec. núm. 4099/2017).

— con la salvedad de la concerniente a las faltas leves y la única sanción procedente por las mismas, el apercibimiento— obedece al objetivo declarado de reforzar la independencia de los FALHN en el ejercicio de su cargo y en el desempeño de sus funciones. Dicho régimen competencial es, por tanto, una garantía para el funcionario con habilitación de carácter nacional, garantía que persigue impedir que la Administración local en la que presta sus servicios pueda inquietarle o incomodarle en el cumplimiento de sus funciones con arreglo a los criterios estrictamente profesionales que en todo caso deben presidir dicho cumplimiento.

Siendo ello así, no concurre razón objetiva alguna que ampare que las indicadas garantías de independencia de los funcionarios con habilitación de carácter nacional sean distintas o puedan tener intensidades diferentes según el funcionario sea interino o de carrera. Por el contrario, en la medida en que, como ha quedado expuesto, las funciones que llevan a cabo unos y otros son idénticas, las garantías frente a posibles interferencias, presiones o perturbaciones por parte de la Administración local a la que se hallen adscritos han de ser asimismo coincidentes.

2. La vulneración del principio de jerarquía normativa y de los principios de interdicción de la arbitrariedad y proporcionalidad por parte de los arts. 61 y 62 RFALHN

He señalado que la necesidad de que la potestad disciplinaria corresponda a las mismas administraciones públicas en relación con todos los FALHN, sean estos de carrera o interinos, se apoya en dos argumentos diversos aunque, como se verá, estrechamente vinculados. Al desarrollo o exposición del primero de ellos, atañadero a la exigencia jurídica de dispensar a los interinos un trato no discriminatorio respecto de los de carrera, me he referido en los apartados precedentes. Junto a dicho razonamiento, el deber de igualdad de trato en cuestión derivaría del hecho de que la atribución de la indicada potestad disciplinaria a administraciones diferentes por parte de los arts. 61 y 62 RFALHN constituye un inadecuado desarrollo reglamentario de la regulación contenida sobre el particular en los apartados 10 y 11 del art. 92 bis LRBRL.

Sobre el particular, es preciso recordar que los indicados preceptos de la ley básica de régimen local atribuyen la potestad disciplinaria sobre los FALHN a las administraciones estatal, autonómicas y locales, sin hacer distinciones en razón de que el presunto infractor sea funcionario de carrera o interino. Es únicamente el RFALHN el que, en los reiterados arts. 61 y 62, introduce la distinción entre unos y otros funcionarios. No

desconozco que la labor del reglamento de desarrollo o complementario (27) no se circunscribe a una mera ejecución de los contenidos de la Ley de referencia, sino que es compatible con cierto margen de determinación por parte de la administración. En ese sentido, y a la luz de la propia doctrina constitucional, cabe afirmar que cuando la administración aprueba un reglamento, no tiene marcado o impuesto de manera completa el contenido regulatorio, sino que lleva a cabo una actividad de colaboración con el legislador para la que dispone de cierto espacio o ámbito de libertad en virtud del cual introducir precisiones o matices en la regulación contenida en la ley de referencia (28).

Dicho margen de discrecionalidad no es, por supuesto, absoluto, sino que debe ser ejercido con escrupulosa atención a los límites de la potestad reglamentaria en general y, por lo que aquí interesa, con estricto respeto al principio de jerarquía normativa y a los principios, entre otros, de interdicción de la arbitrariedad y proporcionalidad (29). Pues bien, dado que los apartados 10 y 11 del art. 92 bis LRBRL no diferencian entre FALHN de carrera e interinos a efectos de atribución de la potestad disciplinaria, en mi opinión los arts. 61 y 62 RFALHN han de reputarse contrarios a la regulación contenida en la ley básica de régimen local. Más exactamente, en la medida en que, como hemos visto, tanto el art. 10.5 TREBEP, como la Directiva 1999/70/CEE, imponen un trato no discriminatorio a los funcionarios interinos respecto de los funcionarios de carrera, no resulta legítimo que, donde el art. 92 bis LRBRL no diferencia entre unos y otros empleados públicos, lo haga el reglamento complementario. Dicho en términos tal vez más elementales, cabe afirmar que la falta de diferenciación entre FALHN de carrera e interinos que luce en los apartados 10 y 11 del art. 92 bis LRBRL es ajustada a los requerimientos de igualdad de trato que derivan de los precitados art. 10.5 TREBEP y

(27) Como bien se sabe, con arreglo a su relación con la Ley, los reglamentos se han clasificado tradicionalmente en ejecutivos o de desarrollo, independientes y de necesidad. En el texto utilizo también la denominación de «complementarios» haciéndome así eco de la clasificación, feliz en mi opinión, introducida por REBOLLO PUIG, Manuel, «La potestad reglamentaria», en REBOLLO PUIG, Manuel y VERA JURADO, Diego J., (dirs.), *Derecho administrativo. Tomo I. Conceptos fundamentales, fuentes y organización*, Tecnos, Madrid, 2015, págs. 229-230. El indicado autor propone que, por su relación con la Ley, se distinga entre los siguientes tipos de reglamentos: a) complementarios y habilitados, b) complementarios y espontáneos; c) habilitados por ley pero materialmente independientes; y d) sin habilitación legal y materialmente independientes.

(28) Sobre el particular, con cita de jurisprudencia constitucional de apoyo, por ejemplo, TORNOS MAS, Joaquín, «La relación entre la ley y el reglamento: reserva legal y remisión normativa. Algunos aspectos conflictivos a la luz de la jurisprudencia constitucional», *Revista de Administración Pública*, 100-102, 1983, págs. 479 y ss.

(29) Véase en ese sentido, entre muchas otras, la STS núm. 1480/2020, de 10 de noviembre (rec. núm. 455/2018), y la STS núm. 1487/2020, de 11 de noviembre (rec. núm. 111/2019).

Directiva 1999/70/CEE (30). La distinción incorporada por los arts. 61 y 62 RFALHN resulta en cambio arbitraria y carente de toda razón de ser, por lo que ha de reputarse nula.

IV. Conclusiones

Creo que en las páginas precedentes ha quedado adecuadamente argumentado que no existe razón alguna que justifique que la potestad disciplinaria se atribuya a administraciones diferentes según el FALHN sea de carrera o, por el contrario, sea interino. Antes bien, tanto el art. 10.5 TREBEP como la Directiva 1999/70/CEE, del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, imponen un trato igualitario, o no discriminatorio, a los funcionarios interinos. Siendo ello así, se concluye que únicamente cabe reputar jurídicamente legítimas aquellas diferencias de régimen jurídico que estén amparadas por razones objetivas. Como ha habido ocasión de exponer, así lo han afirmado de manera reiterada el TJUE y los tribunales de justicia españoles, destacando entre estos últimos la rotunda consideración según la cual, con arreglo al precitado art. 10.5 TREBEP, «a los funcionarios interinos les resulta aplicable el régimen general de los funcionarios de carrera en todo lo que no sea incompatible con la provisionalidad de su nombramiento».

La consecuencia de todo ello se concreta, en definitiva, en que las administraciones públicas competentes para incoar y resolver los procedimientos disciplinarios contra los FALHN son las que se establecen en el art. 92 bis.10 y 11 LRBRL, tanto si el expedientado es un funcionario de carrera como si tiene la condición de funcionario interino. Ello es así, además, a pesar de que los arts. 61 y 62 RFALHN establezcan que la atribución de competencias definida en el art. 92 bis.10 y 11 LRBRL se refiere exclusivamente a los funcionarios con habilitación de carácter nacional de carrera, mientras que la incoación y resolución de expedientes disciplinarios a funcionarios interinos sería en todo caso competencia de la corporación local correspondiente. Una interpretación diversa, en el sentido de que las administraciones competentes para la incoación y resolución de los procedimientos disciplinarios son distintas para los FALHN interinos que para los de carrera, supondría un trato discriminatorio a los primeros.

(30) No está de más recordar que a la LRBRL tampoco le es dado atribuir legítimamente la potestad disciplinaria a administraciones distintas en relación con los FALHN según sean de carrera e interinos, toda vez que, en los términos a que ya me he referido, el TJUE tiene sentado que no es justificación de la distinción de trato el hecho de que la misma «esté prevista por una norma nacional general y abstracta». En tal sentido, STJUE de 14 de septiembre de 2016 (C-596/14, De Diego Porras, apartado 47), y la STJUE de 20 de diciembre de 2017 (C-158/16, González Vega, apartado 46).

Más allá de esta conclusión, me permito evidenciar cómo el estudiado en el presente trabajo es un ejemplo más de la tendencia o los planteamientos tradicionales, tanto del Derecho positivo como de las administraciones españolas, consistentes en establecer o marcar diferencias entre el régimen jurídico de los funcionarios de carrera y el aplicable a los interinos. Diferencias que, como bien se sabe, siempre se orientan a definir un marco más desfavorable o, si se prefiere la expresión, debilitado para estos últimos en comparación con los primeros. No cabe desconocer que en los últimos tiempos se han producido algunos avances en este terreno, entre los cuales cabe destacar la importancia del EBEP (Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público). Ello no obstante, las diferencias de trato siguen siendo significativas y las administraciones siguen ancladas, creo que puede afirmarse que con una actitud tan obstinada como jurídicamente reprochable, en interpretaciones del ordenamiento jurídico injustificadamente discriminatorias para los interinos. Manifiesta prueba de que ello es así la constituye, después de todo, la multitud de pronunciamientos judiciales a los que he hecho referencia en este trabajo, del TJUE e internos españoles, por los que se corrigen los planteamientos del derecho positivo patrio y las lecturas del mismo llevadas a cabo por la administración.

El supuesto que aquí me ocupa presenta, no obstante, unas vestes propias que, a mi entender, determinan que sea merecedor de una crítica jurídica un tanto más severa. Me estoy refiriendo al hecho de que la atribución de la potestad disciplinaria a administraciones distintas según se refiera a FALHN de carrera o interinos, se introduce en el RFALHN, esto es, en norma reglamentaria del año 2018 y, además, en contra de lo establecido en la LRBRLL desde que en el año 2013 la LRSAL introdujera sus vigentes apartados 10 y 11 del art. 92 bis, a los que el indicado RFALHN complementa o desarrolla. Es decir, el diferente trato que a efectos disciplinarios se contiene en los arts. 61 y 62 RFALHN, no solo se introduce teniendo a la vista la Ley de referencia en la que no se contempla dicha distinción sino que, además, se establece a pesar de las muy numerosas sentencias que en los últimos años han ido laminando diversos tratos discriminatorios a los interinos y definiendo el marco o los criterios, excepcionales, con arreglo a los que fijar diferencias de régimen puede resultar jurídicamente legítimo. Todo ello pone de relieve no solo la nulidad de los arts. 61 y 62 RFALHN en lo que a la diferenciación entre funcionarios interinos y de carrera se refiere, sino, también, la reprochable actitud normativa de la administración, la cual no puede escudarse en un hipotético desconocimiento de la regulación contenida en la LRBRLL, ni de la Directiva 1999/70/CEE, de 28 de junio, ni, en fin, de la jurisprudencia europea e interna española.

Bibliografía citada

- AGIRREAZKUENAGA, Iñaki, *Origen de los funcionarios locales de habilitación estatal: los cuerpos nacionales*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1996.
- BULLÓN RAMÍREZ, Antonio, *Historia del Secretariado de Administración Local*, Abella, Madrid, 1968.
- CANTERO MARTÍNEZ, Josefa, «Reforma local y función pública. El nuevo régimen de los funcionarios locales con habilitación de carácter nacional», en QUINTANA LÓPEZ, Tomás (dir.), *La reforma del régimen local. Comentario a la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- FUENTES I GASÓ, Josep Ramon, «La función de regeneración democrática local de los funcionarios de habilitación con carácter nacional», en *Revista de Administración Local y Autonómica*, 4 (nueva época), 2015.
- LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano, «Funcionarios con habilitación de carácter estatal», en CASTILLO BLANCO, Federico (dir.), *Manual de empleo público*, Ed. Iustel, Madrid, 2009.
- MARTÍNEZ MARÍN, Antonio, *Funcionarios locales con habilitación. Pasado, presente y futuro*, Tecnos, Madrid, 1999.
- MARTÍNEZ MARÍN, Antonio, «Los funcionarios públicos. Funcionarios con habilitación de carácter estatal», en MUÑOZ MACHADO, Santiago (dir.), *Tratado de Derecho municipal*, tercera edición, Ed. Iustel, Tomo IV, Madrid, 2011.
- MATA SIERRA, María Teresa, «Estabilidad presupuestaria y la sostenibilidad financiera de la administración local. El control interno de la gestión económica», en QUINTANA LÓPEZ, Tomás (dir.), *La reforma del régimen local. Comentario a la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- REBOLLO PUIG, Manuel, «La potestad reglamentaria», en REBOLLO PUIG, Manuel y VERA JURADO, Diego J., (dirs.), *Derecho administrativo. Tomo I. Conceptos fundamentales, fuentes y organización*, Tecnos, Madrid, 2015.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Régimen jurídico de los funcionarios interinos*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2020.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho de la función pública*, Tecnos, Madrid, 13.ª edición, 2020.
- TORNOS MAS, Joaquín, «La relación entre la ley y el reglamento: reserva legal y remisión normativa. Algunos aspectos conflictivos a la luz de la jurisprudencia constitucional», en *Revista de Administración Pública*, 100-102, 1983.



El régimen jurídico de los montes públicos y su inscripción en el Registro de la Propiedad: debate doctrinal e instrumentos jurídicos de protección

The legal regime of public forests and their registration in the
Property Registry: doctrinal debate and legal protection
instruments

CARLOS FERNÁNDEZ-ESPINAR MUÑOZ(1)

Investigador en el Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad
Complutense de Madrid.

carlos.fernandezespinar@gmail.com

ORCID: 0000-0001-6287-457X

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.120.2021.11>

LABURPENA: Lan honek xedetzat du Jabetza Erregistroaren babesa aztertea mendi publikoei eta, bereziki, jabari publikoko mendiei dagokienez. Lehenik, azterketa historiko zehatza egin dugu, eta ondoren, 1925ean sortutako doktrina-etzabaidaren garapena aztertu dugu; hau da, ea jabari publikoko mendiak inskribatu behar diren edo ez partikularren usurpazioetatik babesteko. Jarraian, funtsezko gogoeta batzuk egin ditugu administrazio-zuzenbidearen printzipio eta kontzeptuen aldetik administrazio-jakintzako doktrina akademikoa aztertuta. Lanaren bigarren zatian, batetik, hartutako irtenbidea azaldu dugu, eta bestetik, partikularren eta administrazioaren artean, mendiei dagokienez, gaur egun dauden gatazken azterketa jaso dugu, bai eta mendien eta erregistroaren arteko harremanen legezko testuen arauketarena ere.

HITZ GAKOAK: Mendi publikoak. Jabetza Erregistroa. Usurpazio pribatuak. Jabari publikoa. Onura publikoko mendien katalogoa.

ABSTRACT: The object of this work is to study the protection of the Property Registry in relation to public forests and especially those considered of public domain. In the first place, a detailed historical analysis is carried out, to later analyze the development of the doctrinal debate that arose in 1925 on the need or not to inscribe the public domain forests in order to protect them from landgrabblings by individuals. Then, some background considerations are carried out from the principles and concepts of administrative law with an analysis of the administrative academic doctrine. The second part of the work presents the

(1) Esta investigación está financiada por la Universidad Autónoma de Madrid a través del Programa de Ayudas para el Fomento de la Investigación.

solution adopted and analyzes the current conflicts between individuals and the Administration in relation to the forests, as well as the regulation of the different legal texts of the relationships between the public forests and the Registry.

KEYWORDS: Public goods. Public forests. Property Registry. Private landgrabbing. Public domain. Catalog of Forests of public utility.

RESUMEN: El presente trabajo tiene como objeto de estudio la protección del Registro de la Propiedad en relación con los montes públicos y en especial los montes de dominio público. En primer lugar, se realiza un detallado análisis histórico, para más tarde analizar el desarrollo del debate doctrinal surgido en 1925 sobre la necesidad o no de inscripción de los montes de dominio público con el fin de protegerlos de las usurpaciones de los particulares. A continuación, se llevan a cabo unas consideraciones de fondo desde los principios y conceptos del Derecho administrativo con un análisis de la doctrina académica administrativista. La segunda parte del trabajo expone la solución adoptada y analiza los conflictos actuales entre particulares y Administración en relación a los montes, así como la regulación de los distintos textos legales de las relaciones entre los montes y el Registro.

PALABRAS CLAVE: Montes públicos. Registro de la Propiedad. Usurpaciones privadas. Dominio público. Catálogo de Montes de utilidad pública.

Trabajo recibido el 15 de enero de 2021

Aceptado por el Consejo de Redacción el 21 de mayo de 2021

Sumario: I. Antecedentes históricos: 1. Desamortización y Catálogo. 2. Las usurpaciones de los montes públicos a manos de los particulares. 3. La función del Registro de la Propiedad en la protección de los bienes públicos en general. 4. El debate sobre la inscripción en el Registro de la Propiedad de los montes de dominio público en 1925.—II. Consideraciones desde la doctrina de Derecho administrativo.—III. La solución definitiva a la cuestión en la ley sectorial antecedente de la Ley vigente de montes: la Ley de Montes de 1957.—IV. Tratamiento de la cuestión en la Ley de Montes vigente 43/2003, de 21 noviembre, y en la reforma de la Ley Hipotecaria de 2015: 1. Ley de Montes 23/2013. 2. Reforma de la Ley Hipotecaria de 2015.—V. Bibliografía citada.

I. Antecedentes históricos

1. Desamortización y Catálogo

De conformidad con Vicens VIVES (2), los economistas de mediados del siglo XIX se dividían en dos grupos bien diferenciados: los partidarios del aprovechamiento colectivo del suelo basado en el establecimiento de cotos familiares y trabajo cooperativo (promovido por Pablo de Olavide) y, por otra parte, los defensores de una solución individualista (dirigido por Jovellanos). Como es sabido, triunfó la doctrina individualista durante el siglo XIX en las Cortes de Cádiz siendo una de sus expresiones más notables la Ley desamortizadora de Madoz de 1855.

Hoy en día, más de 150 años después, España continúa sufriendo las consecuencias desfavorables de la desamortización forestal, postura político-económica que resultó la más dañina para los montes en la historia. Es posible explicar dicho fenómeno con el éxito que tiene en España la teoría inglesa liberal e individualista a finales del siglo XVIII, según la cual «ni el Estado ni cualquier otra entidad política son aptos para la gestión de cualquier empresa económica», en definitiva, supuso la primacía del interés particular sobre el de la comunidad. Así, las sucesivas leyes desamortizadoras consecuencia de la mencionada corriente de pensamiento, mermaron notoriamente la propiedad forestal del clero y las entidades públicas mediante la venta a particulares, que talaron y destruyeron los bosques en búsqueda de un lucro inmediato, con gravísimas consecuencias tanto geofísi-

(2) VIVES, Vicens (1957) tomo V, págs. 82 y ss.

cas (erosiones e inundaciones) como económicas (pérdida de riqueza efectiva y en potencia destruyendo las reservas forestales para toda la nación).

Según Ruiz Amado (3), se vendieron entre 1855 y 1869 la importante cifra de 3.022.000 hectáreas de montes públicos, que fueron talados por sus respectivos compradores en su gran mayoría. La venta a gran escala continuó hasta finales de siglo, momento en el que se puede contabilizar que de los cinco millones de hectáreas previstas para la enajenación se vendieron unas cuatro millones y medio, al no concurrir suficiente interés de los particulares una vez enajenados los montes más ricos. Tanto es así que, en 1893 el Ministerio de Fomento publicó que aún quedaban 750.000 hectáreas de montes enajenables (4).

El artículo 5 de la citada Ley de Madoz delega en la Junta facultativa del Cuerpo de Ingenieros de Montes la determinación de los montes que resulta oportuno vender o no. Así, el Real Decreto de 26 de octubre de 1855 clasifica los montes en 3 categorías en virtud del criterio de altura: (i) montes que no pueden pasar al dominio de los particulares sin comprometer la salubridad del país, la fertilidad del suelo y la defensa del territorio (altas sierras, grandes pendientes y terrenos inútiles para el cultivo agrario); (ii) montes que no pueden enajenarse sin previo reconocimiento (por ejemplo, atendiendo al clima y sistemas de montaña para deducir su mayor o menor influencia sobre el régimen de las aguas, monte medio-alto); (iii) montes cuya venta puede declararse desde luego oportuna sin necesidad de reconocimiento previo (no ocupan terrenos altos). Más tarde, en 1862, el Real Decreto de 22 de enero dispuso que todos los montes de segunda y tercera clase eran enajenables dejando sin vender solamente montes de pino, roble y haya. Esto explica la distribución territorial actual de la titularidad pública o privada de los montes en España. Así, donde abundan las masas forestales de pino, roble o haya (Asturias, Cantabria, País Vasco, Navarra y La Rioja) la titularidad pública se encuentra entre el 35% y el 55%; mientras que donde no se encuentran presentes estas especies sino que abunda el encinar o el olivar (Castilla y León, Madrid, Castilla-La Mancha, Extremadura, Andalucía o los territorios insulares), la titularidad pública se reduce hasta el 3%-20% (5).

(3) RUIZ AMADO (1872) pág. 944.

(4) Para profundizar sobre los datos históricos del presente apartado consultar BAUER, E (1991) págs. 70-88

(5) <https://geoinnova.org/blog-territorio/indice-de-titularidad-de-los-montes-en-espana-2013/>



Los montes exceptuados de venta fueron recogidos en el Catálogo de Montes de utilidad pública. Los criterios de incorporación fueron cambiando y volviéndose más exigentes, hasta quedar definitivamente fijados por la Real Orden de 8 de agosto de 1898, que se basa en los recogidos en el Real Decreto de 20 de septiembre de 1896: «se entenderán que son montes de utilidad pública las masas de arbolado y terrenos forestales que por sus condiciones de situación de suelo y de área sea necesario mantener poblado o repoblar de vegetación arbórea forestal para garantizar, por su influencia física en el país o en las comarcas naturales donde tenga su asiento, la salubridad pública, el mejor régimen de las aguas, la seguridad de los terrenos o la fertilidad de las tierras». Como consecuencia de estos nuevos criterios más exigentes, muchos montes fueron excluidos del Catálogo formado por primera vez en 1855 (6).

(6) Sobre el Catálogo de Montes de Utilidad Pública ver el exhaustivo trabajo de CALVO SÁNCHEZ, Luis (2001).

2. Las usurpaciones de los montes públicos a manos de los particulares

Desde 1855 y las sucesivas desamortizaciones, los bienes públicos en general y los montes en particular sufrieron el ataque y usurpación constante de los particulares. Varios autores ponen de manifiesto esta situación:

Así Olazábal, D. «Con una Ley Hipotecaria como la nuestra, en donde las *informaciones posesorias* lejos, como era natural, de circunscribirlas a las viviendas y terrenos en cultivo absolutamente permanente, se las extiende a los yermos y los montes arbolados, *el Estado no tiene nada absolutamente seguro*; en las tierras de Segura y Cuenca *hemos visto pasar al dominio privado rodales con más de 200 años*, con el pretexto de una *información posesoria*» (7).

Y Mackay, E. «Ha habido detentaciones, admite, porque *los usurpadores están envalentonados, pero peor son para él, las pequeñas deprecaciones y los innumerables fraudes que los casos más conocidos y de bulto*. En conclusión, cifra en 10.000 hectáreas la extensión anualmente talada, incendiada o roturada en las Sierras de Cazorla y Segura» (8).

En la misma línea, madereros de Cuenca como antes madereros de Jaén, reconocieron flotar fraudulentamente partidas de pinos cortadas en los montes públicos y que fueron integradas en las maderas procedentes de montes de particulares. Para frenar dichos abusos, se tomaron medidas como la prohibición de establecer máquinas y talleres de aserrar madera a menos de 5 km de distancia de los límites exteriores de los montes públicos en 1913; o la intervención parlamentaria de Fernando de los Ríos en 1920 para denunciar el arrebato de los patrimonios notables en la vega de Granada y propugnar la necesidad de una política forestal «real» y no solo la que «vive» en las leyes.

Sin embargo, lejos de terminar dichos atropellos, la defensa de los montes públicos se complicó con las sucesivas legitimaciones de roturaciones arbitrarias. Así, debemos destacar el decreto de 1 de diciembre de 1923 por el cual se establece que el vecindario ha ocupado ilegítimamente terrenos públicos abandonados por la Administración por insuficiencia de su propiedad privada, y «si se desposee de estos terrenos al campesino que hoy tienen ellos su modo de vida al ser lanzado forzosamente a la miseria se convertiría, impelido por la desesperación en elemento perturbador y desorden». En consecuencia, aquellos que vinieron poseyendo terrenos por ellos roturados, cercados, edificados y transformados en explotaciones agropecuarias y forestales al menos durante un

(7) OLAZÁBAL, D. (1905), pág 133.

(8) MACKAY, E. (1904), págs. 144-150.

año en el caso de menos de 13 hectáreas o de otro año más por hectárea, adquirirían la plena propiedad (9).

3. La función del Registro de la Propiedad en la protección de los bienes públicos en general

Como ya hemos expuesto anteriormente, asistimos a un cambio del modelo de propiedad en el siglo XIX hacia una libre, plena e individual, consecuencia de ello es la desamortización de los bienes públicos y la supresión del régimen señorial. En dicho contexto surge el Registro de la Propiedad durante la segunda mitad del siglo XIX como instrumento de protección del creciente tráfico jurídico de bienes inmuebles por su característica inestabilidad debido a la guerra, la política y la debilidad del Estado.

Se encontraba, por ello, enfocado a la propiedad privada y, en concreto, a dotar de seguridad y certeza la figura del verdadero propietario al mercado crediticio, hipotecario e inmobiliario. Cabe decir que, en un principio se protegía más a los acreedores y adquirentes como figura inversora que a los titulares de dominio, aunque se va extendiendo dicha protección a éstos a partir de 1909.

Ya las leyes hipotecarias de 1861 y 1869 establecieron como puntos cardinales la inoponibilidad de lo no inscrito y la fe pública registral en relación con la protección de terceros. También se reforzó la protección de los titulares inscritos, al asegurar la irreversibilidad de la adquisición de los bienes desamortizados en los que podía haber mayor incertidumbre respecto a la identidad del propietario. De esta manera, con independencia del origen de su título obtenían un alto valor en el mercado y posibilidad de crédito con mayor seguridad.

Como se ha adelantado, en la Ley Hipotecaria de 1909 ya se encontraba consolidada la protección de terceros y se amplía la protección de los titulares inscritos. Mediante el artículo 41 se presume la posesión de éstos y se otorgan derechos a favor del poseedor y propietario. Sin embargo, lo más relevante es que la posesión inscrita producirá los mismos efectos que el dominio a favor del poseedor.

En lo relativo a los bienes públicos, según SERNA, M. (10) es obligado distinguir entre los bienes patrimoniales y los que integran el dominio público. Mientras que la inscripción de los patrimoniales no ha supuesto problema alguno desde 1861, sí que se ha generado un nu-

(9) Consultar el acertado estudio sobre las usurpaciones de GÓMEZ MENDOZA (1992), págs. 207-215.

(10) Para estudiar la evolución de la cuestión desde la perspectiva puramente hipotecarista ver SERNA, M. (2005).

trido debate respecto a los de dominio público. En un principio la postura tanto de hipotecaristas como de administrativistas fue contraria a la inscripción de dominio público debido a que la inalienabilidad es una de sus notas principales, siendo, por lo tanto, innecesaria su inscripción, sin embargo, con el paso del tiempo y la persistencia de las usurpaciones, surgieron defensores de la necesidad de inscripción o por lo menos el carácter de dispensa y no de prohibición de la inscripción, como veremos más adelante.

La Ley Hipotecaria de 1861 no se refiere de manera expresa a los bienes de dominio público, lo que es entendible debido a que las diferencias entre bienes de dominio público y patrimoniales no quedó clara hasta el posterior Código Civil de 1889 en sus artículos 339 y 340. Según la ley de 1861, quedaban sujetas a inscripción las enajenaciones de bienes de la Administración, por lo que debemos entender aludidos solo los bienes patrimoniales y excluidos tácitamente los demaniales, al ser los primeros los únicos que pueden ser objeto de venta. No obstante, la ley sí contempla la inscripción de derechos de los particulares sobre los bienes de uso público respecto a los cuales no se busca la protección de la propiedad pública, sino más bien de los derechos de los particulares en el tráfico inmobiliario frente a terceros, compartiendo la lógica del Registro respecto a los bienes privados y patrimoniales. En este sentido GÓMEZ DE LA SERNA, P. (11) (coautor de la ley y su mejor comentarista) defiende la inscripción de los bienes y derechos que adquiere la Administración con base en el artículo 20, que estipula que lo no inscrito no puede perjudicar a terceros, y en este caso resulta evidente que los terceros podrían resultar perjudicados debido a la falta de información y publicidad.

Las razones por las que en general se excluyó de manera tácita a los bienes de dominio público de la inscripción en el Registro de la Propiedad fueron las siguientes: (i) el fin del registro es la seguridad del mercado crediticio e inmobiliario, por lo que no es necesario inscribir estos bienes al estar fuera del mercado; (ii) por la propia naturaleza y características de estos bienes se pensaba, en particular en el caso de los montes erróneamente que, en ningún caso, podían ser objeto de apropiación por los particulares, aludiendo para ello a la notoriedad de su naturaleza; (iii) incluso se debate la naturaleza jurídica de la relación entre la Administración y sus bienes, HAURIOU, M. (12) defendía la propiedad mientras que DUGUIT, L. (13) se decanta por la gestión como defensa de los intereses generales.

(11) GÓMEZ DE LA SERNA, P. (1862), págs 244-249.

(12) HAURIOU, M. (1919), 714-803.

(13) DUGUIT, L. (1923), págs. 297-375.

Las usurpaciones de montes fueron posibles ya que, en la práctica totalidad de las ocasiones la Administración no contaba con los títulos escritos de los bienes y derechos de los cuales era titular y tampoco se hallaban inscritos en los antiguos libros de Oficios de hipotecas. Pero igual que ocurre con los bienes de la Administración, sucede con los particulares, ya que al no existir títulos de propiedad pública ni privada se permitía inscribir la posesión mediante el «expediente de información posesoria», y ello fue posible gracias a la Real Orden de 20 de febrero de 1863 que señala que el citado artículo 20 se aplica a partir de su aprobación, haciendo posible la inscripción de bienes que no figuraran en el oficio de hipotecas. Así, tras 30 años de posesión en concepto de dueño se producía la prescripción extraordinaria de los montes en virtud de la cual el particular se convertía en propietario de los bienes públicos.

A continuación, se establecen los requisitos para inscribir bienes públicos por Real Decreto de 19 de junio de 1863 y Orden de 20 de junio del mismo año, donde se diferencia entre bienes de dominio público (siendo la primera vez que se exceptúan de inscripción de manera expresa) y patrimoniales (constituyendo nuevamente el criterio clave para exigir la inscripción que se pueda dudar de la pertenencia de dichos bienes, es decir, la notoriedad de su estado civil).

«No hay necesidad de inscribir los bienes de uso público general como las calles, los caminos, las riberas y otros, no porque estén fuera del comercio, sino porque no están realmente apropiados, ni constituyen el patrimonio exclusivo de ninguna persona o corporación, ni es indispensable que estén señalados con un número en el registro para que sea notorio su estado civil. Debe pues renunciarse a la inscripción de todos estos bienes; pero no a la de aquellos cuyo estado no sea tan conocido por más que se hallen también amortizados con destino a algún servicio público.

Los edificios ocupados con este objeto por la Administración; los montes del Estado que no se hayan en venta, y otras fincas exceptuadas en la desamortización, pero que no son de uso público general, deben inscribirse toda vez que podría dudarse de la pertenencia de muchas de ellas. Con más razón es necesario inscribir las fincas que el Estado por se administra y tiene puestas en venta y las que pertenecen a corporaciones y deben venderse también».

Según SERNA, M., muchos han entendido que la Ley Hipotecaria de 1861 y su desarrollo mediante el citado Real Decreto de 19 de junio de 1863 y la Orden de 20 de junio, establecían la obligación de inscribir los

bienes patrimoniales, ya que la inscripción no era realmente voluntaria al hacerse necesaria en la práctica por la ineficacia de los títulos no registrados en perjuicio de terceros con base en el artículo 20. Sin embargo, esta autora sostiene que era voluntaria. Ello debido a connotaciones semánticas y al artículo 4 del Real Decreto de 1863 que establece que «cuando un bien de dominio cambiare de destino entrando en dominio privado del estado podría inscribirse de manera inmediata». De esta manera la Administración también es libre de decidir cuándo y si inscribe sus bienes como lo haría otro propietario. Asegura, a su vez, que la exclusión del dominio público no significa una prohibición sino solo una dispensa ya que, de acuerdo a la mentalidad de la época, la no inscripción de estos bienes no suponía perjuicio ninguno para el tráfico.

Como siguiente paso en la evolución normativa, las Leyes Hipotecarias de 1869, 1909 y 1946 equiparan los bienes públicos y privados como de inscripción voluntaria, excepto los bienes de dominio público que se mantienen al margen de la inscripción de manera expresa. Es preciso señalar que, respecto al carácter de veto o mera dispensa de la inscripción de bienes de dominio público, los tribunales y la DGRN en ocasiones aceptaron la inscripción y en otras la rechazaron por entenderlo como prohibición.

4. El debate sobre la inscripción en el Registro de la Propiedad de los montes de dominio público en 1925

En 1925 se continuaban produciendo abusos y usurpaciones por parte de los particulares sobre los montes públicos, lo que generó un nutrido debate sobre la necesidad o no de inscripción de los montes de dominio público en la Revista crítica de Derecho Inmobiliario. Los protagonistas del mismo son Niceto Alcalá Zamora (Ministro de Fomento en 1917 y futuro Presidente de la Segunda República era partidario de la necesidad de inscripción) y Jerónimo González (director de la revista que defendía que era innecesaria).

Alcalá Zamora (14) señala que la Administración debía inscribir tanto los montes de los que era titular como aquéllos, en su opinión particular, que administraba como «tutor» en un ejemplo de acción educadora, concepto equiparable para dicho autor al de un «derecho real» sobre los montes. A continuación, hace una interesante reflexión en relación a que, al interés de la Administración, a diferencia del de los particulares, jamás puede convenirle el apartamiento del registro, debido a que no puede in-

(14) ALCALÁ ZAMORA, N. (1925), RCDI n.º 3.

tentar maniobras y lo que ocurre es que, si luego quiere corregir su actuación, lo hace arbitrariamente con desviación de sus potestades de manera poco deseable. Prosigue recordando que la propiedad pública es la que más sufre la disputa y usurpación (debido a su enorme superficie, riquísimo arbolado y solitaria lejanía), por lo que es la más necesitada del registro para aclarar su estado, extensión y posesión.

Además, argumenta que el registro de los montes hubiera conllevado la correcta inscripción de las fincas colindantes y evitado, por lo tanto, la invasión por parte de éstas, todo ello teniendo en cuenta que el mencionado Catálogo de montes de utilidad pública hubiera facilitado la inscripción al principio, pero va perdiendo eficacia con el paso del tiempo debido a la posesión sostenida y otras titulaciones que la desvirtuaban. Así, la divergencia entre el Registro y el Catálogo se va agrandando, cuando el Catálogo debió ser la base del Registro y una vez asentado el sistema, el Registro prevalecer sobre el Catálogo. De forma curiosa trae a colación los intentos del legislador de poner fin a los abusos que, contra lo que aconsejaba la doctrina mayoritaria, procuró en primer lugar la inscripción en el Real Decreto de 11 de noviembre de 1864, para más tarde en la Real Orden de 9 de octubre de 1902, alarmado por la gravedad de la situación, impulsó fijar un orden de preferencia en la inscripción de manera que se inscribieran primero los montes litigiosos con más peligro, pero fracasa al dar preferencia a los que tuvieran una documentación más completa sin reclamaciones.

Termina su primera intervención recordando que, al no poder inscribirse los montes de dominio público, los particulares se aprovecharon de dicha indefensión para «adjudicárselos con disfraz mediante titulaciones raras al comienzo pero que se fueron sofisticando con el paso del tiempo, por la prescripción y sucesivas transmisiones los cuales son derechos legítimos de terceros frente a los cuales no se podía advertir la usurpación». De esta manera, señala que nada menos que una tercera parte de los montes públicos se ha usurpado desde mediados del siglo XIX y propone la nota de imprescriptibilidad asociada a la inalienabilidad para la protección de éstos en base al artículo 1936 del Código Civil.

A estos argumentos, Jerónimo GONZÁLEZ (15) replica en el siguiente número de la revista que, cuando el poder público actúa como dueño es más que simple dueño, goza de garantías objetivas distintas de los derechos reales corrientes, de esta manera el *imperium* absorbe el *dominium*, por lo que ni los principios ni privilegios de tipo civil son aplicables. Consecuencia directa de ello es que la propiedad pública no necesita del mecanismo hipotecario, ya que la Administración goza de prerrogativas de

(15) GONZÁLEZ, J. (1925), RCDI n.º 4.

protección, por ejemplo ningún poseedor puede ampararse en la inscripción frente al lanzamiento de una plaza pública.

Sigue argumentando que el Gobierno necesita de una Ley para disponer de las propiedades del Estado, las cuales son intransferibles e imprescriptibles con título o sin él, no operando así la prescripción frente a la Administración por los privilegios que tiene. La inscripción se reputa exacta e íntegra, siendo así necesario distinguir los derechos que frente a tercero no pueden existir sin inscripción de los que no necesitan de esta. Solo los primeros se subordinan al principio de publicidad por la rebaja en el valor de la inscripción y su eficacia frente a declaraciones de nulidad y otras causas que no constaban en el Registro que han llevado a cabo la Administración, el Consejo de Estado y la Sala Tercera del TS.

Concluye que la concordancia entre la finca registral y la realidad física no se ampara por el Registro, sino que solo protege los derechos reales. Así, la Administración pretende una protección de la situación objetiva y no la legitimación del transferente, pretende tutelar los intereses públicos en lugar de fortalecer el comercio de inmuebles que es precisamente la función del Registro. En definitiva, admite que estos intereses son respetables y preferentes pero el Registro no es el medio adecuado para alcanzar y satisfacer dichos fines.

Niceto Alcalá Zamora (16) contrarreplica dos números más tarde, señalando que un problema característico de los montes, y que no se da en otros bienes públicos como pueden ser los fuertes, es la semejanza entre los públicos y los privados. Así, asegura «que la propiedad forestal es la más parecida y menos diferenciada en las zonas administrativa y civil, lo que hace posible que pase en grandes proporciones de aquella a ésta por lo que necesita de la protección del Registro», precisamente porque en los montes en concreto no existe el elemento de notoriedad característico de los bienes de dominio público que asegura su protección (de nuevo parece muy gráfico e ilustrativo el ejemplo de los fuertes).

Por otra parte, admite que es cierto que la Administración usa y abusa de sus privilegios para la defensa de los bienes públicos. De esta manera, los abusos de ambas partes se sobreponen, moviéndonos desgraciadamente entre el fraude y la confiscación, pero lejos de encontrar la igualdad, en conjunto los particulares imponen sus intereses de forma abrumadora.

Defiende que el Estado debe ser modelo en las relaciones en que es parte, por lo que debe acabar la violencia entre dos dependencias públicas como son la Jefatura de Montes y el Registro de la Propiedad a las que debe volver la justicia a este problema de posesión y dominio. Y,

(16) ALCALÁ ZAMORA, N. (1925), RCDI n.º 6.

aunque admite que frente a una adquisición con titulación y tiempo bastante de un particular no tendría gran eficacia la inscripción incompatible por parte de la Administración, la protección negativa del Registro es fundamental para proteger los dos tercios de monte público que quedan en España.

En relación a los montes patrimoniales cree necesario mantener los litigios sobre ventas de bienes públicos en la jurisdicción contencioso-administrativa y destaca que los 15 años que se determinaron necesarios para consolidar las compras hechas al Estado fue una concesión de seguridad a los particulares. Antes, dicho plazo era de tan solo 15 días, pero se empezaba a contar desde que se percibía el error y, al no tener límite temporal no había tampoco seguridad alguna. Era tremendamente abusivo esto último, pero debemos entender que el fraude llegó a tal punto que se compraron fincas 2, 10, 20 y hasta 50 veces más extensas de lo subastado y pagado. El perjudicado de esta situación fue el Estado por todo lo que dejó de percibir y por la formación social de los propietarios que hubieran sido más en número y menos acaudalados.

II. Consideraciones desde la doctrina de Derecho administrativo

La interpretación de Gómez de la Serna(17) y los diversos autores civilistas que hemos expuesto, que distinguía claramente entre montes patrimoniales y montes de dominio público, debe ser corregida, ya que, en el caso particular de los montes en España, hay que tener en cuenta que, como señala la mejor doctrina (GUAITA MARTORELL, A), el régimen jurídico de los montes en la legislación sectorial no ha seguido la división habitual entre dominio público y montes patrimoniales hasta la reciente Ley de Montes de 2003(18). Ello es así debido a que la extensión del dominio público es muy distinta en cada uno de los tres grandes sistemas de recursos: las minas todas son dominio público, las aguas continentales y marítimas son demaniales en su inmensa mayoría con leves excepciones, pero los montes de dominio público son minoritarios, no alcanzando un 30% del total, en proporción a los restantes montes.

Así, el citado autor en todos sus escritos y libros, incluida su tesis doctoral sobre la materia, establece con contundencia apoyándose en la propia normativa de aplicación, que durante todo el siglo XIX incluso en la Ley de montes de 1957 precursora de la vigente en la actualidad, no ha existido la categoría jurídica de montes de dominio público, que no se

(17) GÓMEZ DE LA SERNA, P. (1862), págs. 244-249.

(18) GUAITA, A. (1976), págs. 9-22.

puede confundir con la existencia desde 1855 de montes catalogados de utilidad pública.

El régimen jurídico de montes del Catálogo de utilidad pública, cuya causa de creación fue la de excluirlos de su venta en las sucesivas desamortizaciones que se produjeron en el siglo XIX, no conllevaba una inalienabilidad (una ley podía autorizar su venta) ni imprescriptibilidad total (con carácter habitual se inscribía la posesión y se adquiría mediante prescripción adquisitiva el monte al cabo de 30 años) ya que se podían considerar de utilidad pública tanto lo que hoy entendemos como montes patrimoniales como los demaniales. Así, el Catálogo supuso una presunción de posesión, que no de propiedad, y con el tiempo no podrían venderse dichos montes a menos que una ley lo autorizara.

Incluso, Guaita Martorell, máxima autoridad en la materia, afirma que el Reglamento de 22 de febrero de 1962 de desarrollo de la Ley de Montes de 1957, en su artículo 11.1, establece que «los montes públicos tienen la condición jurídica de montes patrimoniales y, por consiguiente, son de la propiedad privada del Estado, o de las entidades a que pertenecen».

Por ello, es preciso tener en cuenta que, igual que no existía hasta el artículo 132 de la Constitución Española de 1978, un régimen uniforme para todos los bienes de dominio público, lo mismo podríamos decir que sucedía anteriormente a la vigente Ley de 2003 de Patrimonio de las AA.PP. en relación con la categoría jurídica de los bienes patrimoniales. En relación con estos bienes, había que ver con anterioridad a 2003 para cada tipo de bien cuál es el régimen jurídico concreto que establece su legislación específica (en nuestro caso la legislación de montes).

Para entender cómo se pasa del sistema patrimonial en 1962 al sistema bimodal de montes patrimoniales y de dominio público reflejado en el artículo 12 de la Ley de Montes de 2003, es necesario traer a colación lo que argumentaba el reiterado autor en 1956 (19). Parte de la base que, según la legislación hipotecaria, se exceptúan de la inscripción en el Registro de la Propiedad los bienes de dominio público y, sin embargo, según la legislación forestal, la inscripción de los del Catálogo era obligatoria, por lo que parecería deducirse que los montes no eran de dominio público sino patrimoniales en consonancia con lo dispuesto en el Real Decreto de 1962. Sin embargo, a continuación, explicaba el reiterado autor que la mayoría de los montes públicos debieran ser montes de dominio público por las siguientes razones:

- Nuestra legislación forestal se caracteriza por una frondosidad y diversidad inigualada en ningún otro sector del derecho administra-

(19) GUAITA, A (1956), págs. 283 y 284.

- tivo, con absoluta falta de rigor científico y existencia de disposiciones particulares vigentes en varios territorios.
- La clasificación legal de que se ha mantenido vigente durante muchos años en la legislación específica de montes es insostenible desde un punto de vista estrictamente jurídico. Las distintas clases de montes, según la ley, no se corresponden con el régimen jurídico a que están sometidas.
 - Los llamados montes inalienables del Estado son, pese a tal característica, no del todo exacta, bienes de dominio privado, prescriptibles e inscribibles en el Registro de la Propiedad.
 - A los montes llamados públicos debiera darse la categoría de bienes de dominio público, categoría que durante la segunda mitad del siglo xx ha sido reconocida para los montes de la Provincia y también para los del Patrimonio Nacional. Los denominados montes comunales son de naturaleza híbrida público-privada, pero con un régimen jurídico análogo al del dominio público (20).
 - Mientras los montes del Estado no se declaren de dominio público, es eficaz la inscripción de los mismos en el Registro de la Propiedad
 - La inscripción no es una característica que, en aquel momento, viniera a negar o impedir la demanialidad, y no sumaba nada más a lo establecido en el Reglamento de Montes de que son patrimoniales. La demanialidad y registro no son incompatibles.
 - El dominio público forestal no reúne todas las notas que pueden concurrir en el dominio público.

Resulta especialmente relevante el último argumento ya que, aunque es cierto que el dominio público puede comprender más notas y más enérgicas que las que la legislación asigna a los montes catalogados (ya que los catalogados podían venderse por ley y adquirirse por prescripción tras el plazo de 30 años inscribiendo la posesión), el pretender exigir que el dominio público reúna una serie completa de determinadas características es una mera exigencia dogmática, pues en realidad los bienes de dominio público admiten grados e intensidades distintas en virtud de la escala de demanialidad duguitiana (21).

Así, ahora podemos entender el significado de la propuesta que hacía Alcalá Zamora en 1925 relativa a asociar la nota de imprescriptibilidad a la inalienabilidad para la protección de los montes a los que él llama de dominio público en base al artículo 1936 CC. En primer lugar, porque hasta 2003 no existían montes de dominio público y patrimoniales y, en

(20) Para profundizar sobre la evolución de los montes comunales en relación con el Registro de la Propiedad, ver NIETO, A. (2001), págs. 161-205.

(21) DUGUIT, L. (1923), pág. 325.

segundo lugar, porque era perfectamente posible referirse al «dominio público» (comparándolo con el régimen jurídico de las minas o aguas) aunque no coincidieran de manera plena las tres notas de imprescriptibilidad, inalienabilidad e inembargabilidad.

Con el paso de los años hemos podido corroborar que los argumentos esgrimidos por Alcalá Zamora en el debate de 1925 pesaron más que los de su contendiente González. Sin embargo, es seguro que en el momento de su implementación mucho más tarde en 1957, los Gobiernos no fueron capaces de defender los dos tercios de monte público que, según el presidente, quedaban todavía en aquel entonces, sino que se tuvieron que enfrentar a la evidencia de un patrimonio mucho más mermado.

III. La solución definitiva a la cuestión en la ley sectorial antecedente de la Ley vigente de montes: la Ley de Montes de 1957

Según el análisis hipotecarista de Serna, M.(22), para esta autora la discusión supuestamente vería su punto y final en el Real Decreto 1867/1998 de modificación del Reglamento Hipotecario, que establece la inscripción potestativa de los bienes de dominio público en el Registro. De esta manera, la Administración decide en cada caso si inscribe o no, *de acuerdo a la legislación especial*. Así, en este caso puntual, frente al resto de inscripciones registrales, la finalidad no es la de proporcionar una mayor protección al tráfico jurídico sino la defensa de los bienes públicos de las usurpaciones que los particulares realizan sobre la base de los efectos reconocidos a la inscripción registral.

Sin embargo, en el ámbito específico de los montes públicos, y en concreto de los montes del Catálogo de utilidad pública, ello no es así en razón de las especialidades que presenta su régimen. Debemos destacar que, en relación a los montes la cuestión queda resuelta mucho antes de 1998 por la Ley de Montes de 1957. La misma establece en su artículo 11 que los montes de utilidad pública (los incluidos en el Catálogo) no solo pueden, sino que tienen la obligación de inscribirse: «1) Todo monte incluido en el Catálogo y que haya sido deslindado se inscribirá obligatoriamente a favor de la Entidad pública a quien pertenezca el dominio de la finca, mediante certificación por triplicado de dicho dominio expedida por la Administración Forestal».

Esta obligatoriedad de la inscripción por parte de la Administración pública viene establecida por la aspiración desde décadas anteriores, de terminar de una vez y para siempre con las usurpaciones y

(22) SERNA, M. (2005).

roturaciones arbitrarias con un alcance global, y no solo en relación a los montes litigiosos. En este nuevo marco regulatorio, adquiere un papel central la figura del Registrador ya que, a continuación, en su punto 3 se establece que, si el mismo tuviese conocimiento de que un monte situado dentro de su distrito hipotecario o que un acto inscribible relativo a dicho monte no se encuentre inscrito, tiene la obligación de solicitar de oficio la documentación necesaria para proceder a su inscripción.

Si en el plazo de dos meses, no se presentara en el Registro, bien la certificación administrativa requerida a la Administración para proceder a la inmatriculación del monte pendiente de inscripción, o bien los documentos necesarios para inscribir el correspondiente acto no inscrito, el Registrador lo deberá poner en conocimiento de la Dirección General de Montes competente para que subsane dicha inactividad, procediendo a exigir las responsabilidades consiguientes al funcionario negligente.

En el Reglamento de Montes 485/1962 de 22 de febrero que desarrolla la citada Ley de 1957, el artículo 69, con carácter preventivo, establece igualmente las mismas normas coercitivas para exigir el cumplimiento del requerimiento realizado por el Registrador pudiendo exigir responsabilidades al funcionario incumplidor al que se refiere como negligente.

Dos años después, en 1964, se aprueba el Decreto 1022/1964, de 15 de abril, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley de Bases del Patrimonio del Estado, que ha estado vigente hasta el 4 de febrero de 2004. En el mismo ya en su artículo primero se realiza la distinción entre los bienes patrimoniales cuyo régimen será el que tengan los bienes públicos como principio general, y los bienes demaniales que requieren que una Ley les confiera expresamente dicho carácter, aun cuando este artículo primero ya otorga dicha naturaleza demanial a los edificios propiedad del Estado donde se alojen los órganos del mismo.

En su artículo 20, establece literalmente la cuestión anterior expresada manifestando que «Los bienes y derechos atribuidos al Estado por las Leyes tendrán el carácter de patrimoniales a menos que en la ley de atribución se dispusiera otra cosa, y mientras no sean afectados al uso general o a los servicios públicos». Afirmación ésta que es la prueba determinante y acreditativa de nuestra tesis, desarrollada posteriormente y suscrita por la mejor doctrina en la materia en aquel momento como es Guaita, A., de que el principio general ha sido durante muchos años que los montes públicos tenían la naturaleza jurídica de montes patrimoniales, hasta que ha tenido que ser la Ley de Montes vigente 43/2003 de 21 de noviembre quien haya establecido, desde su carácter sustantivo y específico en la materia, por el contrario la naturaleza demanial de la mayoría de los montes públicos.

Por último, en relación con el mencionado Decreto 1022/1964 de 15 de abril, hay que destacar que su capítulo séptimo tiene por objeto la inscripción de bienes y derechos del Estado. Pues bien, todas las referencias que realizan al Registro de la Propiedad y a los Registradores sus artículos 42 a 47 del citado capítulo séptimo, son en relación con los bienes y derechos «que sean susceptibles de inscripción». La referencia que en el mismo se hace a la actuación debida por parte de los Registradores de la Propiedad es la relativa al contenido del artículo 47 estableciendo que cuando los mismos conocieren de la existencia de bienes enumerados en el artículo 42 (es decir «bienes y derechos susceptibles de inscripción»), deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio de Hacienda para que proceda a lo que considere conveniente. En consecuencia, este texto articulado de la Ley de Bases de Patrimonio del Estado, que ha estado en vigor las cuatro últimas décadas en esta materia, no establece la obligatoriedad de la inscripción de los bienes públicos, y menos aún de los de dominio público a diferencia, como veremos a continuación, de lo que establece el nuevo artículo 36 de la Ley 33/2003 de 3 de noviembre de Patrimonio de las Administraciones Públicas.

Será ya, más de cuarenta años después cuando pocos días después de la promulgación de la ley de Montes vigente 43/2003 de 21 de noviembre, que la Ley 33/2003 de 3 de noviembre de Patrimonio de las Administraciones Públicas establezca en su artículo 36 la obligación general de inscripción para todos los bienes públicos, exigiendo la misma a todas las Administraciones públicas en relación con los correspondientes registros de todos los bienes y derechos de su patrimonio, ya sean demaniales o patrimoniales, así como todos los actos y contratos referidos a ellos que puedan tener acceso a dichos registros.

El carácter voluntario de dicha inscripción se mantiene únicamente para el caso de los arrendamientos inscribibles de dichos bienes conforme a la legislación hipotecaria. La ley 33/2003 expresa así su voluntad de proteger todos los bienes de dominio público de los abusos de los particulares, teniendo en cuenta que, en las décadas anteriores mencionadas, éstos se vieron muy favorecidos, debido a que el concepto de «notoriedad» se había diluido notablemente en razón de la progresiva ampliación y diversificación de los bienes demaniales. Todo ello supuso la pérdida de publicidad posesoria consustancial a los citados bienes demaniales, por lo que su inscripción, que antes era innecesaria, adquiriría sentido y relevancia.

La obligatoriedad de inscripción de los montes de dominio público, propuesta por Niceto Alcalá Zamora en 1925 y finalmente recogida legalmente en 1957 en relación con los del Catálogo, junto con las demás medidas legislativas que hemos analizado, pusieron fin a una gran cantidad de potenciales litigios entre particulares usurpadores y la Administra-

ción (23). Sin embargo, hoy en día todavía se siguen dando en la práctica numerosos conflictos en torno a esta cuestión. A continuación, haremos mención de algunos casos habituales sobre la materia en los que nuestra jurisprudencia ha tenido la oportunidad de pronunciarse.

a) La *Sentencia 670/2005 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso-administrativo*, aborda un conflicto de titularidad de un monte. Por una parte, la Administración autonómica defiende su titularidad en base a la inclusión de la finca litigiosa en el Registro de Montes por resolución de 20 de febrero de 1968, habiendo sido delimitada posteriormente mediante Orden Ministerial de 21 de agosto de 1980, y a su vez inscrita en el Registro de la Propiedad de Figueres a favor del Estado y transferida a la Generalitat de Catalunya mediante Real Decreto 1555/1994, siendo más tarde inscrita a favor de la Administración autonómica. Frente a ello, el particular defiende su titularidad en escritura otorgada a 13 de febrero de 1981 y en las fincas registrales «a, b, c y d» del Registro de la Propiedad de Figueres.

Una vez expuestos los argumentos de las partes, el tribunal acordó que la tesis del particular resultaba más fundada debido a los antecedentes registrales y catastrales, aclarando que el conflicto tiene su base en la falta de identidad de fincas invocadas. Ello resulta así dado que los terrenos del particular se hallan en el paraje «Coma de Baixell» y los de la Administración resultan ajenos a esa ubicación. Por todo ello, afirma el tribunal «que de sostenerse la tesis improcedente de la Administración, ésta haría suyas unas 6,4 hectáreas en el paraje de “Coma de Baixell” de los terrenos de la parte actora sin que ello tuviera soporte en la documentación registral ni catastral de que se dispone».

b) La *Sentencia 735/2005 del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, Sala de lo Contencioso-administrativo*, aborda un conflicto sobre varios aspectos del deslinde de un monte. El particular propietario no está de acuerdo ni con el Catastro ni con las mediciones que se hacen (incluso ni con un dictamen pericial encargado por él mismo), ni tampoco alcanza ningún acuerdo sobre la ocupación y cambio de uso de terrenos dentro de dicho monte; y todo ello después de las diversas reuniones en las que se ha procedido a la medición y replanteo de la finca. La Administración alega que el monte se encuentra deslindado y registrado con actas, testigos y plazos de alegaciones desde 1945, aunque sorprendentemente no está amojonado. Los técnicos de la Dirección General del Medio Natural y Agentes Forestales de la zona han medido al menos dos veces los lími-

(23) LÓPEZ RAMÓN, F. (2019).

tes referidos, se ha citado expresamente a los afectados en el lugar, e incluso, una medición de la finca litigiosa se realizó por un técnico traído por el mismo particular, pero como el resultado no convenía a sus intereses por demostrar que había una clara ocupación por su parte, negó su autenticidad.

La Sala comparte plenamente la tesis de la Administración porque los datos aportados por el agente forestal y el acta de deslinde son suficientes para delimitar la porción de terreno ocupado por el hoy apelante que, por otra parte, se corrobora con la ortofoto del Catastro, siendo ésta última un instrumento preciso y veraz para las delimitaciones de los terrenos. Finalmente, como viene siendo habitual en la jurisdicción contencioso-administrativa, la Sala recuerda que, además no debe olvidarse que la pertenencia o titularidad de un monte que obre en el Catálogo sólo podrá impugnarse en el juicio declarativo correspondiente a la jurisdicción civil.

c) La *Sentencia 522/2006 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo*, resuelve un caso de nulidad de pleno derecho del procedimiento de deslinde parcial. El particular es propietario de una finca en Guadarrama que adquirió mediante escritura de compraventa en 1994 que fue inscrita en el Registro de la Propiedad de San Lorenzo de El Escorial, sin constar inscripción o anotación tanto del deslinde del monte como del amojonamiento. La finca se compone de tres parcelas, existiendo una nave construida en una de ellas y se destaca que tanto por las parcelas como por la nave se abona el correspondiente Impuesto de Bienes Inmuebles al Ayuntamiento de Guadarrama. El particular alega que el Ayuntamiento de Guadarrama propietario del monte «Pinar y Agregados» ocupa por la vía de hecho la nave referida. La Comunidad de Madrid emplaza a la actora como propietaria el 15 de septiembre de 2000 al deslinde parcial del monte «Pinar y Agregados». En la fecha en que se le convoca acude y solicita los planos, afirmando que no se corresponden con el deslinde realizado en 1911 ni con el amojonamiento aprobado en 1964, y que el Ingeniero Técnico en Topografía que le asesora certifica que el replanteo se realiza sobre la topografía catastral de 1994. Por ello, entiende que el fin último de este replanteo es amparar la ocupación por el Ayuntamiento de Guadarrama de la parcela en que se haya sita la nave de su propiedad.

Frente a estas alegaciones, en primer lugar la Sala establece con claridad que no puede examinar todas las consideraciones que la parte actora realiza sobre la propiedad de la tercera finca y de la nave que en ella se encuentra «pues dichas consideraciones afectan al derecho de propiedad y a los derechos registrales que deben ventilarse ante la Jurisdicción Civil». Esta remisión a la jurisdicción civil se repite continuamente en la ju-

risprudencia contenciosa, resultando destacable el pronunciamiento de la Sala en relación a la prueba, en cuanto señala que «tampoco podría haber examinado las divergencias que afirma existen entre los planos del deslinde de 1991 y el replanteo actual pues es esta una cuestión técnica que debe acreditarse con la correspondiente prueba pericial propuesta en autos como medio de prueba, cosa que no ha sucedido».

d) Por último, la *Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 2002, en este caso de la Sala de lo Civil*, pero que recojo en este artículo por su relevancia debido a la continua remisión del orden contencioso-administrativo hacia el civil en estas cuestiones, resuelve la acción reivindicatoria de un particular sobre un bien poseído por el Ayuntamiento de Almansa. El demandante aportó como título de dominio de las tres fincas registrales, cuya titularidad reclama, la inscripción registral a su favor y a consecuencia del Auto de 18 de diciembre de 1982 dictado en expediente de dominio 73/1978 por el Juzgado de Primera Instancia de Almansa. El Ayuntamiento de Almansa alega frente a dicho título registral que las referidas fincas han de considerarse de su propiedad al estar incluidas en el Catálogo y haber sido adquiridas por prescripción adquisitiva a contar desde una repoblación forestal.

El tribunal es tajante al afirmar que el título administrativo de inclusión en el Catálogo no otorga por sí mismo la propiedad de las fincas, pues, de conformidad al artículo 6 de la Ley de Montes de 1957, el Catálogo es un Registro público únicamente de carácter administrativo por lo que la inclusión de un monte en el mismo sólo otorga presunción de su posesión por el Patrimonio Forestal del Estado o por la Entidad pública a cuyo nombre figure (artículo 10). Así, resulta imperativo el artículo 11 de la citada Ley de 1957, en cuanto dispone que todo monte deslindado se inscribirá obligatoriamente en el Registro a favor de la Entidad a la que perteneciera el dominio de la finca, en la forma y circunstancias previstas en el artículo 206 de la Ley Hipotecaria, lo que aquí no ha ocurrido y pone de manifiesto que el Ayuntamiento no se consideró nunca propietario de las fincas que se discuten en el pleito, facultando el artículo 11.6 a impugnar la titularidad que se asigne en el Catálogo.

En el presente litigio, el Ayuntamiento no reconoce y pretende combatir el título registral del propietario, al negarle la posesión de las fincas, con el argumento de que su titularidad la ostenta exclusivamente el Ayuntamiento de Almansa por haberse producido una prescripción adquisitiva en virtud del artículo 1957 del Código Civil. La usucapión se basa en que en el año 1956 se llevó a cabo repoblación forestal del monte, pero el tribunal establece que ello no resulta suficiente, pues la repoblación de los montes puede tener lugar tanto en los de propiedad pública como en los de propiedad privada (artículo 42 de la Ley de Mon-

tes de 1957), lo que conlleva una clara insuficiencia probatoria. Además, el Supremo acoge la interpretación de concurrencia de mala fe llevada a cabo por el Tribunal de instancia, ya que la dificultad de identificación y delimitación de las fincas reclamadas (que resulta un problema típico y recurrente en este tipo de litigios como estamos observando en la jurisprudencia analizada) tiene su origen y causa exclusiva en la actividad del Ayuntamiento. Y todo ello debido a que, de una parte, dicho Ayuntamiento ha incluido en el perímetro del deslinde practicado terrenos de propiedad privada sin la necesaria información a sus titulares, y, de otra, la repoblación masiva y uniforme llevada a cabo por el mismo hizo desaparecer los signos de identificación de los enclaves reclamados, resultando dichos actos abusivos y de los que no se puede aprovechar quien los practicó, como se pretende por parte del Ayuntamiento.

IV. Tratamiento de la cuestión en la Ley de Montes vigente 43/2003, de 21 noviembre, y en la reforma de la Ley Hipotecaria de 2015

1. Ley de Montes 43/2003

En primer lugar, la Ley de Montes de 2003 sigue estableciendo en su artículo 18.3 (anterior 11 de la Ley de 1957) que, todo monte catalogado y los derechos que existan sobre los mismos deben ser objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad por su Administración titular o gestora, requiriéndose la siguiente documentación: la certificación administrativa, un plano topográfico del monte o el plano levantado para el deslinde y la certificación catastral descriptiva y gráfica del inmueble (de acuerdo con lo dispuesto en la Ley del Catastro Inmobiliario, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo). Además, resulta relevante que en el mismo artículo se prevea que, en caso de discrepancia entre la documentación referida, se estará a lo que disponga la legislación hipotecaria sobre la inscripción de la representación gráfica de las fincas en el Registro de la Propiedad.

Por otra parte, resulta fundamental para la comprensión en profundidad de la cuestión jurídica que estamos abordando (cuyo alcance se detallará en el siguiente apartado), que el artículo 12 diferencie dos tipos de montes públicos. En primer lugar, los de dominio público o demaniales, que podrán serlo bien por razones de servicio público; por pertenecer al Catálogo de Montes de Utilidad Pública; por ser comunales, es decir de aprovechamiento común de los vecinos de un municipio; o bien por encontrarse afectados a un uso o servicio público. Y, en segundo lugar, se encuentran los patrimoniales definidos por exclusión como todos aquellos montes públicos que no sean demaniales.

A lo largo del texto legal vigente podemos observar la aplicación de la distinción entre los tipos de monte público y la relevancia que tiene la obligatoriedad de la inscripción registral. Por ejemplo, el artículo 18.1 establece que, en caso de afectarse parcialmente un monte público, será posible la segregación de la parte demanial respecto de la patrimonial mediante certificación administrativa para procederse más tarde a su inscripción en el Registro de la Propiedad. También dentro del procedimiento de deslinde, regulado en el artículo 21, el apartado 5 destaca la importancia de la inscripción de los títulos de dominio en el Registro de la Propiedad, ya que sólo éstos tendrán valor y eficacia en el referido procedimiento junto con las sentencias firmes en juicio declarativo de propiedad. En el mismo artículo, su apartado 8 establece que la resolución definitiva del expediente de deslinde será título suficiente para la inmatriculación del monte, la inscripción de rectificación de la descripción de las fincas afectadas y la cancelación de las anotaciones practicadas. Sin embargo, la resolución definitiva no será título suficiente para rectificar los derechos del tercero de buena fe protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, siendo la ley por lo tanto muy garantista respecto a estos derechos.

Respecto a la cuestión de las usurpaciones de montes públicos por parte de los particulares, tratada de forma extensa en su dimensión histórica en los anteriores apartados, el artículo 22 establece que las inscripciones en las que exista un exceso de cabida en el Registro de la Propiedad de un monte o de una finca privada colindante con monte demanial o, ubicado en un término municipal en el que existan montes demaniales, requerirá, en caso de que no sean catalogados, el previo informe favorable de los titulares de dichos montes demaniales; mientras que en el caso de los catalogados, informe favorable del órgano forestal de la autonómico (24).

Un caso singular es el que tiene por objeto la *Sentencia 214/2005 del Tribunal de Justicia de Castilla y León, Sala de lo Contencioso-administrativo*. En la misma se trata una cuestión relativa a la declaración de los montes como de utilidad pública. Se alega por los particulares que, para ello, resulta necesario que sea un monte público y sin embargo, en el presente caso, plantean que procedería la calificación de monte protector por ser en origen un monte comunal que cambió a titularidad de la Comunidad Autónoma sin autorización de los colonos. Para comprobar la titularidad del monte se acude al Registro de la Propiedad y así poder determinar también que fincas conforman el monte. Sin embargo, en el Registro de la Propiedad no figura como titular de esta parcela ninguna de

(24) Como análisis crítico de estas y otras cuestiones de la Ley de Montes de 2003, ver LÓPEZ RAMÓN, F. (2004).

las personas que han recurrido la resolución de declaración de utilidad pública, sino que es precisamente la Administración demandada la que figura como titular. Así, en tanto no haya juicio declarativo de propiedad la titularidad registral goza de la presunción que recoge el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, pero la cuestión es que los recurrentes no reclaman la propiedad sino los aprovechamientos de los que disfrutaban como colonos poseedores de las fincas desde 1953, de los que dicen se les ha expropiado por vía de hecho al declararlo monte de utilidad pública e incluirlo en el Catálogo.

El Tribunal comienza con el argumento relativo a que el artículo 50 del Decreto de desarrollo de 22 de febrero de 1962 dispone que «será excluida la totalidad o parte de un monte del Catálogo, cuando la Entidad a quien éste asigne la pertenencia haya sido vencida por un particular en juicio declarativo ordinario de propiedad ante los Tribunales Civiles». Este criterio también se recoge en la Ley de Montes de 1957 al disponer en su artículo 11.6 que la pertenencia o titularidad de un monte en el Catálogo sólo podrá impugnarse en el juicio declarativo ordinario de propiedad y ante los Tribunales civiles, no permitiéndose por lo tanto el ejercicio de las acciones reales contenidas en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria. El Tribunal aclara que esta normativa ha sido derogada por la Ley de Montes de 2003, pero ésta mantiene el mismo criterio, incluso con las mismas palabras, en su artículo 18, y en su artículo 16.4 el cual establece que la exclusión de un monte del Catálogo de Montes de Utilidad Pública sólo procederá cuando haya perdido las características por las que fue catalogado.

Una vez expuesto lo anterior, señala que si bien el artículo 10 de la Ley de Montes de 1957 dispone que: «La inclusión de un monte en el Catálogo otorgará la presunción de su posesión por el Patrimonio Forestal del Estado, o por la Entidad pública a cuyo nombre figure, sin que esta posesión pueda ser combatida ante los Tribunales de Justicia por medio de interdictos o de procedimientos especiales. Uno y otra serán mantenidos en la posesión y asistidos para la recuperación de sus montes por los Gobernadores civiles en todos los casos»; esto no implica que se haya producido una expropiación por la vía de hecho, pues esto sólo es una presunción que se destruye por lo que se disponga en el Registro de la Propiedad y en las Escrituras Públicas que contienen una serie de derechos que implican una cierta posesión y que en ningún caso quedan eliminados por el mero hecho de haber sido declarado el monte de utilidad pública, sin perjuicio de que queden moderados por el principio de la sujeción a los fines sociales de todo derecho (artículo 33 Constitución Española). Apoyando tal conclusión, recuerda la separación entre los aprovechamientos y la propiedad, e incluso la posibilidad de la enajenación de los mismos conforme al artículo 36.4 de la Ley de Montes de 2003 («Los

aprovechamientos en los montes del dominio público forestal podrán ser enajenados por sus titulares en el marco de lo establecido en el artículo 15, así como de lo previsto en la legislación patrimonial que les resulte de aplicación»). Es por ello que el Tribunal entiende que los parceleros colonos continúan teniendo los aprovechamientos sin apreciar una limitación de sus derechos que conlleve una indemnización.

Para terminar con estas cuestiones, nos parece muy oportuno recordar la distribución de competencias sobre montes y aprovechamientos forestales en nuestro Estado autonómico (artículo 149.1. 23.^a en relación con el 148.1. 8.^a), recordando que la mayor parte de las funciones relativas a la materia forestal corresponden a las Comunidades Autónomas, a excepción de la aprobación de la Ley básica estatal. Así, el desarrollo legislativo, la ejecución reglamentaria y la gestión forestal es competencia de las CC.AA (25). En este contexto, resulta de indudable interés y de gran actualidad, la Sentencia TC 96/2020, de 21 de julio de 2020, que resuelve una cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en relación al artículo 6.1.3 de la Ley 2/1992 forestal de Andalucía.

El TSJ andaluz cuestiona que el citado precepto, al atribuir a la Administración forestal autonómica la potestad de deslinde de todos los montes públicos, entra en contradicción con la normativa básica (es decir, el artículo 21.1 de la Ley 43/2003), que reserva esta potestad a la Administración titular del monte, salvo que se trate de montes incluidos en el catálogo de montes de utilidad pública, en cuyo caso la citada potestad corresponde también a la Administración gestora.

La norma básica otorga la potestad de deslinde a la entidad pública titular del monte que, según el artículo 11.2 Ley de Montes, pueden ser el Estado, las comunidades autónomas, las entidades locales u otras entidades de derecho público, con la única excepción de los montes catalogados en los que, según el artículo 21.1 Ley de Montes, junto a la Administración titular del monte, gozará también de la potestad de deslinde la Administración gestora, que, de conformidad con lo dispuesto en su artículo 6.c) en relación con la definición del concepto «Gestión», será la competente para realizar el conjunto de actividades de índole técnica y material relativas a la conservación, mejora y aprovechamiento del monte.

El problema surge en relación con la Administración gestora de los montes catalogados, ya que la catalogación de montes en las leyes autonómica y estatal no responde al mismo criterio. Según los artículos 12 y

(25) Sobre la distribución de competencias en montes y aprovechamientos forestales, puede verse el análisis detallado que realiza FERNÁNDEZ-ESPINAR LÓPEZ, L.C. (2000), págs. 212-231, y (2001), págs. 156-181.

16 de la norma estatal, solo podrán ser catalogados los montes de dominio público, dejando fuera del mismo por lo tanto a los patrimoniales. Sin embargo, el artículo 24 de la Ley forestal de Andalucía establece que todos los montes públicos ya sean demaniales o patrimoniales se incluirán en el Catálogo de montes de Andalucía.

Por todo ello, el Tribunal Constitucional concluye con que, según la norma autonómica, la Administración pública que ha de ejercer la potestad de deslinde es la Junta de Andalucía en todo caso, mientras que, según la norma estatal, es la Administración titular del monte. Debido a la atribución incondicionada con que se realiza la asignación de la potestad de deslinde en favor de la comunidad autónoma por el precepto cuestionado, sin mencionar en ningún momento al titular del monte público, nos encontramos ante una contradicción insalvable con la ley básica, declarando la inconstitucionalidad del citado precepto de la ley autonómica, ya que se «atribuye la competencia para el deslinde de montes públicos de modo distinto al de la normativa que ya hemos considerado básica, por cuanto esta última asigna, en todo caso, esa misma potestad a la administración titular del monte público».

2. Reforma de la Ley Hipotecaria de 2015

Una vez descrito el régimen jurídico de la Ley de Montes de 2003, resulta fundamental resaltar la importancia de la reciente reforma de la Ley Hipotecaria por la Ley 13/2015 ya que supone una confirmación e impulso en la evolución de la protección registral, ampliando la regulación que ya se encontraba en la Ley de montes de 2003 a todos los bienes de dominio público en general, incluyendo tanto los inmatriculados como los no inmatriculados.

En concreto, las disposiciones que vamos a analizar se encuentran en el Título VI de la Ley Hipotecaria sobre la concordancia ente el Registro y la realidad jurídica. En primer lugar, el artículo 199 regula el procedimiento para la inscripción de la delimitación georreferenciada de las fincas ya inmatriculadas, y establece que el Registrador denegará la inscripción de la identificación gráfica de la finca si la misma coincidiera en todo o parte con otra base gráfica inscrita o bien con el *dominio público ya inscrito*, debiendo comunicarlo a la Administración titular del inmueble afectado.

Y, en segundo lugar, los artículos 203 y 205 regulan el procedimiento inmatriculador, y establecen que, si el Registrador tuviera dudas fundadas sobre la coincidencia total o parcial de la finca que se pretende inmatricular con otras de *dominio público que no estén inmatriculadas*, lo notificará a la entidad u órgano competente para que emita informe en el

plazo de un mes. En caso de que en dicho informe la Administración se opusiera a la inmatriculación, o bien en el supuesto de que no se le remitiera en plazo el mismo si el Registrador conservase dudas sobre la existencia de una posible invasión del dominio público, éste denegará la inmatriculación solicitada.

Por otra parte, la misma Ley Hipotecaria reformada en 2015 establece, en su artículo 9, que para que los registradores puedan conocer la ubicación y delimitación del dominio público, incluso el que no se encuentra inmatriculado, dispondrán como elemento auxiliar de calificación «de una única aplicación informática (...) para el tratamiento de representaciones gráficas, que permita relacionarlas con las descripciones de las fincas contenidas en el folio real, previniendo además la invasión del dominio público, así como la consulta de las limitaciones al dominio que puedan derivarse de la clasificación y calificación urbanística, medioambiental o administrativa correspondiente». En relación con esta aplicación informática, la disposición adicional primera establece estándares exigentes para que resulte verdaderamente útil, siendo necesario para su implantación que la misma permita: i) enlazar e interoperar visualmente, a través de servicios de mapas web en línea; y ii) el análisis de contraste con la cartografía catastral y con otras que se encuentren adecuadamente georreferenciadas y aprobadas por las Administraciones competentes en materia de territorio, dominio público, urbanismo o medio ambiente.

Finalmente, en relación con lo anteriormente señalado sobre el artículo 22 de la Ley de Montes, la Resolución de 12 de abril de 2016 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, resuelve un recurso contra la nota de calificación de la registradora de la propiedad de Cogolludo por la que se suspende la inmatriculación de una finca. En el presente caso, el particular solicitó la inmatriculación de una serie de fincas rústicas sitas en el término municipal de Campillo de Ranas. La solicitud fue denegada ya que en el municipio existen montes demaniales, por lo que se precisa informe favorable para la inmatriculación de fincas en virtud del artículo 22 de la Ley 43/2003 de Montes.

Alega el recurrente que ha presentado bastantes escrituras de compraventas de fincas rústica en el mismo término municipal de Campillo de Ranas, estando todas ellas inmatriculadas, y, en todos los casos, se ha procedido al registro de las mismas sin necesidad del informe favorable. En este caso concreto se observa que de las tres fincas que se venden, sólo una de ellas es colindante con fincas titularidad del Ayuntamiento de Campillo de Ranas.

Establece la DGRN que el registrador, al llevar a cabo su competencia de calificación de los documentos presentados a inscripción, no está vinculado, en aplicación del principio de independencia en su ejercicio,

por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores, así como tampoco por las suyas propias realizadas con anterioridad.

Por otra parte, el artículo 22 de la Ley de Montes establece que toda inmatriculación o inscripción de exceso de cabida en el Registro de la Propiedad de un monte o de una finca colindante con monte demanial o bien ubicado en un término municipal en el que existan montes demaniales, requerirá el previo informe favorable de los titulares de dichos montes y, para los montes catalogados, el del órgano forestal de la Comunidad Autónoma; pero aclara la DGRN que, para que sea exigible el citado informe, «no basta con que se trate de inmatricular fincas ubicadas en un término municipal donde existan montes demaniales, sino que es preciso que la finca a inmatricular sea o bien monte, o bien colinde con un monte demanial o monte ubicado en un término municipal donde existan montes demaniales». Por ello, en el presente supuesto no se encuentra indicio alguno de que la finca a inmatricular sea un monte ni linde con ningún monte alguno.

Para fundamentar de forma exhaustiva su resolución, el órgano decisorio lleva a cabo un análisis muy ilustrativo de los principios que rigen la protección de los montes de dominio público en nuestro ordenamiento vigente. Señala que la misma finalidad que inspiró la redacción del artículo 22 de la Ley de Montes es la que, con carácter más general y referida a la protección del dominio público de cualquier tipo, y no sólo de los montes públicos, ha acabado siendo recogida y proclamada en la Ley Hipotecaria tras su reforma por la Ley 13/2015.

La obligación legal a cargo de los Registradores de la Propiedad de tratar de impedir la práctica de inscripciones que puedan invadir el dominio público tiene su origen y fundamento en la legislación protectora del dominio público, en concreto los artículos 6, 30 y 61 de la Ley 33/2003 del Patrimonio de las Administraciones Públicas. Además, tomando como base de la obligatoriedad de inscripción de todos los bienes públicos, recogida en el artículo 36, se implica a los registradores en la promoción de dicha inscripción registral con el mandato general de colaboración y suministro de información de los artículos 61 y 64 y otro específico en el artículo 39 al que ya hemos hecho alusión en este trabajo.

Así, la protección registral que la ley otorga al dominio público no se limita exclusivamente al que ya consta inscrito, sino que también se hace extensiva al dominio público no inscrito, pero de cuya existencia tenga indicios suficientes el registrador y con el que pudiera llegar a colisionar alguna pretensión de inscripción por parte del particular. Esa es la razón concreta por lo que distintas leyes especiales, como la de costas o de montes, prevén que el registrador deberá recabar informe o certificación administrativa que acrediten que la inscripción pretendida no invade el dominio público. En la misma línea de protección incluso

del dominio público no inscrito, surge la Ley 13/2015, de 24 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria, que establece a lo largo de sus artículos 9, 199, 203 y 205 que el registrador tratará de evitar la inscripción de nuevas fincas o de la representación gráfica georreferenciada de fincas ya inmatriculadas cuando tuviera dudas fundadas sobre la posible invasión del dominio público.

Finaliza la resolución destacando que esta reiteración normativa, y en especial el impulso de la reforma del 2015, no hace otra cosa que asentar el principio general de que los registradores deben evitar practicar inscripciones de bienes de propiedad privada que invadan en todo o en parte bienes de dominio público tanto inmatriculado como no inmatriculado. Y todo ello debido a la inalienabilidad del dominio público, que supone la exclusión de la posibilidad de existencia de derechos privados sobre esa concreta porción del territorio catalogada como demanial.

V. Bibliografía citada

- ALCALÁ ZAMORA, Niceto, «La inscripción de los montes públicos en el Registro de la Propiedad», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 3, 1925.
- «Algo más sobre la inscripción de los montes», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 6, 1925.
- BAUER MANDERSHEID, Erich, *Los montes de España en la Historia*, Servicio de Publicaciones Agrarias y Fundación Conde del Valle de Salazar, 1991.
- CALVO SÁNCHEZ, Luis, *La génesis histórica de los montes catalogados de utilidad pública (1855-1901)*, Organismo Autónomo de Parques Nacionales, 2011.
- CORRAL DUEÑAS, Francisco, «La protección registral de los montes», en *Revista de Estudios Agrosociales*, n.º 121, 1982.
- DUGUIT, Léon, *Traité de droit constitutionnel*, T. III, 2.ª ed., París, Boccard, 1923.
- FERNÁNDEZ-ESPINAR, Luis Carlos, «El futuro del sector forestal en el Estado de las Autonomías. Propuestas de reforma legislativa», en en vol. Col Operación Jovellanos. Propuestas de reforma para la agricultura española, Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación y Consejo General del Notariado, págs. 212-231, Madrid 2000.
- «Legislación y régimen jurídico de los montes», en vol. col. *Riqueza forestal de España e Iberoamérica*, Thomson Learning, 156-181, Madrid, 2001.
- GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro, *La Ley Hipotecaria, comentada y concordada con la legislación anterior española y extranjera, precedida de una introducción histórica y seguida de un diccionario y formularios para su más fácil aplicación*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1862.

- GÓMEZ MENDOZA, Josefina, *Ciencia y política de los montes españoles (1848-1936)*, Instituto Nacional para la Conservación de la Naturaleza, 1992.
- GONZÁLEZ, Jerónimo, «Sobre la inscripción de los montes públicos», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 4, 1925.
- GUAITA, Aurelio, *Régimen jurídico administrativo de los montes*, Santiago de Compostela, 1956.
- «Naturaleza jurídica de los montes catalogados del estado y municipales de propios» en *Conferencias sobre Derecho y Propiedad Forestal*, Escuela Superior de Ingenieros de Montes Universidad Politécnica de Madrid, 1976.
- HAURIOU, Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public*, 9.^a ed., París, Sirey, 1919 (1.^a ed., 1892; 12.^a ed., 1933).
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando, «Crítica jurídica de la nueva Ley de Montes», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 121, págs. 5-24, 2004.
- *Conservar el patrimonio natural*, Reus, 2019.
- MACKAY. E., «El distrito forestal de Jaén», en *Revista Montes*, Tomo XXVIII, págs. 144-152, 1904.
- NICOLASA ISASA, Luis, «Catálogo de Montes de utilidad pública y Registro de la Propiedad» en *Conferencias sobre Derecho y Propiedad Forestal*, Escuela Superior de Ingenieros de Montes Universidad Politécnica de Madrid, 1976.
- NIETO, Alejandro, *Bienes comunales de los Montes de Toledo. Reforma Agraria y Reforma Capitalista*, Aranzadi, 2001.
- RUIZ AMADO, H., *Estudios Forestales. Los montes en sus relaciones con las necesidades de los pueblos*, Tarragona: Imprenta de Puigrubí y Aris, 1872.
- SERNA, Margarita, «Anotaciones histórico-jurídicas sobre la inscripción de la propiedad al servicio del tráfico jurídico» en *Propiedad e Historia del Derecho*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2005.
- OLAZÁBAL. D., *Los montes de comunidades o asociados de muchos pueblos*, 1905.
- VIVES, Vicens, *Historia Social y Económica de España y América*, 1957.



Energia-trantsizioa Europar Batasunean: oinarrizko arauketa, helburuen betetze-maila eta Europako Itun Berdea garatzeko proposamenak

The energy transition in the European Union: essential rules, achievement of objectives and proposals for the development of the European Green Deal

ASIER GARCÍA LUPIOLA

Irakasle Agregatua (UPV-EHU) - Investigador en formación (UNED)

asier.garcialupiola@ehu.eus

ORCID: 0000-0003-0521-3147

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.120.2021.12>

LABURPENA: Europako integrazio prozesuaren oinarrizko helburuetako bat garapen jasangarria da. Testuan azaltzen den bezala, Europar Batasunak helburu hori lortzeko azken urteotan aurrera eraman duen ekintza energia-trantsizioan oinarritzen da. Estrategiak eta arauak aztertuz, ondorioztatzen da energia berriztagarrien eta energia-efizientziaren sustapena bilakatu dela ingurunearen babeserako, klima-aldaketaren kontra borrokatzeko eta ekonomia berdea bultzatzeko tresna. Hala ere, emaitzak ikusita, helburu zehatzen lorpena moteltzen ari dela dirudi, beraz, Europar Batasunak energia-trantsizioa burutzeko aurrera eramaten duen jarduera indartu behar du. Bide horretan, Europako Itun Berdearen garapena oinarrizkoa izango da.

HITZ GAKOAK: Europar Batasuna. Garapen jasangarria. Energia-trantsizioa. Europako Itun Berdea.

ABSTRACT: Sustainable development is one of the objectives of the European integration process. The activity of the EU in recent years to achieve this objective is based on the energy transition. The analysis of European strategies and laws show the promotion of renewable energies and energy efficiency has become a tool that is being used for the protection of the environment, the fight against climate change and the promotion of the green economy. However, given the results, the achievement of the specific objectives seems to be slowing down, so the EU must strengthen its activity to complete the energy transition. The development of the European Green Deal is going to be fundamental.

KEYWORDS: European Union. Sustainable development. Energy transition. European Green Deal.

RESUMEN: Uno de los objetivos del proceso de integración europea es el desarrollo sostenible. Tal y como se describe en el texto, la actividad desarrollada durante los últimos años por la UE para su logro se fundamenta en la transición energética. El análisis de las estrategias y normas europeas demuestran que la apuesta por las energías renovables y la eficiencia energética se ha convertido en la herramienta a la que se está recurriendo tanto para la protección del medio ambiente, como para la lucha contra el cambio climático y el impulso de la economía verde. No obstante, vistos los resultados, la consecución de los objetivos específicos parece ralentizarse, por lo que la UE debe reforzar su actividad para completar la transición energética. El desarrollo del Pacto Verde Europeo será fundamental para ello.

PALABRAS CLAVE: Unión Europea. Desarrollo sostenible. Transición energética. Pacto Verde Europeo.

Trabajo recibido el 7 de febrero de 2021

Aceptado por el Consejo de Redacción el 21 de mayo de 2021

Aurkibidea: I. Sarrera.—II. Abiapuntua: Lisboako Tratatu eta Europa 2020 Estrategia.—III. Energia-trantsiziorako oinarritzko arauketa: klima eta energia esparrua eta energia garbirako lege sorta.—IV. Behin-behinekoko emaitzak.—V. Etorkizunerako proposamenak: klima-neutraltasuna eta Europako Itun Berdea.—VI. Azkeneko gogoetak.—VII. Bibliografia.

I. Sarrera

Europar Batasunaren (EB) oinarritzko helburuetako bat garapen jasangarria da. Helburu hori betetzeko, europar ingurumen-politikaren garapena ezinbestekoa izan bada ere, energiak bertan duen presentzia gero eta handiagoa izan da eta, horrela, energia-politika jasangarritasuna lortzera bidean funtsezko elementua bilakatu da, bereziki, energia garbiaren erronka dela eta.

Energia-politika ez zen politika gisa sorrerako tratatuetan adierazi, eta haren garapena baztertuta geratu zen, herrialdeek gai hori estrategikotzat eta interes nazionalekotzat jotzen baitzuten. 1970. hamarkadako petrolioaren krisiaren ondorioen eraginez, Europako Erkidegoetako herrialdeek bizi zituzten energia ahuldadeak zirela eta, ikatz kontsumoa eta programa nuklearrak bultzatzeaz gain, energia berriztagarrien aldeko apustua ere egin zuten. Ordea, energia berriztagarriak ez ziren kontuan hartu ingurumen arrazoiengatik, hornidura segurtasuna dela tarteko baizik, petrolio ordezkatzeko.

Ikuspuntu hori aldatu zen 1990. hamarkadan zehar. Horrela, aitortu zen energia-efizientziak eta energia berriztagarrien erabilerak era garrantzitsuan laguntzen zutela isuri kutsagarriak murrizten(1); baita energia dela berotegi-efektuko gasen isuri iturri handiena ere(2). Ondorioz, eratzear zegoen energia politikaren ikuspegi askoz orekatsuago bat hartu zen, lehiakortasunarekin eta horniduraren segurtasunarekin batera ingurumenaren babesa kontuan hartuz(3). Azkenik, Europar Batasunak energia-politika bat garatzeko estrategia aurkeztu zuen(4). Horren arabera, segurtasuna eta lehiakortasuna errazteko eta klima-aldaketaren kontra borrokatzeko, energia iturri berriztagarrien alde apustu egin zen eta energia-

(1) EUROPAR BATZORDEA, 1988ko maiatzaren 3ko komunikazioa, *The main findings of the Commission's Review of Member State's energy policies*, COM (88) 174 final.

(2) EUROPAR BATZORDEA, 1990eko otsailaren 8ko komunikazioa, *Energy and the environment*, COM (89) 369 final.

(3) EUROPAR BATZORDEA, *For a European Union Energy Policy – Green Paper*, COM (94) 659 final/2, 1994.

(4) EUROPAR BATZORDEA, 2007ko urtarrilaren 10eko komunikazioa, «*Una política energética para Europa*», COM (2007) 1 final.

efizientzia eta energiaren erabilera arduratsu, ekonomiko eta arrazionala goa bultzatu zen.

Jasangarritasuna oinarrizko helburu gisa jasotzen duen europar energia-politika Lisboako Tratatuak ekarri zuen berritasunetako bat da. Ordu-tik gaur egun arte EBk energia-trantsizioa gauzatzeko estrategiak, planak eta arauak onartu ditu, munduko ekonomia jasangarriena bilakatu delarik. Hala ere, bidea egitear dago oraindik eta horretan EBk kontuan hartu behar ditu bere arau eta ekintzen emaitzak, orokorki positiboak izanik, energia-trantsizioak eskatzen dituen helburu zehatzak lortzeko asmo handi-goko erabakiak eskatzen baitituzte. Testu honek, guzti hori aurkeztu eta aztertzen du. Ikusiko dugunez, azken urtean EBk egindako proposamenek energia-trantsizioari bultzakada garrantzitsua eman nahi diote.

Horrela, lehenik eta behin, Lisboako Itunak eta Europa 2020 estrategiak ezarri zuten abiapuntua aurkeztuko dugu. Bigarrenik, EBk onartu dituen energia-trantsizioa martxan jartzeko elementuak jasotzen dituzten estrategiak eta arauak aztertuko ditugu, hain zuzen ere, 2030erako klima eta energia esparruan kokatzen direnak. Hirugarren zatian, finkatutako helburu zehatzen betetze-maila ikustatuko dugu. Ondoren, emaitza horiek direla medio egiten ari diren proposamen berrienak aztertuko ditugu. Bukatzeko azkeneko gogoeta batzuk adieraziko ditugu.

II. Abiapuntua: Lisboako Tratua eta Europa 2020 Estrategia

Gaur egun interes publikoko xedea den baieztapena jarraitzen du EBk, hain zuzen, garapen jasangarriaren helburuan energia-paradigmaren berriztatzea barneratzen dela (5). Horren arabera, erregai fosiletatik energia garbietara aldaketa erradikala epe laburrean egitea ezinezkoa denez, energia berriztagarriak sustatzeko energia-trantsizioa prestatzen da, hau da, energia garbien garapen eta erabilera progresiboa ahalbidetzea (6). Aldi berean, klima-aldaketaren kontrako borroka bide hori indartzen du eta borroka horrek «abantailak» dituela ere adierazi daiteke, hain zuzen, erabiltzen diren «armak» direla eta: energia berriztagarriak, energia-aurrezpena eta karbono baxuko teknologiak (7). Ideia horiek jarraituz eta ga-

(5) Nahiz eta energia-paradigma berri batera doan bidean gauden, oraindik indarrean dagoena baliabide ez berriztagarrien ustiapenean oinarritzen da, gaur egun mundu mailako energia eskaintzaren % 80 baino gehiago baliabide fosiletatik bait dator. TORRES FLORES, Ramón Carlos, «Pandemia y nuevo paradigma energético: exigencias de política económica», *Economía Unam*, 17 liburukia, 51 zenbakia, 2020, 351 orr.

(6) DOPAZO FRAGUÍO, Pilar, «La renovación energética ante el cambio climático: marco estratégico, instrumentos y prácticas», *Actualidad Jurídica Ambiental*, 98 zenbakia, 2020, 6 orr.

(7) ANDOURA, Sami, HANCHER, Leigh eta VAN DER WOUDE, Marc, «Towards a European Energy Community: A Policy Proposal», *Notre Europe Studies&Research*, 76 zenbakia, 2010, 45 orr.

rapen jasagarria EBren helburua izanik (EBren Tratatuak 3. artikulua), 2009ko abenduan indarrean sartu zen Lisboako Tratatuak berritasun garrantzitsuak ekarri zituen horren lorpenerako.

Alde batetik, ingurumenari buruzko politikaren helburu zehatzen artean klima-aldaketaren aurka borrokatzeko nazioarteko neurrien sustatzea gehitu zuen (EBren Funtzionamenduari buruzko Tratatuak 191.1 artikulua, EBFT). Bestalde, energia-politikaren arauketa independentea sartu zuen, ingurumenari buruzkoaren jarraian. Bi politiken artean dagoen lotura argi gelditzen da, EBren energia-politikaren helburuak ingurumena zaindu eta hobetzeko eskakizuna dagoela kontuan izanik ezartzen baitira (EBFTko 194.1 artikulua). Energiaren merkatuaren funtzionamendua eta horniduraren segurtasuna bermatzeaz gain eta energia sareen arteko konexioa sustatzeaz gain, Tratatuak Europako energia-politikari buruzko helburuen artean biltzen du energia-efizientzia eta energia-aurrezpena bultzatzea, eta energia berri eta berriztagarrien garapena sustatzea.

Ingurumena eta energia EBren eta estatu kideen arteko eskumen partekatua dira (EBFTko 4.2 artikulua). Ondorioz, arlo horretan, estatu kideek beren eskumena erabil dezakete baldin eta EBk berea erabili ez badu (EBFTko 2.2 artikulua) eta EBk, benetan, ekimenez erabili du Tratatuak esleitzen dion ahalorde hori, estatu kideentzat juridikoki lotesle diren lege-egintza ugari onartu baititu. Hala ere, estatu kideek energia-baliabideak ustiatzearen baldintzak zehazteko eta energia-iturri bat edo bestea hautatzeko eskubidea mantentzen dute (EBFTko 194.2 artikulua), ez baitzuten nahi energiaren arloan beren subiranotasuna guztiz lagatzea (8), eta horrek helburuen betetze erritmoaren moteltasunean eragina du, aurrerago ikusiko dugunez. Alde positiboan aipatu behar da elkartasun-printzipioaren aplikazioa energia-hornidura segurtatzeko; haren bitartez, estatu kide batek energia-hornidura zailtasun larriak pasatzen baditu, gainerakoek hornitzen lagunduko diote (EBFTko 122 artikulua).

Ondorioztatzen denez, energia- eta ingurumen-arloek duten harreman estua araudiari dagokionez EBren Lehen-mailako Zuzenbidean ere geratzen da agerian (9). Are, baieztatu dezakegu EBn energia- eta ingurumen-gailetako politika integratua eramaten dela; beraz, bi arloen arteko harremana eta mendekotasuna araudien sinbiosi moduko bat eragin du (10). Lotura hori bereziki ematen ari da energia-trantsizioa aurrera eramateko orduan, ikusita energia-efizientzia eta energia berriztagarriak sus-

(8) BEDIA BUENO, Gemma, «El Derecho de la Energía, las Políticas Europeas y la Transición Energética en la Unión Europea», *Cuadernos Cantabria Europa*, 16 zenbakia, 2017, 49 orr.

(9) Gai horri buruz, ikus MOUSSIS, Nicolas, *EU Environment & Energy Policies: Two Interwoven Legislative Areas*, European Study Service Rixensart (Belgika), 2009.

(10) LÓPEZ SAKO, Masao Javier, «La política energética sostenible de la Unión Europea (1)», *Noticias de la Unión Europea*, 322 zenbakia, 2011, 81 orr.

tatu nahian egin diren proposamenak eta horiek praktikan jartzeko hartu diren neurriak. Esan daiteke Lisboako Tratatuak ekarritako berrikuntzen ondorioz, energia-paradigman ematen ari zen moldaketan EBk lidergo rola jokatzen hasi zuela (11).

Hain zuzen ere, Lisboako Tratatu indarrean sartu eta gutxira, EBk proposamen bat argitaratu zuen 2008an piztutako nazioarteko ekonomia krisitik ateratzeko eta Europako ekonomia hurrengo hamarkadari begira prestatzeko: *Europa 2020 Estrategia* (12). Lehentasunezko hiru arlotatik hazkunde jasangarria nabarmentzen dugu, karbono maila txikiko eta, baliabideei dagokienez, efizientea den ekonomia sustatzekoa. Horretan aurrera egiteko, estrategiak zehaztu zuen klima eta energia gaietako 20/20/20 helburua:

- 1990eko datuekin alderatuz, berotegi-efektuko gasen isurien % 20 murriztea;
- guztizko energia kontsumoaren barruan energia berriztagarrien kuota gutxienez % 20koa izatea;
- energia kontsumoa % 20 jaistea, energia-efizientzia handiagoa lortzeko (13).

Estrategiak energiari argi lotzen den oinarrizko ekimen bat zuen, «Baliabideak efizientziaz erabiltzen dituen Europa bat» deitua. Baliabideak efizientziaz eta karbono isuri gutxirekin erabiltzen dituen ekonomia baterantz aldatzea sustatzen zuen, ekonomiaren hazkundera eta baliabide eta energiaren erabilera elkarrengandik bereiziz, CO₂ isuriak murriztuz, lehiakortasuna sendotuz eta energia-segurtasun handiagoa bultzatuz. Ematen zituen tresnen artean, bi nabarmenduko ditugu: alde batetik, klima-alaketaren kontrako borroka, baliabideen erabileran efizientzia hobetzea eskatzen duena; era horretan, isuriak mugatzen lagunduko du. Bestetik, energia garbi eta eraginkorra; bertan, Europako energia helburuak lortzeko (20/20/20) aurrezpen nabarmena ekarriko luke 2020 arte, petrolio eta gas inportazioak gutxitzearen bitartez, baina baita berotegi-efektuko gasen isuriak murriztearen bidez ere.

(11) ATIENZA SERNA, Luis, «La energía eléctrica y el desarrollo sostenible», *Cuadernos Europeos de Deusto*, 42 zenbakia, 2010, 18 orr.

(12) EUROPAR BATZORDEA, 2010eko martxoak 3ko komunikazioa, *Europa 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*, COM (2010) 2020 final. Ekainean Europar Kontseiluak proposamena onartu zuen eta berea egin zuen. 2010eko ekainak 17ko Bruselako Europar Kontseilua – Presidentetzaren Ondorioak, EUCO 13/10.

(13) Energia eraginkortasunari buruzko 2012/27/UE Zuzentarauak zehaztu zuen zertan datzan % 20ko aurrezpen hori: 2020an EBren kontsumoa ez da 1.474 Mptb (milioi petrolio-tona baliokide) baino handiagoa izango energia primarioaren kasuan, edo 1.078 Mptb baino handiagoa azken energiaren kasuan. 2006an eman zen gehieneko kontsumoa oinarri hartuta, % 15 eta % 11ko murrizketa da, hurrenez hurren. 2012/27/UE Zuzentaruak, energia eraginkortasunari buruzkoa, 2012ko urriaren 25ean Europar Parlamentuak eta Kontseiluak onartua (*Europar Batasuneko Aldizkari Ofiziala* L. 315, 2012/11/14).

Europa 2020 Estrategiak energia-trantsiziorako tresnak garatzea erakarri zuen. Lehenengoa energia lehiakor, jasangarri eta seguruaren aldeko proposamena (14). Jada zehaztutako EBren energia helburuetatik abiatuz, energia lehentasun zehatzak ezarri ziren. Horien artean, ondorengoak nabarmentzen ziren: batetik, energiaren % 20 arteko aurrezpena 2020 arte; horretarako, garraioen jasangarritasuna hobetu egin behar zen, eta energia kontsumo handiko produktuentzako diseinu ekologikoko baldintzak ezarri. Bestetik, goi errendimenduko eta karbono intentsitate gutxiako teknologia berritzaileak garatzea.

Energia-trantsiziorako ibilbide-orria zehazten zuen proposamena aipatzea beharrezkoa da ere (15). Bere garrantziaren funtsa da, deskarbonizazioak ekarri ditzaken abantailak eta oztopoak kontuan hartuz, ekintza ildo ezberdinak zehazten dituela (16). Horrela, EBren energia sistematik karbonoa ezabatzeke lortzeko bideak zein izan zitezkeen ezagutzera ematen zuen: energia-aurrezpena, energia-horniduran energia berriztagarrien ehunekoa handitzea, energia berriztagarriak sartzea erraztuko duten azpiegiturak eraikitzea, Europako energia-merkatuen integrazioa, karbono isuri txikiko teknologietan inbertitzea. EBk deskarbonizazioan zuen interes handia bi arrazoi nagusi zituen: klima-aldaketaren kontra borrokatzea eta energia-segurtasuna lortzea (17). Ikusten denez, egiten arin ziren proposamenak ez ziren aurretiko helburuen hobetze edo doitze bat, bai ordea, modeloaren eraldaketa (18).

III. Energia-trantsiziorako oinarritzko arauketa: klima eta energia esparrua eta energia garbirako lege sorta

Europar Batasunak hurrengo hamarkadan energia-trantsizioa martxan jartzeko oinarritzkoa den plana onartu zuen 2014ko urrian, *Klimaren eta energiaren arloko 2030. urte arteko esparrua*, hain zuzen ere (19). 20/20/20

(14) EUROPAR BATZORDEA, 2010eko azaroaren 10eko komunikazioa, *Energía 2020: Estrategia para una energía competitiva, sostenible y segura*, COM (2010) 639 final.

(15) EUROPAR BATZORDEA, 2011ko abenduaren 15eko komunikazioa, *Hoja de Ruta de la Energía para 2050*, COM (2011) 885 final.

(16) BEDIA, «El Derecho...», 51 orr.

(17) CONTHE GUTIÉRREZ, Manuel, «Geopolítica de la energía y teoría de juegos», *Energía y Geoesstrategia 2019*, editore Instituto Español de Estudios Estratégicos, Ministerio de Defensa, Madrid, 2019, 77 orr.

(18) GALERA RODRIGO, Susana, «Europa 2050: renovables y cambio de modelo energético», *Revista Vasca de Administración Pública*, 99-100 zenbakia, 2014, 1422 orr.

(19) 2014ko urriaren 23 eta 24ko Bruselako Europar Kontseilua – Presidentetzaren Ondorioak, EUCO 169/14. Batzordeak aurretik egindako proposamenean oinarritzen zen. EUROPAR BATZORDEA, 2014ko urtarrilaren 24ko komunikazioa, *Un marco estratégico en materia de clima y energía para el periodo 2020-2030*, COM (2014) 15 final.

helburuaren eskema jarraituz, 2030an lortu beharreko helburuak zehaztu ziren eta 40/27/27 helburua izatera pasa zen:

- berotegi-efektuko gasen isuriak 1990eko balioen aldean gutxienez % 40 murriztea;
- guztizko energia kontsumoaren barruan energia berriztagarrien kuota gutxienez % 27koa izatea;
- energia-efizientzia gutxienez % 27 hobetzea.

Horietaz gain, Europar Kontseiluak adierazi zuen garrantzi berezia zuela guztiz konektatuta dagoen energiaren barne merkatu bat egitea eta, horrela, estatu kideen arteko % 15eko lotura elektriko bat jarri zuen helburutzat ere. Hala ere, ez da helburu sakona, berriz ere estatu kideek ez zutelako energia-subiranotasuna galdu nahi eta, beraz, energiaren merkatu funtzionamendua bermatzeko eta energia-sareen arteko lotura sustatzeko helburuak formalagoak eta teorikoagoak dira praktikoak eta errealak baino (20).

Bestetik, energiaren inportatzaile garbiak diren herrialde gehienetan gertatzen den bezala, EBren energia-segurtasuna horniduraren segurtasunari lotuta ikusten zen, inportazioen gero eta mendekoago. Horregatik, Batzordeak Europaren Energia-Segurtasunerako Estrategia argitaratu zuen (21), hornidurako ahuldadeei aurre egiteko hainbat arlotan aurrera egiteko (22). Horrela, energia-segurtasunerako estrategia 2030erako klima eta energia esparruari lotuta sortu zen, EBren energia segurtasuna ezin baita banandu karbono gutxiko ekonomia lehiakor baterantz aurreratzeko premiatik, inportatutako erregai fosilen erabilera murriztuko duena (23). Estrategiak jada existitzen zen joera bati eutsi eta bultzatu nahi zuen, alegia, EB dela elektrizitatearen % 50 berotegi-efekturik gabeko isuririk gabe ekoizten duen eragile ekonomiko handi bakarra (24).

(20) PÉREZ DE LAS HERAS, Beatriz, «Las políticas de seguridad energética en la Unión Europea y los Estados Unidos: desafíos globales y compromisos comunes en la transición hacia un modelo energético más sostenible», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 47 zenbakia, 2014, 23 orr.

(21) EUROPAR BATZORDEA, 2014ko maiatzaren 28ko komunikazioa, *Estrategia Europea de la Seguridad Energética*, COM (2014) 330 final.

(22) Batzordeak nabarmendu zuen EBk kontsumitzen duen energiaren % 53 inportatzen duela. Inportazioen mendekotasuna petrolio gordinari lotuta dago (ia % 90ean), gas naturalari (% 66an) eta, neurri txikiagoan, erregai solidoei (% 42an) eta erregai nuklearrari (% 40an).

(23) Alde horretatik ulergarria da Europar dagoen energiaren inguruko «trilema», hau da, energiaren auziak hiru dimentsio dituela: horniduraren segurtasuna, garapen ekonomikoa eta ingurumenaren jasagarritasuna. COCCILO, Endrius, «La Unión de la Energía y la gobernanza del Sistema Tierra en el antropoceno: una cuestión constitucional», *Revista Catalana de Dret Ambiental*, VI liburukia, 1 zenbakia, 2015, 15 orr.

(24) Hala ere, kontuan hartu beharreko datua azpimarratu behar da: ehuneko hori energia berriztagarrien % 23ren eta energia nuklearraren % 27ren arteko baturatik ateratzen da. EUROPAR BATZORDEA, *Estrategia...*, op. cit., 3 orr. Hori dela eta, energia garbirako trantsizioan energia nuklearra kontuan

2050erako ibilbide-orrian zehaztutakoa jarraituz, EBk Energiaren Batasunerako estrategia abian jarri zuen 2015ean, Batzordeak egindako proposamenean oinarrituz (25). Ikusten denez, EBk bazituen jada esku-menak eta beharrezko bitartekoak energia-politika bat abian jartzeko, helburu hauek aldean hartuta: energia-hornidura segurtatzea, energiaren prezioak lehiakortasunerako traba ez direla bermatzea, ingurumena babestea, klima-aldaketaren kontra borrokatzea, eta energia-sareak hobetzea (26).

Proposamenaren helburua da klimari buruzko asmo handiko politika bati helduz, energia seguru, jasangarri, lehiakor eta prezio onekoa eskaintzea eta, horretarako, bost alderdiri begiratzen dieten ekintzak garatzen dira: energia-segurtasuna, guztiz integratutako energiaren Europako merkatu bat, energia-efizientzia, ekonomiaren deskarbonizazioa, eta energia arloko ikerketa eta berrikuntza. Bost alderdi horiek elkarri hertsiki lotuta daude, alde batetik, Europa mailan energiaren batasunaren helburuak lortzeko integrazio eta koordinazio handiagoa behar dituzten arloak adierazten baitituzte (27); eta bestetik, energia-trantsizioa bultzatzeko bideratuta daude, Energiaren Batasunak 2030erako aurreikusitako helburuak ez ezik, 2050eko bide orria ere hartzen baitu kon-tuan (28).

2016ko azaroan, Batzordeak energia garbi eta ekonomia hipokarbonikorako trantsizioko gaietako proposamen multzoa aurkeztu zuen, *Energia Garbirako lege-sorta* deitua (29), asmo handiko proposamena hain zuzen ere (30). Lege-sortak energia berriztagarri gaietako neurri multzo bat biltzen du, tartean sartuz energia-efizientzia handitzea; bestalde,

hartzeko eta bertan inbertsioak handitzeko eskariak ere aurki ditzakegu. KRİKORIAN, Shant, «Invertir en la transición a una energía limpia», *IAEA Bulletin – Nuclear Power and the Clean Energy Transition*, 61 liburukia, 3 zenbakia, 2020, 24-25 orr.

(25) EUROPAR BATZORDEA, 2015eko otsailaren 25eko komunikazioa, *Estrategia Marco para una Unión de la Energía resiliente con una política climática prospectiva*, COM (2015) 80 final. Europar Kontseiluak martxoan onartu zuen dagokion konpromisoa. 2014ko martxoaren 19 eta 20ko Bruse-lako Europar Kontseilua – Presidentetzaren Ondorioak, EUCO 11/15.

(26) CORDERO ZÁRRAGA, Esther, «La Unión Europea de la Energía», *Revista Aranzadi Unión Europea*, 4 zenbakia, 2015, 64 orr.

(27) RISTORI, Dominique, «60 ans de politique énergétique», *Revue du droit de l'Union européenne*, 1 zenbakia, 2019, 21 orr.

(28) FABRA PORTELA, Natalia, «La Unión Energética: instrumento para la transición energética en Europa», *Información Comercial Española ICE*, 902 zenbakia, 2018, 65 orr.

(29) EUROPAR BATZORDEA, 2016ko azaroaren 30eko komunikazioa, *Energía limpia para todos los europeos*, COM (2016) 860 final.

(30) FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, Dionisio, «Unión Europea: inicio del debate sobre la transición energética», *Observatorio de Políticas Ambientales 2017*, koordinatzaile Fernando López Ramón, CIEMAT, Madril, 2017, 59 orr.

energia-segurtasunari ere erreparatzen dio(31). Aldi berean, Europako energia-politikan elkarlaneko eta erantzunkide den ekintza bideratu dezake, alde guztien partaidetza erraztuz (interes esanguratsueneko taldeak, sektore publikoa eta sektore pribatua)(32).

Lege-sorta horretan, zortzi legegintza-egintza ontzea sartzen da, tartean nabarmen energiaren gobernantzari buruzko erregelamendua, energia berriztagarriei buruzko zuzentaraua, eta energia-efizientziari buruzko zuzentaraua, zeintzuekin Energiaren Batasuna lortzeko neurriak martxan jarriko baitziren(33). Sortak biltzen dituen neurrien helburuen artean energia-efizientzia aurretik jartzea eta energia berriztagarri gaietako munduko lidergoa lortzea azpimarratzen ditugu.

2018ko maiatza eta 2019ko ekaina bitartean Europar Parlamentuak eta Kontseiluak Energia Garbirako sorta osatzen duten legegintza-egintzak onartu zituzten (34), EB aurrera eramaten ari den energia-trantsiziorako aurrerapen erraldoia(35). Lehenengoa, eraikinen energia eraginkortasunari buruzko zuzentaraua da. Gogoan izanik eraikinek energiaren % 40 kontsumitzen dutela eta EBren CO₂ isuriaren % 36 osatzen dutela, zuzentarauak eraikinen deskarbonizazioa bultzatu nahi du, 2050erako isuri gutxiko edo batere isuririk ez duten higiezinaren multzoa sortzeko.

(31) Proposamen horren bidez, EBk Errusiako gas inportazioen mendekotasuna murrizteko estrategia geopolitikoa aldatu bide du, trukean energia-iturriak iturri berriztagarrien alde dibertsifikatuz eta erregai fosilen, tartean gas naturalaren, mendekotasuna murriztuz. ESCRIBANO FRANCÉS, Gonzalo, eta LÁZARO TOUZA, Lara, «Energía y clima en 2017: volatilidad contenida, implementación climática e incertidumbre política», *Análisis del Real Instituto Elcano (ARI)*, 31 zenbakia, 2017, 9 orr. Gas naturalaren garrantziaren arrazoia da deskarbonizazio aurreratuko eszenategi batean, gasa dela trantsizioko energiatzat hartzen den erregai fosil bakarra; beraz, EBren osotasunean, gasaren erabilerak elektrizitate sorkuntzaren eta bero sorkuntzako sistemen konbinaziotik ikatza era ordenatuan ateratzen lagunduko du, aukera berriztagarriak ez baitira beti eskueran egongo kostuz modu efizienteetan. OLABE, Antxon, GONZÁLEZ-EGUINO, Mikel, eta RIBERA, Teresa, «Hacia un nuevo orden mundial de la energía», *Documento de Trabajo del Real Instituto Elcano*, 12 zenbakia, 2017, 17 orr.

(32) DOPAZO, «La renovación...», *op. cit.*, 11 orr.

(33) LÓPEZ-NICOLÁS BAZA, Antonio, «El liderazgo de la Unión Europea en Energías Renovables: el paquete de Energía Limpia de la Comisión Europea», *Cuadernos de Energía*, 55 zenbakia, 2018, 22 orr.

(34) 2018ko maiatzaren 30an onartu zen (UE) 2018/844 Zuzentaraua, eraikinen energia eraginkortasunari buruzkoa (*Europar Batasuneko Aldizkari Ofiziala* L 156, 2018/7/19). 2018ko abenduaren 11n onartu ziren (UE) 2018/1999 Erregelamendua, Energiaren Batasunaren eta Klimaren aldeko Ekintzaren gobernantzari buruzkoa; (UE) 2018/2001 Zuzentaraua, iturri berriztagarrietatik ateratako energia sustatzeko; eta (UE) 2018/2002 Zuzentaraua, energia-efizientziari buruzkoa (hirurak, *Europar Batasuneko Aldizkari Ofiziala* L 328, 2018/12/28). 2019ko ekainaren 5ean onartu ziren (UE)2019/943 Erregelamendua, elektrizitatearen barne merkatuari buruzkoa; (UE)2019/944 Zuzentaraua, elektrizitatearen barne merkatuarentzako arau komunei buruzkoa; (UE)2019/941 Erregelamendua, elektrizitatearen arloko arriskuarentzako prestatzeko; eta (UE)2019/942 Erregelamendua, EBko Energiaren Arautzaileen Lankidetzak Agentzia sortzen duena (laurak, *Europar Batasuneko Aldizkari Ofiziala* L 158, 2019/06/14).

(35) GALERA RODRIGO, Susana, «Energía: transición energética, fase II», *Observatorio de Políticas Ambientales 2019*, koordinatzaile Fernando López Ramón, CIEMAT, Madril, 2019, 761 orr.

Energiaren Batasunaren gobernantzari buruzko erregelamenduak energia-trantsizioa ezartzeko gobernantza-mekanismoa dakar. Horren birtatez aplikatuko dira Energiaren Batasunaren helburuak betetzeko estrategiak eta neurriak, baita Pariseko Hitzarmenetik eta 2030erako energia eta klima esparrutik sortutako berotegi-efektuko gasen isuriari gaitan EBk hartutako konpromisoak ere. Arauak energia eta klimaren estatuetako planek izan behar dituzten ezaugarriak zehazten ditu. Estatu kideek hamar urtean behin onartuko dituzte plan horiek, eta lehenengo aldiak 2021etik 2030ra iraungo du. Ikusten denez, Estatu kideek euren konbinaketa eta lehenetasun energetikoak aukeratzeko malgutasuna behar badute ere, EBren arauketa zehazten du malgutasun horrek bateragarri izan behar duela merkatuaren integrazio handiagoarekin, konpetentzia haundiegorekin, klima- eta energia-helburuen lorpenarekin eta ekonomia jasangarrirako etengabeko trantsizioarekin (36).

Energia berriztagarriei buruzko zuzentarauak gaurdaino ondutako energia berriztagarriei buruzko zuzentarau luze eta asmo handikoena da (37). Arau garrantzitsua da ekartzen dituen eduki berriengatik, baita arauketa dentsitateagatik (38). Zehazten du horrelako energia-iturritzat hartuko direla berriztagarri ez fosilak, alegia, haize-energia, eguzki-energia (eguzki-energia termikoa eta eguzki-energia fotovoltaikoa) eta energia geotermikoa, giro beroa, mareen energia, uhin-energia eta beste itsas-energia batzuk, hidraulikoa, biomasa, zabortegiko gasak, araztegiko gasak eta biogasa. Aldaketa handiena 2030eko EBren guztizko energia gordinaren kontsumoan iturri berriztagarrietatik ateratako energia-kuotaren igoera izan da, % 32ra pasa baita. Gainera, 2023an gorantz berriki daitekeen helburua da, baldin eta energia berriztagarria ekoizteko kostuak gutxitzen badira eta EBk deskarbonizaziorako nazioarteko hitzarmenak lotzen baditu, baita EBk energia nabarmen gutxiago kontsumitzen badu ere. Bestetik, estatu kideek helburu horretara heltzeko ekarpen bat finkatu behar dute, energia eta klimarako estatu bakoitzaren plan integratuetan kokatuta (erregelamenduan ezarritako gobernantza-prozesuaren arabera).

Energia-efizientziari buruzko zuzentarauak oinarritzko ideia lantzen du, hain zuzen, energia merke eta garbiena dela sortu edo erabili behar ez dena. Lehendabiziko erregaia deitzen dio, eta EBren barruan, energia-iturri

(36) GARCÍA GARCÍA, Sara, «Legislación al día. Reglamento (UE) 2018/1999 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2018 sobre la gobernanza de la Unión de la Energía y de la Acción por el Clima», *Actualidad Jurídica Ambiental*, 88 zenbakia, 2019, 55 orr.

(37) GARCÍA GARCÍA, Sara, «Legislación al día. Directiva (UE) 2018/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2018 relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables», *Actualidad Jurídica Ambiental*, 87 zenbakia, 2019, 141 orr.

(38) GALERA, «Energía...», op. cit., 776 orr.

latente nagusi gisa sustatzen du(39). Arauak horniduraren eraginkortasuna eta kontsumoa tratatzen duten energiaren merkatuko oztopoak kentzeko arauak ezartzen ditu, 2020rako % 20 energia-efizientzia lortzeko, eta 2030erako % 32,5 gutxienez(40); horretaz gain, energia-efizientziarako hobeak aurreikusten ditu urte horien ondoren. 2030 arte, estatu kideek urteko batez besteko energia kontsumoa % 4,4 murrizteko neurriak aplikatu behar dituzte. Energiaren erabilera efizienteak etxeetako eta enpresetako kontsumoa gutxitzeko modua emango du eta, beraz, partikularren energia-fakturak merkeagoak izatea, baita EBk hirugarren herrialdeekiko energia-mendekotasun txikiagoa izatea ere. Gainera, Energiaren Batasunaren gobernantzarri buruzko erregelamenduak egutegi bat ezarri zuen 2030erako energia berriztagarriak % 32 izatea lortzeko; bide horretan, EBk helburuaren % 18a lortu behar du 2022rako, % 43a 2025erako, eta % 65a 2027rako.

Lege sorta osatzen duten azken lau egintzek EBren elektrizitatearen barne merkatuaren funtzionamendu egokirako funtsezko oinarriak ezartzen dituzte. Neurri horien bidez, Europako elektrizitatearen merkatuak aurre egin ahal izango die energia garbira trantsizioa egitean agertutako erronei eta ondorengoak bultzatuko dituzte: EBren energia-merkatu osotik elektrizitatea aske zirkulatzea, energia berriztagarriak elektrizitate sarean sartzeko malgutasun handiagoa, EBren energia-sistema deskarbonizatzea, zentral elektrikoentzako isuri muga berri bat, eta energia-krisietan eta hornidura etenetan babes handiagoa. Arau berriek kontsumitzaileen babesa sendotzen dute, hornitzaileengandik kontratu eta fakturretan jasotzen duten informazioa hobetzeko edo hornitzaile aldaketa errazteko neurriak ezarriz.

IV. Behin-behineko emaitzak

Energia-trantsizioari buruzko estrategiak eta planak onartuz joan diren heinean, Batzordeak helburuen betetze-mailari buruzko txosten eta dokumentuak argitaratu ditu. Hala, 2014ko urtarrilean 2030ari begira klima eta energiari buruzko politiketarako esparrua proposatu zuenean, dokumentu berean 20/20/20 helburuaren lorpen partzialak aurkeztu zituen (41). Batzor-

(39) HERRERO DE CASTRO, Rubén, «La seguridad energética y la estrategia global de seguridad de la Unión Europea», *Revista UNISCI*, 42 zenbakia, 2016, 94 orr.

(40) Energia-efizientziari buruzko zuzentarau berriak zehaztu zuen zertan datzan % 32,5eko aurrezpena: 2030an EBren kontsumoa ez da 1.273 Mptb (milioi petrolio-tona baliokide) baino handiagoa izango energia primarioaren kasuan, edo 956 Mptb baino handiagoa azken energiaren kasuan. Aurrekoan bezala, 2006an eman zen gehieneko kontsumoa oinarri hartuta, % 26,5 eta % 20eko murrizketa da, hurrenez hurren.

(41) EUROPAR BATZORDEA, *Un marco estratégico...*, 2 orr.

deak adierazi zuen 2030erako helburu zehatzak adierazteak helburu hura betetzen aurrera egiten erraztu zezakeela, ondo bideratuta zegoen arren. Bai, izan ere, 1990. urtearen aldean, berotegi-efektuko gasen isuriak % 18 murriztu ziren 2012an, eta aurreikusten zen 2020an murrizketa % 24ra heltzea, eta 2030ean % 32ra; energia berriztagarrien kuota % 13 hazi zen 2012an azken energia kontsumoarekiko, eta 2020an % 21era heltzea aurreikusten zen, 2030ean % 34ra; EBk elektrizitatearen % 44 gutxi gorabehera iturri berriztagarrietatik helduta instalatu zuen 2012 amaieran; EBko ekonomiaren energia-intentsitatea % 24 jaitsi zen 1995tik 2011ra, eta karbonoaren intentsitatea % 28 gutxitu.

Energia berriztagarrien egoera dela eta, Batzordeak txosten bat aurkeztu zuen 2017ko otsailean (42). Txostenean, nabarmena zen jada energia-segurtasunak betetzen zuen rol garrantzitsua; hain zuzen, 2014an, % 16ra heldu zen energia iturri berriztagarriek guztizko energia gordinaren kontsumoan zuten kuota. 2015erako estimazioa % 16 bazen ere, txostenak nabarmendu zuen areagotu behar zirela joera horri eusteko ahaleginak. Derrigorrezkotzat hartzen zen areagotze hori, ezin bestekotzat jotzen baitzen ekonomiaren hazkunderako, enplegua sortzeko eta EBren energia-segurtasuna hobetzeko, baita estatu kideek 2020an energia berriztagarrien % 20ko ekoizpena handitzeko helburua betetzeko eta berotegi-efektuko gasak murrizteko ere (43).

Urte horren amaieran Batzordeak argitaratu zuen Energiaren Batasunaren egoerari buruzko hirugarren txostenean (44) zehaztu zen Energiaren Batasuna errealitate bat izan behar zela 2019an, EB osoan izandako aurrerapenak ikusita. Horien artean, aipatzen zen 2015ean iturri berriztagarrietatik datorren energiaren % 16,7ko kuota lortzea, 2016an berotegi-efektuko gasen isurien % 21,8ko murrizketa 1990arekiko, edo energiaren eskariaren etengabeko jaitsiera, hain zuzen ere, EBk % 2,5 energia primario gutxiago kontsumitu zuen 1990ean baino. Gainera, aldi horretan BPG % 53 hazi zen, hazkunde ekonomiko jasangarrirako bidean arrakasta lortzen ari zelaren adierazle (45). Aldiz, irmo baieztatzen zen premia handia zela energiaren kontsumoa murrizten jarraitzekoa eta efizientzia areagotzekoa, eta energia garbirako trantsizioa egiteko oztopoak eragotea, adibi-

(42) EUROPAR BATZORDEA, 2017ko otsailaren 1eko dokumentua, *Informe de situación en materia de energías renovables*, COM (2017) 57 final.

(43) RUIZ CAMPILLO, Xira, «Transformación de la UE en su lucha contra el cambio climático», *Economía Exterior*, 81 zenbakia, 2019, 87 orr.

(44) EUROPAR BATZORDEA, 2017ko azaroaren 23ko komunikazioa, *Third Report on the State of the Energy Union*, COM (2017) 688 final.

(45) FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, Dionisio, «Unión Europea: un planeta limpio, economía circular y utilización de reglamentos», *Observatorio de Políticas Ambientales 2019*, koordinatzaile Fernando López Ramón, CIEMAT, Madril, 2019, 18 orr.

dez, estatu kideek erregai fosilentzako diru laguntzei eusteak sor dezakeen lehia desleiala.

2019ko apirilean, 20/20/20 helburuaren betetze-maila agertzen zuten hiru txosten argitaratu zituen Batzordeak. Lehen txostenean (46), Batzordeak adierazten zuen EBk dagoeneko hasi duela energia garbi baterako trantsizioa, eta horren argienetako adibidea zela 1990etik 2017ra bitarte EBko berotegi-efektuko gasen emisioen murrizketa % 22ko proportzioan. Berrero ere, hazkunde ekonomikoaren testuinguruan kokatzen zuen datua, epe berdinean BPGak % 58ko igoera izan zuela azpimarratuz. Horrek age-rian uzten du erabateko inpaktu ekonomikoak positiboak direla, inbertsio gehigarri handiak egin behar badira ere.

Energia berriztagarriei dagokienez (47), Batzordeak azpimarratu zuen energia horien ehunekoak (EBko energiaren kontsumo gordinean) % 17,52ra iritsi zela 2017an, baina ohartarazi zuen kuotaren igoera-erritmoa moteltzen ari dela 2014. urteaz geroztik. Hori dela eta, energia berriztagarrien iturriak sektore guztietan zabaltzeko ahaleginak areagotu ditza-ten eskatzen zaie estatu kideei.

Azkenik, energia-efizientziari dagokionez (48), Batzordeak azpimarratu zuen 2007. urteaz geroztik energiaren kontsumoa murriztu egin dela, baina 2014. urteaz geroztik gora egiten ari dela, 2015eko eta 2016ko klima-aldakuntzen ondorioz. Horrek eragotzi egin dezake 2020rako aurreiku-sitako helburuaren lorpena, eta, horregatik, energia-efizientzia handiagot-zer bideratutako ahaleginak areagotzeko beharra azpimarratu zuen.

Seguruenik, 2022. urtearen hasierara arte ez dira erabili ahal izango 20/20/20 helburuaren betetze-mailari buruzko datu errealak. Gainera, pan-demia egoerak energia- eta klima-arloetan 2020rako egindako aurreikus-penak balio gabe utzi ditu, nahiz eta energia-trantsizioa eta klima-aldake-tari buruzko erronkak aldagaitz mantentzen diren (49). Hurrengo tauletan ikusten denez, 2021eko maiatzean kontsulta daitezkeen azken datuek be-tetze-mailaren bilakaera orokor egokia berresten badute ere, aldi berean, aipatu ditugun txostenetan Batzordeak planteatutako zalantzek indar han-diagoa hartu dutela agerian uzten dute.

(46) EUROPAR BATZORDEA, 2019ko apirilak 9ko dokumentua, *Cuarto Informe sobre el estado de la Unión de la Energía*, COM (2019) 175 final.

(47) EUROPAR BATZORDEA, 2019ko apirilak 9ko dokumentua, *Informe de situación en materia de energías renovables*, COM (2019) 225 final.

(48) EUROPAR BATZORDEA, 2019ko apirilak 9ko dokumentua, *Evaluación de 2018, con arreglo al artículo 24, apartado 3, de la Directiva 2012/27/UE relativa a la eficiencia energética, de los avances realizados por los Estados miembros en la consecución de los objetivos nacionales de eficiencia energética para 2020 y en la aplicación de las disposiciones de dicha Directiva*, COM (2019) 224 final.

(49) Horren inguruan, ikus ESCRIBANO FRANCÉS, Gonzalo eta LÁZARO TOUZA, Lara, «Energía, clima y coronavirus», *Análisis del Real Instituto Elcano (ARI)*, 31 zenbakia, 2020.

1. taula

Berotegi-efektuko gasen murrizketa 1990. urtearekin alderatuta

	1995	2000	2005	2010	2015	2018	2020 helburua
EB-27	% 5,8	% 7,5	% 5,4	% 12,7	% 19,8	% 20,7	% 20
EB-28	% 5,7	% 7,6	% 6,1	% 13,8	% 21,7	% 23,2	

Iturria: Eurostat, ec.europa.eu/eurostat/web/climate-change/data/database (Greenhouse gas emissions)

Berotegi-efektuko gasen murrizketaren kasuan, 2020rako helburua lortu egin da jadanik. Horretan 2008an eztanda egin zuen krisiak ekarri zuen ekintza ekonomikoaren erritmoaren moteltzeak eragin nabarmena izan du. Ondoren, murrizketa aurrera jarraitu badu ere, beste bi arloetan Batzordeak eskatutako bideratu beharreko ahaleginen areagotzea hemen ere guztiz aplikagarria da, emisioen murrizketa-erritmoa moteldu baita. Bestalde, Erresuma Batuak helburuaren lorpenerako izan duen eragin lagungarria kontuan hartu behar da eta etorkizunera begira faltan bota daiteke (2018an % 38,4ko murrizketa lortu zuten britainiarrek). Energia kontsumoaren berotegi-efektuko gasen isurien intentsitatearen murrizketan gauza bera ondorioztatzen da: 2000. urtearekin alderatuta 2018an ikus-tatzen den murrizketa % 15,1ekoa da Erresuma Batua kontuan hartuta, ordea, % 14,6koa 27 estatu kideko EBn. Gainera, Parisko Hitzarmenean finkatutako helburua betetzeko (xxi. mendean mundu-mailako temperatura gehienez 1,5^o Ctan igotzea) EBk onartu zuen konpromisoa bete nahi badu, 2030erako finkatutako helburuaren betetzea zehazteko bidean moldaketak egin beharko ditu, baita helburua bera handitu ere (50).

2. taula

Energia berriztagarrien kuota energiaren kontsumo osoan

	2004	2007	2010	2013	2016	2019	2020 helburua
EB-27	% 9,6	% 11,9	% 14,4	% 16,7	% 18	% 19,7	% 20
EB-28	% 8,6	% 10,6	% 13,2	% 15,3	% 17	% 18,9	

Iturria: Eurostat, ec.europa.eu/eurostat/web/energy/data/main-tables (Sustainable Development indicators)

(50) PÉREZ DE LAS HERAS, Beatriz, «La Unión Europea en la transición hacia la neutralidad climática: retos y estrategias en la implementación del Acuerdo de París», *Revista Española de Derecho Internacional*, 72 liburukia, 2 zenbakia, 2020, 126 orr.

Energia berriztagarriek energiaren kontsumo osoan izan behar duten kuota lortzeko betepena ondo bideratuta dago. Aurreko helburuarekin alderatuta, honetan Erresuma Batuak EBren kide izateari uzteak datua hobetzen du (britainiarrek % 12,3ko kuota zuten) eta 2020rako ezarritako helburua 2019an ia lortu izateak ahalbidetzen du bere betepena. Gainera, 27 estatu kideen artean energia berriztagarrien arloan zenbaitzuk oso ondo kokatuta agertzen dira (Suedia, % 56,4; Finlandia, % 43; Letonia, % 41, Danimarka, % 37,2) eta besteek, bereziki datu txarrenak dituztenek, horien adibidea jarraitzea Batzordeak aipatzen duen 2014tik aurrerako kuotaren igoera-erritmoaren moteltzea saihesteko aukera izan daiteke.

3. taula

Energia-efizientzia (I) (energia primarioaren gehieneko kontsumoa, milioi petrolio-tona baliokidetan)

	2006	2010	2014	2016	2018	2019	2020 helburua
EB-27	1.510,7	1.458,1	1.331,1	1.364,8	1.375,6	1.351,9	
EB-28	1.731,1	1.663,2	1.511,8	1.544,2	1.552,8	1.526,1	1.474

Iturria: Eurostat, ec.europa.eu/eurostat/web/energy/data/main-tables (Sustainable Development indicators)

4. taula

Energia-efizientzia (II) (azken energiaren gehieneko kontsumoa, milioi petrolio-tona baliokidetan)

	2006	2010	2014	2016	2018	2019	2020 helburua
EB-27	1.040,7	1.023,8	938,9	977,7	989,8	983,6	
EB-28	1.193,7	1.166,9	1.069,8	1.111,5	1.124,9	1.117,7	1.078

Iturria: Eurostat, ec.europa.eu/eurostat/web/energy/data/main-tables (Sustainable Development indicators)

Energia-efizientzia gehien sustatu behar den arloa dela argi ikusten da kontsumoaren datuak ikusi ondoren. 2014ko emaitzak nabarmenki onak ziren, 2020rako lortu beharreko kontsumo murrizketa lortzear baitzen; are gehiago, azken energiaren kasuan, helburua lortu zen jandantik. Energia primarioaren kasuan datua bikaina zen ere, 2006ko gehieneko kontsumoarekin alderatuta emandako murrizketa % 12,7koa

baitzen, lortu beharreko ehunekotik nahiko hurbil, % 15. Ordea, 2018ko datuak kaskarrak izan ziren, kontsumoa berriro igotzearen erruz, lau urte geroago energia primarioaren kontsumoan lortutako murrizketa % 10,3koa baitzen eta azken energiarena, are txarragoa, % 5,8koa. 2019ko datuek joera aldatu dela adierazten dute, berriro ere kontsumoa murrizten hasi dela hain zuzen; hala ere, zehaztutako helburura lortzeko, 2020ko datuak bereziki bikainak izan beharko lirateke.

Energiaren kontsumoaren murrizketa, milioi petrolio-tona baliokidean neurtua, 27 estatu kidez osotutako EBrentzat egingarriagoa badirudi ere, Erresuma Batuak kide izateari uzteak ez du laguntzarik ekarriko. Estatu kideen artean badaude 2006tik aurrera energia kontsumoa gehitu dutenak: energia primarioari dagokionez, Austria, Estonia, Letonia, Zipre eta oso nabarmenki Polonia; azken energiari dagokionez, Eslovenia, Finlandia, Malta, eta, berriro ere, Estonia, Letonia, Zipre, baita oso nabarmenki ere Polonia. Ondorioztatzen denez, arlo honetan Batzordeak azpimarratutako energia-efizientzia handiagotzera bideratutako ahaleginak areagotzea oinarritzko beharrea bihurtzen da.

V. Etorkizunerako proposamenak: klima-neutraltasuna eta Europako Itun Berdea

Energia garbirako lege sortako egintza garrantzitsuenak ezarritakoan eta 2018rako aurreikusitako isuri globalen datu kezagarriak kontuan hartuz(51), Batzordeak bere proposamena egin zuen energia garbira trantsizioa bultzatzeko eta berotegi-efektuko gasen isuriak Europan 2050. urterako desager daitezen(52). Ikuspen horren bidez, aurreikusitako klima eta energiari buruzko helburuak baino urrutiago joan ahal izango da, 2050erako erregai fosilak alboratzeko modua ematen duten politikak garatuz. Batzordeak egiaztatu zuen 2030erako lege-sortak 2030. urterako berotegi-efektuko gasen isuriak % 45 murrizteko balioko duela (helburu gisa aurreikusitako % 40a baino gehiago), eta 2050erako % 60. Dena den, Batzordeak ondorioztatu zuen EBk neurriak har ditzakela isuriak % 80tik % 100era murrizteko; beraz, 2050erako, zero isuriko egoerara hel gaitetzke, eta, era horretan, klimari

(51) 2014 eta 2016 artean, munduko berotegi efektuko gasen isuriak geldotu egin ziren, munduko BPGa hazten zen arren; ordea, 2017an, % 1,6 hazi ziren berriz, eta momentu hartan 2018rako aurreikuspena % 2,7 igoera zen. BRUHWILER, Lori, et al «Overview of the global carbón cycle», *Second State of the Carbon Cycle Report (SOCCR2): A Sustained Assessment Report*, CAVALLARO, N., et al (editore), U.S. Global Change Research Program, Washington, 2018, 43 orr.

(52) EUROPAR BATZORDEA, 2018ko azaroaren 28ko komunikazioa, *Un planeta limpio para todos. La visión estratégica europea a largo plazo de una economía, próspera, moderna, competitiva y climáticamente neutra*, COM (2018) 773 final.

begira neutroa den ekonomia batera heldu. Guztiz nabarmentzekoa da energiaren sektorean proposatutako helburua, hain zuzen, 2050erako EBren elektrizitatearen % 80 energia berriztagarrietatik ekoiztea.

Batzordearen proposamenaren arabera, EB klimatikoki neutro bat lortzeko beharrezkoa izango da ondoko arlo estrategikoetan ekintza bateratua garatzea: energia-efizientzia, energia berriztagarrien hedatzea, garraio garbiak, industria lehiakorra eta zirkularra, azpiegiturak, bioekonomia, karbono atzemate eta biltegiatzea. Nabarmentzekoak dira ere oso ondorio ekonomiko positiboak ekarri ditzaketela deskarbonizazio politikek eta klima-aldaketak sortarazi ditzakeen kalte ekonomikoen ekiditeak, horiekin BPGaren % 2ko igoera gehigarria aurreikusten baita. Klima-neutraltasuna lortzeko proposamen honek energia, klima, ekonomia eta industria arloetan oso integratuta dagoen politika finkatzen du eta 2019an agintaldia bukatzen zuen Batzordearen ondare gisa ikusi daiteke (53).

Ordea, aurreko zatian aztertutakoaren arabera, helburu zehatzak betetzeko erritmoa moteltzen ari da eta horrek baikortasuna mugatzen du. Horregatik etorkizunari begira, finkatutako helburu espezifikoak betetzen direla ziurtatzea da EBk energia-trantsizioa lortzeko egin dezaken proposamenik onena. Egia da azken urteotan EBri eskatu zaiola konpromisoen betepena baino haratago joatea (54). Konpromiso handiagoak eska lekizkioke ere, bereziki haren ahalmenak kontuan hartuta, baina 2020rako aurreikusitako helburuen betetze-erritmoa moteltzen ari denez gero, behar beharrezkoa da 2030erako eta 2050erako ezarritako helburuen lorpena bermatzea. Proposamen hori are garrantzitsuagoa da pandemiaren eta haren ondorioz bizi dugun krisi ekonomikoaren testuinguruan. Azken urtean hartutako erabakiek helburuak betetzeko garatu beharreko bide egokiagoa prestatu dezakete.

2019ko maiatzeko hauteskundeetan aukeratutako Europar Parlamentutik sortutako Batzordeak aztergai dugun arloaren garrantzia islatu du. Ursula Von Der Leyenek berak Europar Parlamentuan Batzordeko presidente berri izendatu zutenean egin zuen diskurtsoan adierazi zuenez, planeta jasangarri mantentzea EBren erronkarik premiazkoena da, eta 2050. urterako Europa klimatikoki neutro bat lortzeko proposameneari aurreikusitako helburuak lege bidez sustatuko ditu (55). Irailean Europar

(53) EGENHOFER, Christian, eta ELKERBOUT, Milan, «El cambiante contexto de la geopolítica de la energía: Visión europea de cómo el cambio climático empieza a afectar a la seguridad energética», *Energía y Geoestrategia 2019*, editore Instituto Español de Estudios Estratégicos, Ministerio de Defensa, Madril, 2019, 192 orr.

(54) FABRA, «La Unión...», op. cit., 78 orr.

(55) EUROPAR BATZORDEA, 2019ko uztailaren 16ko dokumentua, *Opening Statement in the European Parliament Plenary Session by Ursula von der Leyen, Candidate for President of the European Commission*, SPEECH/19/4230.

Parlamentuan Batzordearen egitura berria aurkeztu zuenean, klimaren aldeko ekintza-politika kudeatuko duen eta Europako Itun Berdea abian jarriko duen presidenteorde eta betearazle baten sorkuntza (Frans Timmermans buru izanik) azpimarratu zuen (56).

2019ko abenduan, Europako Itun Berdearen proposamena zehaztu zen (57), Europako historian egon den ingurumen-politikako proiektu handizaleena (58), teoriarik behintzat. Itun Berdea EBren ekonomia jasagarri eta zirkular izan dadin ibilbide-orria da, trantsizio justu eta integratzaile bat bideratzen du (59) eta klimari eta ingurumenari lotutako erronkak aukera bihurtu nahi ditu. Dokumentu horretan, hainbat jarduketara aurreratu dira baliabideen erabilera efizientea bultzatzeko (ekonomia garbi eta zirkular baterako bidea egitearen bidez), klima-aldeketa geldiarazteko, biodibertsitatea lehengoratzeko eta kutsadura murrizteko. Itun Berdeak ekonomiaren sektore guztiak hartzen ditu eraginpean, eta, bereziki, kutsagarrienak, hala nola garraioa, energia, nekazaritza, industria, eraikuntza, ehungintza eta sektore kimikoa, guzti horietan energia garbia hornitzeko beharra nabarmentzen delarik. Batzordeak, halaber, aurrerikotako ibilbide-orria abian jartzeko beharrezkoak ziren inbertsioak eta eskuragarri zeuden finantza-tresnak zerrendatu zituen, 2021-2027 aldiko urte anitzeko finantza-esparruan (60).

Europar Kontseiluak, aldiz, ezin izan zuen akordiorik lortu beharrezkoa den trantsizioa finantzatzeko funts bat zehaztearen inguruan. Arlo honetan, agerian gelditzen zen berriro ere EBk bereziki beharrezkoa duena borondate politikoa dela, pentsamolde aldaketa bat. Guztiz azpimarratzekoa da EBk baduela deskarbonizazioa martxan jartzeko esparru juridikoa, ordea, finantza tresna falta zaiola, zerga-sistemari lotua, hain zuzen, eta horren falta estatu kideei leporatu behar zaie (61). Hala ere,

(56) EUROPAR BATZORDEA, 2019ko irailaren 10eko prentsa-adierazpena, *La Comisión von der Leyen: por una Unión que se esfuerza por lograr más resultados*, IP/19/5542.

(57) EUROPAR BATZORDEA, 2019ko abenduaren 11ko komunikazioa, *El Pacto Verde Europeo* COM (2019) 640 final.

(58) FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, Dionisio, «El ambicioso Pacto Verde Europeo», *Actualidad Jurídica Ambiental*, 101 zenbakia, 2020, 81 orr.

(59) Trantsizio hori justu izatearen garrantzia guztiz azpimarratzekoa da, horrek esan nahi baitu kosteak eta onurak modu zuzenean banatu behar direla gizarte talde, industria, eta erregioen artean, baita gaurko eta etorkizuneko belaunaldien artean ere. ÁLVAREZ CUESTA, Henar, «Transición justa y lucha contra el cambio climático en el Pacto Verde Europeo y en el Proyecto de Ley de Cambio Climático en España», *IUSLabor*, 2 zenbakia, 2020, 80 orr.

(60) EUROPAR BATZORDEA, 2020ko urtarrilaren 14ko komunikazioa, *Plan de Inversiones para una Europa Sostenible – Plan de Inversiones del Pacto Verde Europeo* COM (2020) 21 final.

(61) GALERA RODRIGO, Susana, «Transición energética. 2019: un año de stand-by», *Observatorio de Políticas Ambientales 2020*, koordinatzaile Fernando López Ramón, CIEMAT, Madril, 2020, 843 orr.

Europar Kontseiluak 2050erako EB klimatikoki neutro bat lortzeko helburuarekin bat egin zuen behintzat, eta hori lortzeko beharrezkoak diren lanak eta legegintza-neurriak abian jartzeko eskatu zien Kontseiluari eta Batzordeari (62).

COVID-19ak eragindako pandemia 2020ko martxotik aurrera orokortu zenean, atzeratu egin ziren erabakiak hartzeko prozesua eta maiatzerako aurreikusita zegoen Europaren Etorkizunari buruzko Konferentziaren hasiera. Konferentziak landu behar duen oinarritzko gaietako bat EB ekonomia jasangarria izatea da, trantsizio berdeak europar hiritar eta enpresentzat onurak ekarri ditzan (63). Ez da ahaztu behar 2008ko krisiak eskaintzen digun adibidea: ekonomiaren geldialdiak emisio kutsakorren murrizketa ekarri zuen baina susperraldiak isurien erritmoa handitu zuen berriro ere, ondorioz, klima eta energia esparruan finkatutako helburuak lortzeko oztopo berriak agertu ziren. Oraingoan, pandemiari aurre egiteko herrialdeek hartu dituzten neurriak direla eta, berotegi-efektuko gasen isuriak % 4 eta % 7 bitartean murriztu direla estimatzen da. Ordea, pandemiak sortutako krisi ekonomikoari aurre egiteko orduan, ezin da errepikatu 2014tik aurrera gertatutakoa eta ekoizpen modeloa aldatzeko aukera aprobetxatu behar da (64).

Horrela, krisia gainditzeko hartu beharreko neurriek Europako Itun Berdearen baitan proposatutako bideari jarraitu behar ziotela adierazten zuen ideia nagusitu zen EBn. Are gehiago, pandemiak sortutako krisia energia-trantsiziorako oztopo gisa eta Itun Berdea garatzeko traba gisa hartu baino, biek in aurrera egiteko aukera izan behar da (65) eta, alde horretatik, susperraldirako ahaleginek jasangarria eta deskarbonizatua den gizarte modelo berria ekarriko dute (66). Egia da Itun Berdearen implementazioa baldintzatuta egongo dela, hain zuzen ere, estatu kideen BPG, langabezia-tasak, defizit-mailak eta zorraren portaeragatik. Ordea, pandemia osteko epean energia-trantsizioaren aldeko balio eta interesen lerrokatzea indartuko da, beraz, onartzen ari diren inoiz ez bezalako pizgarri ekono-

(62) 2019ko abenduaren 12ko Bruselako Europar Kontseilua – Presidentetzaren Ondorioak, EUCO 29/19.

(63) EUROPAR BATZORDEA, 2020ko urtarrilaren 22ko komunikazioa, *Perfilando la Conferencia sobre el Futuro de Europa*, COM (2020) 27 final, 1 orr.

(64) LÁZARO TOUZA, Lara, eta ESCRIBANO FRANCÉS, Gonzalo, «Siete tendencias climáticas y energéticas a seguir en 2021», *Análisis del Real Instituto Elcano (ARI)*, 7 zenbakia, 2021, 2 orr.

(65) ESCRIBANO FRANCÉS, Gonzalo eta LÁZARO TOUZA, Lara, «Oil markets, energy transition, climate governance and COVID-19: the short, the medium and the long term», *Real Instituto Elcano, Working Paper*, 6 zenbakia, 2020, 16 orr.

(66) VILLAVICENCIO CALZADILLA, Paola, «La pandemia de Covid-19 y la crisis climática: dos emergencias convergentes», *Revista catalana de Dret Ambiental*, XI liburukia, 2 zenbakia, 2020, 19 orr.

mikoez EBren hazkunde modeloa moldatzeko oinarriak ezartzeko aukera ematen dute (67).

Gaur egun orokorki onartua dago energia-sistemaren deskarbonizazio azkarra beharrezkoa dela klima-krisiari aurre egiteko eta hurrengo hamarkadan energia-modelo berri batera doan trantsizioa indartu behar dela. Pandemiak eragindako krisiari aurre egiteko energia-trantsizioa bizkortzea da ekonomia politikaren eskakizuna (68). Bide horretan, efizientziara eta iturri berriztagarrietara energia-sistemaren moldaketak energiaren nazioarteko harremanen konfigurazio berri bat ekarriko du (69). Herralde askok ahalegin handiak egin behar izango dituzte eta, horretan, Europako Itun Berdea beste herrialdeentzako erreferente bilakatu daiteke (70).

Illo horretan, estatu kideen gehiengoak eskatu zuen krisiari irtenbide «berde» bat ematea eta, horretarako, Europak klima-aldaketaren aurka hartutako konpromisoei eustearen alde egitea eta hazkunde ekonomikoaren itzulera energia berriztagarrien bultzadan, ingurumen-estandarren aplikazioan eta ekonomia berdea bultzatuko duten neurri sektorialetan oinarritzea; hau da, hasitako energia-trantsizioa guztiz betetzea. Proposamen hori babesteko, Berreskuratze Berde baterako Europako Aliantza ezagutarazi zen, Europar Parlamentuan jatorria zuen ekimena. Adierazpen hori hainbat ordezkari politikok, enpresa-zuzendarik, sindikatuk eta GKEk sinatu zuten, eta EBk atzeraldi hau klima-aldaketaren aurkako jarduna kontuan hartuta gaindi zezan eskatzen zuten, beharrezkoak izango diren inbertsio masiboek printzipio ekologikoak errespetatzen (71).

Batzordeak hainbat proposamen aurkeztu ditu Europako Itun Berdearen edukia garatzeko eta energia-trantsizioa osatzeko. Lehenik eta behin, Klimaren Europako Legea (72), hau da, hemendik 2050era bitarte klima-neutraltasuna bermatzeko oinarritzko legegintza-egintza. Batzordeak azpimarratzen du EBk helburu hori lortzeko ekonomia eraldatzen

(67) LÁZARO TOUZA, Lara, ESCRIBANO FRANCÉS, Gonzalo, eta CRESPI DE VALLDAURA, Virginia, «Transición energética y gobernanza climática en tiempos de pandemia», *ICE Revista de Economía*, 916 zenbakia, 2020, 171 orr.

(68) TORRES, «Pandemia...», op. cit., p. 353.

(69) RIBERA, Teresa, «Emergencia climática y política exterior», *Política Exterior*, 193 zenbakia, 2020, 9 orr.

(70) PÉREZ DE LAS HERAS, «La Unión Europea...», op. cit., 135 orr.

(71) Europar Parlamentuko diputatua den Pascal Canfinék jarri zuen martxan ekimena. 2020ko apirilaren 14ko prentsa-adierazpena, *Launch of the European alliance for a Green Recovery*, sarrera 2020ko abenduaren 20an, www.politico.eu

(72) EUROPAR BATZORDEA, 2020ko martxoaren 4ko dokumentua, *Propuesta de Reglamento por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática («Ley del Clima Europea»)*, COM (2020) 80 final.

hasi duela jadanik, eta horrek onura ekonomikoak ekarri dituela: 1990etik 2018ra berotegi-efektuko gasen isuriak % 23an murriztu ziren bitartean, BPGak % 61 igoera izan zuen. Hala ere, finkatutako helburuek 2050erako isuriari murrizketa % 60 arte eramango dute, beraz, bidean moldaketak egin behar dira eta konpromiso handiagoak zehaztu. Horrela, proposatzen den erregelamendua eskatzen du EBk berotegi-efektuko gasen emisioak 2030erako murrizteko helburua aldatzeko eta gutxienez % 50eko ehunekoan ezartzeko, ahal izanez gero % 55. Ikuspegi moldakor baten bidez, neutraltasuna etapaz etapa lortzeko antolaketa bideratzen du. Helburu hori lortzeko onartu beharko diren legegintza-egintzek kontutan hartu beharko dute, besteak beste energia-efizientzia, energiaren eskuragarritasuna eta energia-hornikuntzaren segurtasuna (73).

Bigarrenik, Europarako industria-eredu berri bat (74), hain zuzen ere karbono aztarna murriztearen bidez klima-neutraltasunerako bidea erraztuko duena, industria ekologikoa, zirkularragoa eta, aldi berean, lehiakorragoa izan dadin. Helburu horren oinarritzko faktoretako bat industrien klima-neutraltasunerako igarotze prozesua aurrera eraman dezaten laguntzak ematea da. Tresna gisa industria-elkartasunak bultzatuko dira; horien artean, energia-trantsiziorako funtsezko garrantzia duten hidrogenoaren aldeko industria-elkartasuna eta industria hipokarbonikoa nabarmentzekoak dira. Enpresa Txiki eta Ertainen kasuan, jakinda gaur egun horien % 25ak produktu edo zerbitzu ekologikoen esparruan lan egiten dutela, Itun Berdearen helburuak lortzeko abanguardiarik berrikuntzak sustatuko dira.

Azkenik, Energia-Sistema Integrazteko Estrategia (75). Batzordeak argi uzten du EBren energia-etorkizunaren oinarri direla energia berriztagarrien kuota gero eta handiagoa eta errekursoen erabilera eraginkoragoa, energia-efizientzia barne (baita biodibertsitatearen galera ekiditea, garapen jasagarria bere osotasunean hartuz). Horren bidez, berotegi-efektuko gasen emisioen 2030. urterako murrizketaren ehunekoaren igoera % 55ean finkatu ahal izango da. Energia sistemaren integrazioak elkarri indartu egiten dieten hiru elementu batzen ditu:

(73) Azpimarratzekoa da proposatzen den arau mota erregelamendua dela; horrela, helburua lortzeko baldintzak estatu kide guztiei ezartzen zaizkie eta EB osoan zuzeneko aplikagarritasuna ziurtatzen da. GARCÍA GARCÍA, Sara, «Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática y se modifica el reglamento (UE) 2018/1999 ('Ley Europea del Clima')», *Actualidad Jurídica Ambiental*, 2020, 54 orr.

(74) EUROPAR BATZORDEA, 2020ko martxoaren 10eko dokumentua, *Un nuevo modelo de industria para Europa* COM (2020) 102 final.

(75) EUROPAR BATZORDEA, 2020ko uztailaren 8ko dokumentua, *Impulsar una economía climáticamente neutra: Estrategia de la UE para la Integración del Sistema Energético* COM (2020) 299 final.

- Ardatz nagusi gisa energia-efizientzia izango duen energia-sistema zirkularrago bat, hau da, energia gutxien behar dituzten aukerak lehenetsi eta ezinbesteko hondakin-fluxuak energia helburuekin bererabiltzen duen energia-sistema.
- Azken erabilerako sektoreen zuzeneko elektrifikazio handiagoa, elektrizitatearen ekoizpen berriztagarrian oinarrituta.
- Zuzeneko elektrifikazioa bideragarri ez denerako, karbono isuri baxuko erregai berriztagarrien erabilera (76).

2020ko uztailaren erdialdean, Europar Kontseiluak akordio bat lortu zuen Europako berreskuratze-planaren (*Next Generation EU*) eta 2021-2027 aldirako urte anitzeko finantza-esparruaren inguruan (77). Estatuaren ekarpenez gain, garapen jasangarriko helburuari eta energia-trantsizioari erabat lotutako EBren berezko beste baliabide berri batzuk sortu ziren. Adibidez, birziklatu gabeko plastikoen gaineko tasa eta karbono emisioen gaineko zerga-mekanismo bat aipa daitezke. Mekanismo hori energia kantitate handiak behar dituzten eta klima-larrialdiaren aurrean politika bigunak aplikatzen dituzten herrialdeetatik iristen diren produktuen (hala nola zementuaren eta aluminioaren) inportazioei kargak ezartzean datza. Aurrekontu-esparrua abenduaren 16an onartu zuen Europar Parlamentuak.

Irailean Batzordeak 2030. urterako berotegi-efektuko gasen emisioak murrizteko helburua % 40tik % 55era igotzeko (1990eko mailekin alderatuta) proposamen jakin bat aurkeztu zuen (78), eta horretarako beharrezkoak diren ekintzak zehaztu zituen. Helburu hori hazkunde ekonomikoa sustatu dezake eta energia garbirako trantsizioa bizkortu. Aldi berean, horrek EBren teknologia garbien sektorea modernizatzea ahalbidetuko du eta nazioarteko merkatuetan abantaila konpetitiboa lortzea. Berrito ere, berotegi-efektuko gasen emisioak murrizteko tresna egokienak energia berriztagarrien orokortzea, energia-efizientzia, elektrifikazioa eta energia-sistemaren integrazioa direla azpimarratzen da, eta horien bidez beharrezkoa jotzen den energia-sistemaren eraldaketa emango da, bereziki industria, garraioa eta eraikinen sektoretan. Urtearen bukaeran Europar Kontseiluak 2030ean lortu beharreko berotegi-efektuko gasen emisioak murrizteko helburua % 55

(76) Adibide gisa aipatzen dira industriarako eta lurreko garraiorako hidrogeno berriztagarria, aireko eta itsasoko garraiorako elektrizitate berriztagarritik ekoiztutako erregai sintetikoak, eta balio erantsi handiena duten sektoretarako biomasa.

(77) 2020ko uztailaren 17 eta 21eko Bruselako Europar Kontseilua – Presidentetzaren Ondorioak, EUCO 10/20.

(78) EUROPAR BATZORDEA, 2020ko irailaren 7ko komunikazioa, *Intensificar la ambición climática de Europa para 2030: invertir en un futuro climáticamente neutro en beneficio de nuestros ciudadanos*, COM (2020) 562 final.

izatea onartu zuen (79). Helburu hori loteslea da EBrentzat, eta Europar Kontseiluak eskatu zuen helburu hori Klimaren Europako Legean islatzeko eta Europar Parlamentuak eta Kontseiluak lege hori berehala onartzeko.

Ikusten denez, 40/32/32,5 helburua bilakatu egin da berriz, eta igo egin da hirugarren elementua, orain arte aldatu ez zena. Horrela, beraz, hasieran klima- eta energia-arloaren esparruan proposatu zen 40/27/27 helburutik 2030erako lortu beharreko 55/32/32,5 helburura igaro gara. Bilakaera hori esparruaren proposamena ezagutzera eman zenetik garatu beharreko aldiaren (2021-2030) hasierara bitarte gertatu da, eta horrek agerian utzi du EBk bere konpromiso teorikoak zabal ditzakela, ahalmen errealean arabera. Gainera, 55/32/32,5 helburua Erresuma Batua EBtik kanpo dagoelarik bete beharko da, berotegi-efektuko gasen isurien murrizketa eta energia-efizientzia arloetako helburuen kasuan lagungarria zen estatu kidea. Hori kontutan hartuta, nabarmentzekoa da EBk helburua osatzen duten hiru elementu zehatzen ehunekoak baieztatzea, ahalegin gehigarria eskatuko baitio. Itun Berdea martxan jartzeak klima-aldaketaren kontrako borroka indartzea eta susperraldi jasangarria ekarriko ditu, ondorioz, 2021ean energia-trantsizioaren erritmoa bizkortzea espero da (80). Epe laburreko eragin positiboaz gain, Itun Berdeari bultzakada gehigarria emateak eragin hori etorkizunean luzatzea ekarri dezake eta energia-modeloaren moldaketa burutzea (81).

VI. Azkeneko gogoetak

Deigarria da ikustea nola Europako integrazio prozesua energiaren arloaren inguruan sortu bazen ere (Ikatz eta Altzairuaren Europako Erkidegoa, Energia Atomikoaren Europako Erkidegoa), justu energiaren arloan Europak ez zuela bere politika bat garatu. Politika hori ez zen sortu bere horretan jatorrizko tratatuetan, eta ez zen araupetu Europan gero egindako erreformatan, batez ere estatu kideek gaia estrategikotzat eta interes nazionalekotzat hartzen zutelako.

Dena den, testuan zehar egiaztatu ahal izan dugunez, azken urteotan EBren energia-politika bultzatu da eta, energia-hornidura segurtatzeaz gain, garapen jasangarriaren helburua lortzeko oso elementu lagungarri bilakatu da. Horretan energia-trantsizioa oinarrizko rola jokatzen ari da,

(79) 2020ko abenduaren 10 eta 11ko Bruselako Europar Kontseilua – Presidentetzaren Ondorioak, EUCO 22/20.

(80) LÁZARO eta ESCRIBANO, «Siete tendencias...», *op. cit.*, 12 orr.

(81) LÁZARO, ESCRIBANO, eta CRESPI, «Transición energética...», *op. cit.*, 181 orr.

besteak beste, energia berriztagarriak eta energia-efizientzia klima-aldaketaren kontrako borrokan tresna baliagarriak baitira.

Lisboako Tratatuak eta Europa 2020 Estrategiak energia-politika bihurtu zuten ingurumenaren babeserako eta klima-aldaketaren kontrako borrokarako tresna erabakigarria. Era horretan, EBk energia- eta ingurumen-gaietako politika integratua darabil (tartean sartuz klimaren aldeko ekintza), energia berriztagarrien sustapenak eta energia-efizientziaren aldeko bultzadak agerian uzten duten bezala. Are, arlo horien arteko harremana eta mendekotasuna araudien beharrezko sinbiosi bat ekarri du.

Bide horretatik, 2030erako klima eta energia esparruak, Energiaren Batasuna tartean duela, EBk hurrengo urteetan jarraitu nahi duen bidea zehazten du, alegia, garapen jasangarria lortzea errazteko energia-trantsizioa bultzatzen du. Trantsizio hori *Energia garbia lege sortaren* bitartez garatzen ari da, energia berriztagarriak eta energia-efizientzia bultzatzeko oraindik orain hartutako legegintzako egintza garrantzitsuen bidez, baita araudi prozesua amaitzeko bidean diren beste egintza batzuen bidez ere. Hala ere, helburuak lortzeko erritmoaren moteltzeak ez du baikortasuna bultzatzen, estatu kideek lasaitu egin diren irudia ematen baitu. Ordea, 2020. urtean zehar EBtik egindako estrategia eta lege berrien proposamenek helburuak lortzeko asmo handiko aurrerapausoa emateko prest dagoela agerian uzten dute, nahiz eta estatu kideek erronka horri erantzun positiboa eman behar dioten ere.

Alde horretatik, 40/27/27 helburua 55/32/32,5 helburu bihurtzeko egon den bilakaerak garrantzi berezia du, are gehiago Erresuma Batuak alde eginda, eta hura 2030ean lor daiteke, EBk dituen ahalmenak ikusita, nahiz eta onartu behar den horrek ahalegin handiagoa eskatzen duen. Europar Kontseiluak bere egin zuen Batzordearen proposamena, alegia, 2050ean zero isurietara heltzea eta, 2030-2050 aldian, hori lortzeko aplikatzekoa den araudi neurrien sorta bat ezartzea; hartara, EB toki ezin hobean jarriko da energia-trantsizioa osatu eta garapen jasangarriaren helburua betetzeko.

Azkenik, pandemiak ahalbidetzen badu, Europaren Etorkizunari buruzko Konferentzia garatu beharko litzateke 2021. urtean zehar, non oinarrizko helburuetako bat EB ekonomia jasangarria bilakatzeko ibilbidea zehaztea bait den. Beraz, Konferentziak baliagarria izan behar du Europak (EBk eta estatu kideek) energia-trantsizioaren arloko helburuak betetzeko duen borondate politikoa sendotzeko. Atsegintasun-jarrerara oro alde batera utzita, EBren ahalmen errealekin bat datozen helburuak ezartzeko premiaz jabetu beharra dagoela azpimarratu behar da, eta horretarako beharrezkoak diren politikak eta ekintzak garatu behar dira. Zehazki adierazteko, Konferentziak Europako Itun Berdearen onspena islatu behar du, 2030ean oinarrizko helburu espezifikoak

erabat betetzeko tresna izango baita (hala nola berotegi-efektuko gasak % 55eko proportzioan murriztea, energia berriztagarrien % 32ko kuota energia-kontsumo osoan, eta % 32,5eko energia-aurrezpena). Eta, nolahi ere, gutxieneko konpromisoak dira, hau da, betetze-mailaren eta adierazitako ahalmenen arabera zabal daitezkeen helburuak. Izan ere, horrek erraztu egingo du 2050erako klima-neutraltasunera iristeko helburua lortzea eta, aldi berean, energia-trantsizioa burutzea, dakarrena kontuan hartuta (energia berriztagarrien iturriak eta energia-efizientzia sustatzea).

VII. Bibliografía

- ÁLVAREZ CUESTA, Henar, «Transición justa y lucha contra el cambio climático en el Pacto Verde Europeo y en el Proyecto de Ley de Cambio Climático en España», *IUSLabor*, 2 zenbakia, 2020, 74-100 orr.
- ANDOURA, Sami, HANCHER, Leigh, eta VAN DER WOUDE, Marc, *Towards a European Energy Community: A Policy Proposal*, Notre Europe, Paris, 2010.
- ATIENZA SERNA, Luis, «La energía eléctrica y el desarrollo sostenible», *Cuadernos Europeos de Deusto*, 42 zenbakia, 2010, 15-40 orr.
- BEDIA BUENO, Gemma, «El Derecho de la Energía, las Políticas Europeas y la Transición Energética en la Unión Europea», *Cuadernos Cantabria Europa*, 16 zenbakia, 2017, 37-64 orr.
- BRUHWILER, Lori *et al.*, «Overview of the global carbon cycle», *Second State of the Carbon Cycle Report (SOCCR2): A Sustained Assessment Report*, CAVALLARO, N., *et al.*, (editore), U.S. Global Change Research Program, Washington, 2018, 42-70 orr.
- COCCILO, Endrius, «La Unión de la Energía y la gobernanza del Sistema Tierra en el antropoceno: una cuestión constitucional», *Revista Catalana de Dret Ambiental*, VI liburukia, 1 zenbakia, 2015, 1-44 orr.
- CONTHE GUTIÉRREZ, Manuel, «Geopolítica de la energía y teoría de juegos», *Energía y Geoestrategia 2019*, editore Instituto Español de Estudios Estratégicos, Ministerio de Defensa, Madrid, 2019, 35-80 orr.
- CORDERO ZÁRRAGA, Esther, «La Unión Europea de la Energía», *Revista Aranzadi Unión Europea*, 4 zenbakia, 2015, 63-66 orr.
- DOPAZO FRAGUÍO, Pilar, «La renovación energética ante el cambio climático: marco estratégico, instrumentos y prácticas», *Actualidad Jurídica Ambiental*, 98 zenbakia, 2020, 6-42 orr.
- EGENHOFER, Christian eta ELKERBOUT, Milan, «El cambiante contexto de la geopolítica de la energía: Visión europea de cómo el cambio climático empieza a afectar a la seguridad energética», *Energía y Geoestrategia 2019*, editore Instituto Español de Estudios Estratégicos, Ministerio de Defensa, Madrid, 2019, 177-222 orr.

- ESCRIBANO FRANCÉS, Gonzalo eta LÁZARO TOUZA, Lara, «Energía y clima en 2017: volatilidad contenida, implementación climática e incertidumbre política», *Análisis del Real Instituto Elcano (ARI)*, 31 zenbakia, 2017.
- «Energía, clima y coronavirus», *Análisis del Real Instituto Elcano (ARI)*, 31 zenbakia, 2020.
 - «Oil markets, energy transition, climate governance and COVID-19: the short, the medium and the long term», Real Instituto Elcano, *Working Paper*, 6 zenbakia, 2020.
- EUROPAR BATZORDEA, 1988ko maiatzaren 3ko komunikazioa, *The main findings of the Commission's Review of Member State's energy policies*, COM (88) 174 final.
- 1990eko otsailaren 8ko komunikazioa, *Energy and the environment*, COM (89) 369 final.
 - *For a European Union Energy Policy – Green Paper*, COM (94) 659 final/2, 1994.
 - 2007ko urtarrilaren 10eko komunikazioa, «Una política energética para Europa», COM (2007) 1 final.
 - 2010eko martxoak 3ko komunikazioa, *Europa 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*, COM (2010) 2020 final.
 - 2010eko azaroaren 10eko komunikazioa, *Energía 2020: Estrategia para una energía competitiva, sostenible y segura*, COM (2010) 639 final.
 - 2011ko abenduaren 15eko komunikazioa, *Hoja de Ruta de la Energía para 2050*, COM (2011) 885 final.
 - 2014ko urtarrilaren 24ko komunikazioa, *Un marco estratégico en materia de clima y energía para el período 2020-2030*, COM (2014) 15 final.
 - 2014ko maiatzaren 28ko komunikazioa, *Estrategia Europea de la Seguridad Energética*, COM (2014) 330 final.
 - 2015eko otsailaren 25eko komunikazioa, *Estrategia Marco para una Unión de la Energía resiliente con una política climática prospectiva*, COM (2015) 80 final.
 - 2016ko azaroaren 30eko komunikazioa, *Energía limpia para todos los europeos*, COM (2016) 860 final.
 - 2017ko otsailaren 1eko dokumentua, *Informe de situación en materia de energías renovables*, COM (2017) 57 final.
 - 2017ko azaroaren 23ko komunikazioa, *Third Report on the State of the Energy Union*, COM (2017) 688 final.
 - 2018ko azaroaren 28ko komunikazioa, *Un planeta limpio para todos. La visión estratégica europea a largo plazo de una economía, próspera, moderna, competitiva y climáticamente neutra*, COM (2018) 773 final.
 - 2019ko apirilak 9ko dokumentua, *Cuarto Informe sobre el estado de la Unión de la Energía*, COM (2019) 175 final.
 - 2019ko apirilak 9ko dokumentua, *Informe de situación en materia de energías renovables*, COM (2019) 225 final.
 - 2019ko apirilak 9ko dokumentua, *Evaluación de 2018, con arreglo al artículo 24, apartado 3, de la Directiva 2012/27/UE relativa a la eficiencia*

- energética, de los avances realizados por los Estados miembros en la consecución de los objetivos nacionales de eficiencia energética para 2020 y en la aplicación de las disposiciones de dicha Directiva, COM (2019) 224 final.*
- 2019ko uztailearen 16ko dokumentua, *Opening Statement in the European Parliament Plenary Session by Ursula von der Leyen, Candidate for President of the European Commission, SPEECH/19/4230.*
 - 2019ko irailaren 10eko prentsa-adierazpena, *La Comisión von der Leyen: por una Unión que se esfuerza por lograr más resultados, IP/19/5542.*
 - 2019ko abenduaren 11ko komunikazioa, *El Pacto Verde Europeo COM (2019) 640 final.*
 - 2020ko urtarrilaren 14ko komunikazioa, *Plan de Inversiones para una Europa Sostenible – Plan de Inversiones del Pacto Verde Europeo COM (2020) 21 final.*
 - 2020ko urtarrilaren 22ko komunikazioa, *Perfilando la Conferencia sobre el Futuro de Europa, COM (2020) 27 final.*
 - 2020ko martxoaren 4ko dokumentua, *Propuesta de Reglamento por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática («Ley del Clima Europea»)*, COM (2020) 80 final.
 - 2020ko martxoaren 10eko dokumentua, *Un nuevo modelo de industria para Europa COM (2020) 102 final.*
 - 2020ko uztailearen 8ko dokumentua, *Impulsar una economía climáticamente neutra: Estrategia de la UE para la Integración del Sistema Energético COM (2020) 299 final.*
 - 2020ko irailaren 7ko komunikazioa, *Intensificar la ambición climática de Europa para 2030: invertir en un futuro climáticamente neutro en beneficio de nuestros ciudadanos, COM (2020) 562 final.*
- FABRA PORTELA, Natalia, «La Unión Energética: instrumento para la transición energética en Europa», *Información Comercial Española ICE*, 902 zenbakia, 2018, 65-80 orr.
- FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, Dionisio, «Unión Europea: inicio del debate sobre la transición energética», *Observatorio de Políticas Ambientales 2017*, koordinatzaile Fernando López Ramón, CIEMAT, Madril, 2017, 45-82 orr.
- «Unión Europea: un planeta limpio, economía circular y utilización de reglamentos», *Observatorio de Políticas Ambientales 2019*, koordinatzaile Fernando López Ramón, CIEMAT, Madril, 2019, 16-60 orr.
 - «El ambicioso Pacto Verde Europeo», *Actualidad Jurídica Ambiental*, 101 zenbakia, 2020, 78-109 orr.
- GALERA RODRIGO, Susana, «Europa 2050: renovables y cambio de modelo energético», *Revista Vasca de Administración Pública*, 99-100 zenbakia, 2014, 1413-1440 orr.
- «Energía: transición energética, fase II», *Observatorio de Políticas Ambientales 2019*, koordinatzaile Fernando López Ramón, CIEMAT, Madril, 2019, 761-798 orr.

- «Transición energética. 2019: un año de stand-by», *Observatorio de Políticas Ambientales 2020*, koordinatzaile Fernando López Ramón CIEMAT, Madril, 2020, 840-852 orr.
- GARCÍA GARCÍA, Sara, «Legislación al día. Directiva (UE)2018/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2018 relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables», *Actualidad Jurídica Ambiental*, 87 zenbakia, 2019, 141-144 orr.
- «Legislación al día. Reglamento (UE) 2018/1999 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2018 sobre la gobernanza de la Unión de la Energía y de la Acción por el Clima», *Actualidad Jurídica Ambiental*, 88 zenbakia, 2019, 54-56 orr.
- «Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática y se modifica el reglamento (UE) 2018/1999 ('Ley Europea del Clima')», *Actualidad Jurídica Ambiental*, 100 zenbakia, 2020, 54-56 orr.
- HERRERO DE CASTRO, Rubén, «La seguridad energética y la estrategia global de seguridad de la Unión Europea», *Revista UNISCI*, 42 zenbakia, 2016, 83-98 orr.
- KRIKORIAN, Shant, «Invertir en la transición a una energía limpia», *IAEA Bulletin – Nuclear Power and the Clean Energy Transition*, 61 liburukia, 3 zenbakia, 2020, 24-25 orr.
- LÁZARO TOUZA, Lara eta ESCRIBANO FRANCÉS, Gonzalo, «Siete tendencias climáticas y energéticas a seguir en 2021», *Análisis del Real Instituto Elcano (ARI)*, 7 zenbakia, 2021.
- LÁZARO TOUZA, Lara, ESCRIBANO FRANCÉS, Gonzalo eta CRESPI DE VALLDAURA, Virginia, «Transición energética y gobernanza climática en tiempos de pandemia», *ICE Revista de Economía*, 916 zenbakia, 2020, 165-183 orr.
- LÓPEZ SAKO, Masao Javier, «La política energética sostenible de la Unión Europea (1)», *Noticias de la Unión Europea*, 322 zenbakia, 2011, 81-92 orr.
- LÓPEZ-NICOLÁS BAZA, Antonio, «El liderazgo de la Unión Europea en Energías Renovables: el paquete de Energía Limpia de la Comisión Europea», *Cuadernos de Energía*, 55 zenbakia, 2018, 22-27 orr.
- MOUSSIS, Nicolas, *EU Environment & Energy Policies: Two Interwoven Legislative Areas*, European Study Service, Rixensart (Belgika), 2009.
- OLABE, Antxon, GONZÁLEZ-EGUINO, Mikel eta RIBERA, Teresa, «Hacia un nuevo orden mundial de la energía», *Documento de Trabajo del Real Instituto Elcano*, 12 zenbakia, 2017.
- PÉREZ DE LAS HERAS, Beatriz, «Las políticas de seguridad energética en la Unión Europea y los Estados Unidos: desafíos globales y compromisos comunes en la transición hacia un modelo energético más sostenible», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 47 zenbakia, 2014, 13-47 orr.
- «La Unión Europea en la transición hacia la neutralidad climática: retos y estrategias en la implementación del Acuerdo de París», *Revista Española de Derecho Internacional*, 72 liburukia, 2 zenbakia, 2020, 117-141 orr.

- RIBERA, Teresa, «Emergencia climática y política exterior», *Política Exterior*, 193 zenbakia, 2020, 6-13 orr.
- RISTORI, Dominique, «60 ans de politique énergétique», *Revue du droit de l'Union européenne*, 1 zenbakia, 2019, 17-38 orr.
- RUIZ CAMPILLO, Xira, «Transformación de la UE en su lucha contra el cambio climático», *Economía Exterior*, 81 zenbakia, 2019, 83-88 orr.
- TORRES FLORES, Ramón Carlos, «Pandemia y nuevo paradigma energético: exigencias de política económica», *Economía Unam*, 17 liburukia, 51 zenbakia, 2020, 349-358 orr.
- VILLAVICENCIO CALZADILLA, Paola, «La pandemia de Covid-19 y la crisis climática: dos emergencias convergentes», *Revista catalana de Dret Ambiental*, XI liburukia, 2 zenbakia, 2020, 1-27 orr.



Los órganos administrativos transitorios

The transitory administrative bodies

MIGUEL JOSÉ IZU BELLOSO

Doctor en Derecho

Vocal del Tribunal Administrativo de Navarra

mizu@micap.es

ORCID: 0000-0001-9364-9535

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.120.2021.13>

LABURPENA: Administrazio-organoen sailkapenek jakintzat eman ohi dute organo guztiek izaera egonkorra eta iraunkorra dutela. Ez dute kontuan hartzen guztiz normala dela zenbait administrazio-organu aldi baterako izaeraz ez ezik, baita izaera iraunkorraz ere, sortzea, xede jakin batez, maiz administrazio-prozedura bakar bat izapidetzeko, eta hura amaituta, desegin egiten direla. Hala legegileak nola zientzia-doktrinak ez diete jaramonik egiten organo horiei, eta administrazio-organoei aplikatu beharreko araudi orokor gehienak ez dira bateragarriak haien izaerarekin.

HITZ GAKOAK: Administrazio-organuak. Administrazio-organoen sailkapena. Organu espezializatuak eta iragankorrak.

ABSTRACT: Classifications of administrative bodies or agencies usually assume that all of them are stable and permanent. They ignore the absolutely normal existence of administrative bodies that are created not only temporarily, but also transitory, with a specific task, often for the processing of a single administrative procedure, at the conclusion of which they are dissolved. Both the legislator and the scientific doctrine do not pay attention to these bodies, most of the general regulations applicable to administrative agencies are incompatible with their nature.

KEYWORDS: Administrative Bodies or Agencies. Classification of Administrative Bodies. Specialized and Transitory Bodies.

RESUMEN: Las clasificaciones de los órganos administrativos suelen dar por supuesto que todos los órganos tienen carácter estable y permanente. Ignoran la existencia, absolutamente normal, de órganos administrativos que se crean con un carácter no solo temporal, sino transitorio, con una misión determinada, a menudo para la tramitación de un único procedimiento administrativo, a cuya conclusión quedan disueltos. Tanto el legislador como la doctrina científica no prestan

atención a estos órganos, la mayor parte de la normativa general aplicable a los órganos administrativos resulta incompatible con su naturaleza.

PALABRAS CLAVE: Órganos administrativos. Clasificación de los órganos administrativos. Órganos especializados y transitorios.

Trabajo recibido el 8 de febrero de 2021

Aceptado por el Consejo de Redacción el 21 de mayo de 2021

Sumario: I. Unos órganos administrativos anónimos.—II. Regulación.—III. Creación.—IV. Funciones.—V. Composición.—VI. Funcionamiento.—VII. Extinción. —VIII. Bibliografía.

I. Unos órganos administrativos anónimos

Con frecuencia, existen fenómenos que, por evidentes, pasan inadvertidos. No podemos decir de ellos que sean desconocidos, ni mucho menos que queden ocultos, ya que están a la vista de todos. Simplemente, no se les suele prestar atención. Es lo que sucede con lo que aquí voy a denominar órganos administrativos transitorios, en el sentido de órganos «no permanentes» que les da el diccionario de María Moliner. No sería riguroso definirlos como órganos administrativos temporales puesto que no hay nada en la realidad que conocemos que sea eterno, todo es temporal, tiene un inicio y un final. Todos los órganos administrativos son temporales; al igual que los seres vivos, nacen, crecen, a veces se reproducen, y mueren, aunque sea a muy avanzada edad. Me voy a referir a órganos que, además de ser temporales, tienen una existencia relativamente fugaz (de un día, de unos meses, de unos pocos años). Se crean sabiendo que se extinguirán apenas concluyan con una determinada tarea cuya duración aproximada es previsible de antemano y que, muy a menudo, afecta a la tramitación de un único procedimiento administrativo.

Cualquiera que conozca mínimamente la Administración Pública y su ordenamiento jurídico sabe de la existencia de este tipo de órganos, pero es muy probable que no sea capaz de darles un nombre preciso. La doctrina jurídica española —dígase lo mismo de la legislación y de la jurisprudencia— apenas se ha ocupado de identificarlos ni de bautizarlos, por eso se puede afirmar que, por lo general, han sido anónimos. En las clasificaciones usuales de los órganos administrativos que se contienen en cualquier tratado o manual de Derecho Administrativo de nuestro país (clasificaciones cuya utilidad, con razón, pone en duda Santamaría Pastor), no suelen aparecer(1). La inmensa mayoría dan por supuesto, sin advertirlo de forma expresa, que todos los órganos administrativos tienen carácter permanente o indefinido, que todos los órganos, aun irremisiblemente temporales, se crean con vocación de continuidad y sin previsión alguna sobre cuándo agotarán su utilidad. Los autores que analizan las clases de órganos se suelen fijar en si aparecen regulados o no en la

(1) Véanse, como ejemplo, las clasificaciones que se contienen en BAENA DEL ALCÁZAR (1984), SANTAMARÍA PASTOR (1984), GONZÁLEZ NAVARRO (1991), ENTRENA CUESTA (1998), BERNARDO DELGADO *et al.* (2017), o PARADA VÁZQUEZ (2017).

Constitución (órganos constitucionales y no constitucionales), si son simples o complejos, jerárquicamente superiores o inferiores, si su titularidad recae en una persona o en varias (órganos unipersonales y colegiados), si su competencia es general o específica, si su ámbito territorial es nacional, autonómico, local, si son órganos centrales o periféricos, si son órganos que acogen o no a representantes de intereses sectoriales, si, por sus funciones, son órganos activos, consultivos o de control. Apenas se pueden encontrar autores que, al clasificar los órganos administrativos, tengan en cuenta el criterio temporal, si los órganos se crean con carácter indefinido o si se crean con vocación transitoria. Se aproxima a esa idea la distinción que hace García-Trevijano entre órganos ordinarios y extraordinarios, suponiendo una mayor estabilidad temporal en los primeros(2). Explica que «extraordinarios son aquellos que se constituyen en momentos de emergencia, que no están previstos normalmente, y que, aunque lo estén, no tienen una vida estable». Menciona como ejemplos de «órganos extraordinarios de la Administración» a los tribunales de oposición, junto a la regencia (órgano transitorio, pero no órgano administrativo) y a las comisiones tutelares de las entidades locales. Sin embargo, la mayoría de los órganos administrativos transitorios, como los tribunales de oposición, ni se crean para atender situaciones de emergencia, ni pueden calificarse de extraordinarios, *extra ordinem*, fuera del orden normal de las cosas, porque son tan corrientes, comunes y usuales como los que tienen vocación de permanencia, su creación es muy habitual y asumen funciones ordinarias de la Administración. Morell Ocaña también maneja el criterio temporal pero, inexplicablemente, lo limita a los órganos consultivos, sin extenderlo a los demás tipos de órganos (3). Distingue, entre otros, «1.º) órganos consultivos constituidos con carácter permanente, con arreglo al modelo napoleónico o al sistema americano; 2.º) órganos consultivos transitorios constituidos para un problema concreto, para el que emiten dictamen formal con arreglo al patrón clásico (Tribunales de oposiciones, Mesa para la adjudicación de contratos...) o que realizan estudios y propuestas en la modalidad anglosajona». Ni los tribunales de oposiciones ni las mesas de contratación, como veremos, son órganos consultivos que se limiten a emitir dictámenes, sino que participan activamente en la tramitación de procedimientos administrativos, realizan actividades materiales y dictan actos decisorios, aunque sean de trámite.

¿A qué concretos órganos administrativos nos estamos refiriendo? He de advertir que, sin entrar en las polémicas doctrinales que existen al res-

(2) GARCÍA-TREVIJANO (1971), pág. 220.

(3) MORELL OCAÑA (1999), pág. 324.

pecto, tomo el concepto de órgano en un sentido amplio, como toda unidad organizativa diferenciada que forma parte de una Administración Pública, constituida por una serie de medios personales y materiales y a la que se encomiendan determinadas funciones. La lista de ejemplos de órganos administrativos transitorios puede hacerse todo lo larga que se desee, ya que son tan anónimos como abundantes.

a) Tribunales de selección de personal. Una institución tradicional en nuestro ordenamiento, anterior incluso al Estatuto de Bravo Murillo, de 18 de junio de 1852, que estableció el principio de ingreso de los empleados de la Administración activa del Estado mediante examen público «ante las personas que designen los reglamentos de cada Ministerio». En aquella época era tan habitual que el examen se realizara ante el órgano convocante como que se nombrara un tribunal específico (4). El Reglamento Orgánico de las carreras civiles en la Administración del Estado (Real Decreto de 4 de marzo de 1866), en su art. 14, dispuso que «así en Madrid, como en provincias se formarán Tribunales de examen para cada ramo, designándose y publicándose anticipadamente los funcionarios, Catedráticos ó Profesores que han de componerlos y los ejercicios que han de practicar los examinandos», mientras que el reglamento para oposiciones a cátedras (Real Decreto de 29 de marzo de 1874) preveía el nombramiento de tribunales de oposición por la Dirección General de Instrucción Pública, o por los rectores en el caso de cátedras de instituto, entre catedráticos de la misma asignatura o de otra análoga; los propios miembros del tribunal elegían a su presidente y secretario. La regulación de los tribunales en aquella época solía contenerse en los reglamentos propios de los ministerios o de los cuerpos funcionariales. En la actualidad, el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre), EBEP, en su art. 55, entre los principios rectores del acceso al empleo público, además de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, establece los de «imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección» y la «independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección». Esta redacción permite la continuidad de los tradicionales tribunales de selección pero, también, su coexistencia con órganos como las Comisiones Permanentes de Selección previstas por el art. 12 del Reglamento General de Ingreso del Personal al

(4) Así, por ejemplo, el art. 49 del Reglamento del Cuerpo de Sanidad Militar (Real Decreto de 7 de septiembre de 1846) disponía que la composición del «tribunal de censura» de las oposiciones de ingreso debía hacerse pública junto con el programa y los ejercicios a desarrollar, mientras que el Reglamento de la Dirección de Archivos del Ministerio de Gracia y Justicia (Real Orden de 24 de mayo de 1849), en su art. 32, preveía que los exámenes de ingreso se celebraran ante el director general y la Junta superior consultiva.

servicio de la Administración general del Estado (Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo), RGIP, para «el desarrollo y la calificación de las pruebas selectivas para el acceso a aquellos Cuerpos y Escalas en los que el elevado número de aspirantes y el nivel de titulación o especialización exigidos así lo aconseje».

b) Mesas de contratación del art. 326 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), órganos «de asistencia técnica especializada» durante la tramitación de un expediente de contratación en los casos en que el órgano de contratación no sea una Junta de Contratación, que es un órgano de carácter permanente. También se regulan en el art. 50 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos de Navarra, en este caso la intervención de la mesa de contratación es obligatoria para la adjudicación de todos los contratos públicos cuyo valor estimado exceda de 60.000 euros en servicios y suministros y de 200.000 en obras, y siempre en contratos de concesión; el nombramiento de una mesa de contratación puede hacerse «con carácter permanente o de manera específica para la adjudicación de uno o más contratos» (5). La mesa de contratación es una institución también añeja, tiene su antecedente directo en la Junta de subasta establecida en la Ley de 20 de diciembre de 1952 que modificó el capítulo sobre contratación pública de la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública de 1911, se introduce en el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado (Decreto 923/1965, de 8 de abril) y se mantiene en toda la normativa de contratación pública posterior.

c) Jurados de los concursos de proyectos regulados en el art. 183 de la LCSP, encaminados a la obtención de planos o proyectos en los campos de la arquitectura, el urbanismo, la ingeniería y el procesamiento de datos. El concurso de proyectos era una figura utilizada desde el siglo XIX, aunque sin normativa específica (6). Se regula en el art. 118 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (Decreto de 17 de junio de 1955), y en el reglamento provincial de la misma fecha, para la conce-

(5) La Comunidad Foral de Navarra, conforme al art. 49.1.d) de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de reintegración y mejoramiento del Régimen Foral, y en virtud de su régimen histórico tiene competencia exclusiva en materia de «contratos y concesiones administrativas respetando los principios esenciales de la legislación básica del Estado en la materia». En la normativa navarra no se prevén Juntas de Contratación como órganos contratantes; solo existe una Junta de Contratación Pública que es un órgano consultivo, de arbitraje y de control en la materia.

(6) Sirva de ejemplo el Real Decreto de 6 de abril de 1881 (*Gaceta de Madrid* del día siguiente) por el que se convoca concurso de proyectos para la construcción de un edificio destinado a exposiciones públicas en Madrid. El edificio se construyó en el paseo de la Castellana y se inauguró con la Exposición Nacional de Bellas Artes de 1887. Posteriormente, y hasta el presente, ha acogido al Museo de Ciencias Naturales y a la Escuela Técnica Superior de Ingenieros Industriales.

sión de servicios, y posteriormente en el art. 83 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio) para la concesión de bienes de dominio público, aunque no se requería la intervención de un jurado. Se incorpora como institución diferenciada a la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, junto con la exigencia de jurado, por influjo de la Directiva 1992/50/CEE, de 18 de junio, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios. También se regula en el art. 79 de la ley navarra.

d) Órganos instructores de procedimientos sancionadores. A diferencia de los órganos sancionadores, que tienen carácter permanente por aplicación a la potestad sancionadora de la Administración del principio constitucional de juez ordinario predeterminado por la ley(7), ha sido habitual en nuestro ordenamiento administrativo que el nombramiento de un órgano instructor unipersonal se realice de forma expresa para cada procedimiento sancionador, cesando al finalizar este. La Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958 (LPA), que recogió el sancionador como un procedimiento especial con normas supletorias de lo que se estableciera en otras disposiciones particulares, ordenaba en su art. 135 que en la misma providencia en que se acordara la apertura del expediente se debía nombrar un instructor y, en su caso, un secretario. El instructor debía ser, al menos, jefe de negociado y tener categoría superior a la del presunto inculpado, lo que indica que el legislador estaba pensando en el régimen disciplinario de los funcionarios, aunque se afirmara que estas disposiciones eran de aplicación general a las sanciones administrativas. La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), eliminó esa exigencia de nombramiento de instructor para cada expediente sancionador, exigencia que tampoco hacían algunas normas sectoriales(8), aunque en su art. 134 disponía que los procedimientos sancionadores debían «establecer la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, encomendándolas a ór-

(7) Art. 25.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP): «El ejercicio de la potestad sancionadora corresponde a los órganos administrativos que la tengan expresamente atribuida, por disposición de rango legal o reglamentario».

(8) Por ejemplo, no se prevé el nombramiento de instructor para los expedientes sancionadores en la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial de 1990 (en la actualidad está vigente el texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre), ni en sus precedentes, el Reglamento de circulación de vehículos con motor mecánico por las vías públicas de España (Real Decreto de 16 de junio de 1926), el Reglamento de Circulación Urbana e Interurbana (Real Decreto de 17 de julio de 1928) y el Código de la Circulación (Decreto de 25 de septiembre de 1934).

ganos distintos». Esta regla pervive en el art. 63 de la LPAC, mientras que el art. 64.2.c) dispone que la incoación del procedimiento sancionador debe contener tan solo la «identificación del instructor», por lo cual el instructor no tiene por qué ser un órgano transitorio sino permanente, designado por una norma previa(9). No obstante, sigue habiendo muchas normas sectoriales que regulan procedimientos sancionadores donde se ha mantenido el carácter de órgano transitorio del instructor, como, por ejemplo, en el art. 3 del Reglamento del procedimiento sancionador general en la Administración del Principado de Asturias (Decreto 21/1994, de 24 de febrero), o en el art. 14 del Decreto 206/1999, de 9 de noviembre, del Gobierno Valenciano, Regulador de la Disciplina Turística, que exigen el nombramiento de instructor para cada procedimiento en el acto de iniciación. Aunque el art. 98 del EBEP también se limite a disponer que «en el procedimiento quedará establecida la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, encomendándose a órganos distintos», el nombramiento de un instructor para cada procedimiento sigue siendo también muy habitual en el ámbito disciplinario. Valgan como ejemplo el art. 30 del Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado (Real Decreto 33/1986, de 10 de enero), o el art. 138 del Reglamento Marco de las Policías Locales de La Rioja (Decreto 3/2015, de 6 de febrero).

e) Comisiones locales de concentración parcelaria del art. 15 de la todavía vigente Ley de Reforma y Desarrollo Agrario (texto refundido aprobado por Decreto 118/1973, de 12 de enero), y que tienen su origen en el texto refundido de la Ley de Concentración Parcelaria (Decreto de 10 de agosto de 1955) y en la Ley 3/1962, de 14 de abril, complementaria a la de Concentración Parcelaria. El art. 1 de esta última disponía expresamente que las comisiones locales reguladas en el texto refundido de 1955, una vez cumplido su cometido (elaborar las bases de la concentración en cuanto a clasificación de tierras y fijación de coeficientes de compensación, declaración de dominio de las parcelas y relación de gravámenes),

(9) El art. 10.1 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora (Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto), disponía que «son órganos administrativos competentes para la iniciación, instrucción y resolución de los procedimientos sancionadores las unidades administrativas a las que, de conformidad con los artículos 11 y 21 de la LRJ-PAC, cada Administración atribuya estas competencias, sin que puedan atribuirse al mismo órgano para las fases de instrucción y resolución del procedimiento». El art. 66.2 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones dispone que «el ministro designará al instructor del procedimiento sancionador cuando dicha función no esté previamente atribuida a ningún órgano administrativo», lo que abre la puerta a que el instructor tenga carácter permanente o transitorio. Por su parte, el art. 23.1 del Real Decreto 2063/2004, de 15 de octubre, por el que se aprueba el reglamento del régimen sancionador tributario, dispone que «será órgano competente para instruir el procedimiento sancionador el que se determine en la normativa de organización aplicable».

quedarían disueltas. Perviven hoy en la legislación autonómica en materia agraria.

f) Órganos colegiados del art. 22 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (LGS), que evalúan las solicitudes presentadas y hacen la propuesta de concesión al órgano instructor. Tienen carácter transitorio cuando se crean para una sola convocatoria. Son órganos novedosos, surgidos con dicha norma, la primera ley específica sobre subvenciones. Dentro de su ámbito de aplicación se hallan los premios educativos, culturales o científicos (salvo los que se otorguen sin previa solicitud del beneficiario ante una convocatoria pública), para los que se prevé un reglamento particular que no se ha dictado, y, por lo tanto, también los jurados que suelen constituirse para concederlos(10). En cualquier caso, los jurados de premios concedidos por las Administraciones Públicas y no sometidos a la LGS también comparten la misma naturaleza de órganos administrativos transitorios; por ejemplo, los jurados previstos en la Orden de 22 de junio de 1995 por la que se regulan los Premios Nacionales del Ministerio de Cultura, modificada por Orden CUL/3009/2011, de 3 de noviembre.

g) Las asociaciones administrativas del art. 10 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre), LSRU, en ocasiones son órganos personificados, entidades cuya organización se agota en un solo órgano, lo que permite su equiparación a los órganos que contemplamos aquí. Tienen naturaleza administrativa (al menos, en cuanto ejercen ciertas funciones públicas), dependen de la Administración actuante e integran a los propietarios del suelo afectados por una actuación urbanística, y se disuelven por el cumplimiento de los fines para las que se crean, usualmente la completa ordenación y urbanización de un determinado sector. Bajo esta denominación genérica se acoge lo que en la normativa estatal (Reglamento de Gestión Urbanística, Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto, RGU) se han denominado tradicionalmente entidades urbanísticas colaboradoras, que tienen una ya larga historia(11): las juntas de compensación, las asociaciones de propietarios en el sistema de cooperación o las entidades de conservación. A diferencia de las dos primeras, las entidades de conser-

(10) IZU BELLOSO (2009).

(11) Las asociaciones de propietarios aparecen en la Ley de 25 de noviembre de 1944 de Bases para la Ordenación Urbana de Madrid y sus alrededores, en la Ley de 17 de julio de 1945 sobre Bases para la Ordenación Urbanística y comarcal de Bilbao y su zona de influencia y en la Ley de 18 de diciembre de 1946 de Ordenación Urbana de Valencia y su comarca, y se incorporan luego a la Ley de 12 de mayo de 1956 sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana.

vación suelen tener una duración indefinida. La legislación autonómica, que es la que actualmente regula estas entidades, ha añadido alguna figura más, como la entidad urbanística de urbanización que puede actuar en el sistema de expropiación por concesionario conforme al art. 119 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo, de la Comunidad de Madrid, o les da un nombre distinto, como el art. 148 de la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo del País Vasco, que las denomina agrupaciones de interés urbanístico. En los últimos años algunas leyes autonómicas han previsto que las entidades de carácter administrativo sean sustituidas por sociedades mercantiles constituidas por los propietarios, como en el art. 108 del Decreto-Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio y de Espacios Naturales de Canarias.

h) Comisiones de deslinde de términos municipales, previstas en los arts. 17 y siguientes del Reglamento de Población y Demarcación Territorial de las Entidades Locales (Real Decreto 1690/1986, de 11 de julio). Su origen se halla en el Real Decreto de 23 de diciembre de 1870 que ordenaba a todos los ayuntamientos de la Península, Baleares y Canarias que procedieran al señalamiento de los términos municipales. Las comisiones han de ser nombradas por los ayuntamientos afectados en un procedimiento de demarcación, deslinde y amojonamiento de sus términos municipales(12). Han de realizar *in situ* el reconocimiento de la línea divisoria y los mojones y levantar acta, conjunta si hay acuerdo y por separado si hay discrepancia, que se remite a la comunidad autónoma correspondiente, la cual resuelve previo informe del Instituto Geográfico Nacional y dictamen del Consejo de Estado o del órgano consultivo autonómico. Si los municipios pertenecen a distintas comunidades, resuelve la Administración del Estado, previa audiencia de aquellas(13).

i) Mesas electorales, órganos de la Administración electoral regulados en los arts. 23 y siguientes de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG). Las mesas se constituyen para cada convocatoria electoral (o para la convocatoria de procesos

(12) La normativa estatal contempla una comisión por cada entidad local afectada, aunque actúen conjuntamente. En cambio, algunas normas autonómicas, como el art. 6 del Decreto 157/2016, de 4 de octubre, por el que se regula el deslinde de los términos municipales de Andalucía, o el art. 5 del Decreto 163/2018, de 2 de octubre, por el que se regula el deslinde de los términos municipales de Extremadura, se refieren a una única comisión con un único secretario, el de mayor antigüedad de los ayuntamientos afectados.

(13) Art. 50.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, y Real Decreto 3426/2000, de 15 de diciembre, por el que se regula el procedimiento de deslinde de términos municipales pertenecientes a distintas Comunidades Autónomas.

electorales coetáneos) y ejercen sus funciones únicamente el día de la votación. Son órganos con una larga historia, tan larga como la de las propias elecciones. La Constitución de 1812 ya establecía un sistema electoral para las Cortes que se iniciaba con la elección de compromisarios en las juntas electorales de parroquia, presididas por el jefe político, el alcalde o un regidor, y en las que se elegían por los propios electores dos escrutadores y un secretario que, junto con el presidente, formaban la mesa. La elección de la mesa por los propios electores al inicio de la jornada electoral (en épocas donde los electores eran pocos, sobre todo cuando se aplicaba el sufragio censitario) acostumbra a figurar en las leyes electorales del siglo XIX, lo que ofrecía limitadas garantías de imparcialidad ya que su composición respondía a la de la mayoría política existente en cada sección electoral. Las mesas solían estar presididas por los alcaldes, lo que agravaba la politización. La ley electoral de 8 de agosto de 1907 es la primera que trata de despolitizar la composición de las mesas con un sistema de sorteo aleatorio, que combinaba los criterios de mayor edad y de orden alfabético en las listas de electores de cada sección, para designar un presidente y dos adjuntos, más sus suplentes.

j) Juntas electorales reguladas en los arts. 8 y siguientes de la LOREG, excepto la Junta Electoral Central que tiene carácter permanente. Las demás, Provincial, de Zona y, en su caso, de Comunidad Autónoma, se constituyen a consecuencia de la convocatoria de uno o de varios procesos electorales simultáneos y se disuelven una vez finalizados estos(14). Al igual que las mesas electorales, tienen sus antecedentes en todas las leyes electorales de los dos últimos siglos, en órganos denominados juntas electorales o juntas de escrutinio con presencia variable de autoridades gubernativas, de autoridades judiciales, de miembros de las mesas electorales o de electores.

k) Órganos organizadores de conmemoraciones. En España la costumbre de las grandes conmemoraciones nacionales arranca con la celebración del segundo centenario de la muerte de Calderón de la Barca, en 1881. En aquel caso, la iniciativa para constituir una comisión que preparara la celebración recayó en organismos privados, como la Sociedad de Escritores y Artistas, aunque recibió aprobación oficial (Real

(14) La LOREG no configura a las juntas electorales de Comunidad Autónoma como permanentes, pero remite su regulación a la legislación autonómica. Las leyes electorales autonómicas, que regulan las elecciones para sus asambleas legislativas, sí les suelen otorgar ese carácter; por ejemplo, el art. 9.1 de la Ley 5/1986, de 23 de diciembre, electoral de Castilla-La Mancha: «La Junta Electoral de Castilla-La Mancha es un órgano permanente».

Orden de 9 de diciembre de 1880) y los días 25, 26 y 27 de mayo de 1881 fueron declarados de fiesta nacional (Real Orden de 22 de mayo de 1881). La celebración del cuarto centenario del descubrimiento de América, en 1892, motivó ya la constitución de una comisión oficial con amplias facultades (Real Orden de 28 de febrero de 1888)(15). Desde entonces se ha hecho frecuente la constitución de este tipo de órganos que se disuelven pasados los eventos para cuya organización se crean. Destaquemos que, un siglo después de aquella primera comisión, por Real Decreto 735/1981, de 10 de abril, se constituye una Comisión Nacional para la celebración del V Centenario del Descubrimiento de América, a la que por Real Decreto 486/1985, de 10 de abril, se une un Alto Patronato presidido honoríficamente por el rey. Esta comisión tenía una composición y unas funciones no menos ambiciosas que su antecedente de 1892(16). Se ha convertido en una actividad tan habitual de las Administraciones Públicas que la Generalidad de Cataluña cuenta con una Comisión de Conmemoraciones, adscrita a la Secretaría General del Departamento de la Presidencia, como «órgano colegiado que impulsa y coordina la política conmemorativa del Gobierno» (Decreto 270/2016, de 12 de julio).

I) Comisiones mixtas o juntas de transferencias de servicios del Estado a las comunidades autónomas. Finalizamos esta enumeración ejem-

(15) La comisión estaba presidida por el presidente del Consejo de Ministros; el vicepresidente era Cristóbal Colón y de la Cerda, duque de Veragua y descendiente del descubridor; formaban parte de ella los presidentes y dos representantes más de las reales academias, el almirante de las fuerzas navales españolas y cuatro oficiales más de la Armada, los capitanes generales del Ejército y otros ocho oficiales de sus diferentes clases, el arzobispo de Toledo y otras cuatro dignidades de la Iglesia española, el presidente del Tribunal Supremo y cuatro miembros de la magistratura española, el presidente y dos vocales del Consejo de Ultramar, los presidentes de las Cámaras de Comercio de Madrid, Barcelona y Huelva, el presidente de la Sociedad de Geografía y dos secretarios, el escritor Juan Valera y el historiador Juan Facundo Riaño.

(16) La comisión, tal como queda constituida mediante Real Decreto 1253/1991, de 2 de agosto, contaba con un Pleno y una Comisión Ejecutiva, tenía un presidente, un vicepresidente y un secretario general nombrados por el Gobierno, y como consejeros al presidente, el vicepresidente y otro representante más de la Agencia Española de Cooperación Internacional, el Comisario general de España para la Exposición Universal de Sevilla 1992, cuatro representantes del Congreso de los Diputados y cuatro representantes del Senado, el Presidente de la Junta Episcopal para el V Centenario del Descubrimiento y Evangelización de América, los directores generales de Relaciones Culturales y Política Exterior para Iberoamérica del Ministerio de Asuntos Exteriores, los directores generales de Bellas Artes y Archivos, del Libro y Bibliotecas y del Instituto Nacional de las Artes Escénicas y de la Música del Ministerio de Cultura, un director general de cada uno de los demás ministerios, el director del Instituto de Historia y Cultura Naval, el director del Servicio Histórico Militar, un representante de cada uno de los sindicatos mayoritarios, del Consejo Superior de Cámaras de Comercio y de la Confederación Española de Organizaciones Empresariales, el Consejo Delegado de la Sociedad Estatal para la Ejecución de Programas y Actuaciones Conmemorativas del V Centenario del Descubrimiento de América, y otros diez consejeros nombrados por el ministro de Asuntos Exteriores entre personalidades de reconocidos méritos.

plificativa con un caso singular, el de unos «órganos atípicos de cooperación» (17) que nacen con vocación transitoria y que, por cierta perversión de las instituciones y la demora hasta el infinito en el cumplimiento de las leyes, incluidas las constitucionales, llevan camino de convertirse en órganos dotados de una resistencia mineral. Nacen en el período preconstitucional, cuando se establecen órganos preautonómicos en algunas regiones. Así, el Real Decreto 1/1978, de 4 de enero, sobre el Consejo General del País Vasco, en su art. 3 «crea en la Presidencia del Gobierno una Comisión Mixta de representantes de la Administración del Estado y del Consejo General del País Vasco, que propondrá al Gobierno los acuerdos sobre transferencias al Consejo de la gestión de funciones, actividades y servicios de la competencia de la Administración del Estado». Estos órganos se incorporan a las disposiciones «transitorias» de los Estatutos de Autonomía y se generalizan a todas las comunidades que se crean a partir de la Constitución de 1978. Su carácter inicialmente transitorio resulta claro si atendemos a la literalidad de lo que dispone, por ejemplo, el art. 13 del Real Decreto 2356/1984, de 19 de diciembre, que regula las transferencias de servicios a Navarra, una cláusula de estilo que figura en todas las normas homólogas: «Una vez completo el traspaso de la totalidad de los servicios que constituye la finalidad de la Junta de Transferencias, la misma se disolverá». Cuatro décadas más tarde, visto que el traspaso se ha convertido en una *neverending story*, se trata de unos órganos que siguen en funcionamiento y que gozan de excelente salud.

Contrariamente a lo que podría creerse, en la actualidad las situaciones de emergencia (en materias de protección civil, defensa o sanidad) no suelen provocar la constitución de nuevos órganos que actúen solo cuando se produce alguna de esas situaciones y que se disuelvan una vez superadas. La existencia de una Administración especializada y de una planificación previa pasa porque los órganos que han de intervenir estén ya creados y regulados, si bien en algunos casos pendientes de activación, y que su actuación sea inmediata. Los órganos de carácter transitorio, en este ámbito, son la excepción.

II. Regulación

Los legisladores apenas se han ocupado de la existencia de órganos administrativos transitorios. Cuando se han aprobado regulaciones generales sobre los órganos administrativos se ha partido de la

(17) STS de 13 de diciembre de 2005.

idea de que van a tener carácter permanente, por lo cual buena parte de su contenido resulta inadecuado o inaplicable a los órganos transitorios. Así, la LPA de 1958 dispuso, en su art. 3.2, como requisito previo para la creación de órganos administrativos, un estudio económico del coste de su funcionamiento y del rendimiento o utilidad de sus servicios. Algo que tiene sentido para un órgano permanente, pero ninguno para un tribunal de oposiciones o una mesa de contratación. La LRJAP-PAC de 1992 eliminó la exigencia de ese estudio, pero en su art. 11.2 exigía, para la creación «de cualquier órgano administrativo», la «dotación de los créditos necesarios para su puesta en marcha y funcionamiento», norma que pervive en el art. 5 de la vigente LRJSP. Tampoco tiene sentido aplicarla a todos los órganos transitorios, buena parte de los cuales, por su corta duración y la naturaleza de sus tareas, suelen funcionar sin créditos presupuestarios propios, recibiendo apoyo material de otros órganos, normalmente de los que los han creado y de los cuales dependen. El art. 20.2.e) de la LRJSP, relativo a la constitución de órganos colegiados en la Administración General del Estado, se aparta del art. 5 ya que establece como requisito «la dotación de los créditos necesarios, en su caso, para su funcionamiento», revelando que el legislador es consciente de que no todos los órganos necesitan la dotación de créditos presupuestarios para funcionar. Otras normas generales sobre los órganos administrativos, como las relativas a delegación de competencias, avocación, encomiendas de gestión, delegación de firma o suplencia, tampoco tienen sentido ni aplicación para órganos que se crean específicamente para cumplir con una misión determinada y temporal.

Los órganos transitorios suelen ser, en su inmensa mayoría, órganos colegiados. Las normas que regulan este tipo de órganos en la LRJSP, dada su redacción genérica y flexible, sí les resultan aplicables. Pero apenas podemos encontrar otras normas comunes que sean de aplicación a todos los órganos administrativos transitorios. Estamos obligados a acudir, en cada caso, a sus normas particulares, que hallaremos en la legislación sectorial y que suelen resultar bastante escuetas.

III. Creación

Hay órganos administrativos transitorios que se crean en la misma forma que los permanentes, esto es, a través de una disposición general, más frecuentemente reglamentaria que legal, de carácter organizativo. Para la Administración del Estado, la LRJSP dispone que el número, la denominación y el ámbito de competencia respectivo de los ministerios y las secretarías de Estado se establecen mediante real de-

creto del presidente del Gobierno (art. 57), mientras que las subsecretarías, secretarías generales, secretarías generales técnicas, direcciones y subdirecciones generales y órganos similares por real decreto del Consejo de Ministros; los órganos de nivel inferior por orden del ministro respectivo (art. 59). El rango de la disposición suele depender, en lo que aquí nos ocupa, de la importancia que se quiera conceder al órgano transitorio. Así, por Real Decreto 95/2006, de 3 de febrero, se creó la Comisión para la conmemoración del II Centenario de la Constitución de 1812; por Orden JUS/74/2019, de 28 de enero, la Comisión de Trabajo para la Conmemoración del 130.º Aniversario de la Promulgación del Código Civil. En la legislación autonómica sucede lo mismo. Por ejemplo, la Ley 13/1989, de 14 de diciembre, de organización de la Generalidad de Cataluña, dispone en sus arts. 11 y 25 que la creación de los órganos superiores de cada departamento, de nivel igual o superior al de sección, se realiza por decreto del Gobierno, y la de los restantes corresponde a cada consejero. Por Decreto 4/2012, de 10 de enero, se creó la Comisión para la elaboración de los documentos preparatorios de los anteproyectos de ley de gobiernos locales y de haciendas locales; por Orden IRP/267/2007, de 19 de julio, se crea la Comisión Asesora para la elaboración de la ley sobre la localización y la identificación de las personas desaparecidas durante la Guerra Civil y el régimen franquista.

Para el caso de las subvenciones reguladas por la LGS, la creación de los órganos colegiados que, conforme a su art. 22, han de intervenir en el procedimiento ordinario de concurrencia competitiva, ha de hacerse en las correspondientes bases reguladoras, que tienen carácter reglamentario. Conforme a esas disposiciones, los órganos colegiados o comisiones de evaluación pueden tener carácter permanente, pero lo pueden tener también transitorio, nombrarse para un ejercicio económico o una sola convocatoria. Eso sucede con las entidades locales que, conforme al art. 17, incluyan las bases reguladoras en las bases de ejecución del presupuesto, y en el texto refundido de la Ley de Subvenciones de las Islas Baleares (Decreto Legislativo 2/2005, de 28 de diciembre), cuyo art. 19 dispone que la comisión evaluadora se nombra en la resolución que aprueba cada convocatoria.

Lo más normal es, precisamente, que los órganos transitorios no sean creados por una disposición general sino por una resolución administrativa dictada en aplicación de lo que dispone la ley. A menudo, se trata del acto de iniciación del procedimiento administrativo para cuya tramitación nace el concreto órgano. Así suele suceder con la convocatoria de una oposición, un concurso u otro procedimiento de selección de personal; el art. 11 del RGIP dispone que los tribunales serán nombrados, salvo excepción justificada, en cada convocatoria; igual norma rige para los fun-

cionarios de las entidades locales (18). Se dice habitualmente «nombrar», no «crear», pero es obvio que antes de ese nombramiento no existe ningún órgano, solo una previsión legal, la creación se produce con la designación de los miembros. También es frecuente que se nombre al instructor de los expedientes sancionadores en la resolución que los inicia; así, por ejemplo, el art. 107 de la Ley 3/2012, de 2 de abril, del deporte de Galicia. En otros casos, el acto de nombramiento puede ser posterior al inicio del procedimiento, el art. 11.1.k del Reglamento general de ingreso en los centros docentes de formación del Cuerpo de la Guardia Civil (Real Decreto 597/2002, de 28 de junio) señala que en la convocatoria solo ha de figurar la «autoridad que deberá nombrar el órgano de selección y publicar tanto las listas de admitidos y excluidos a las pruebas como la relación de aspirantes admitidos como alumnos».

También posterior al acto de iniciación del procedimiento puede ser la designación de las mesas de contratación. El art. 326.4 de la LCSP se limita a señalar que «los miembros de la mesa serán nombrados por el órgano de contratación». En otros casos, no coincide el órgano que inicia el procedimiento con el que hace la designación del órgano transitorio. Así, por ejemplo, la formación de las mesas electorales, conforme al art. 26 de la LOREG, es competencia de los ayuntamientos bajo la supervisión de las Juntas Electorales de Zona, y se hace por sorteo público entre los días vigésimo quinto y vigésimo noveno posteriores a la convocatoria, mientras que la convocatoria de elecciones compete siempre al Gobierno de España o a los ejecutivos autonómicos.

En algunos casos el nombramiento de los miembros del órgano transitorio no se realiza por una sola autoridad, sino que concurren varias que garantizan una composición plural, o el nombramiento se hace a propuesta vinculante de varias personas distintas. Así sucede con las juntas electorales, conforme a lo dispuesto en los arts. 10 y siguientes de la LOREG, que tienen miembros de origen judicial, designados por insaculación entre jueces y magistrados por el Consejo General del Poder Judicial o por la Sala del Gobierno del Tribunal Superior de Justicia respectivo, y de origen no judicial, designados por la junta de nivel superior, a propuesta conjunta de las candidaturas presentadas, entre profesores o titulados en Derecho y Ciencias Políticas y Sociología. Estos nombramientos, lógicamente, se realizan en dos momentos distintos, las juntas inician su funcionamiento con los miembros de carácter judicial y posteriormente se incorporan los restantes. También las comisiones locales de concentración parcelaria se componen de miembros de procedencia diversa; el

(18) Art. 4 del Real Decreto 896/1991, de 7 de junio, por el que se establecen las reglas básicas y los programas mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección de los funcionarios de Administración Local.

art. 16 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 1973 disponía que estarán presididas por un juez de Primera Instancia, como vicepresidente el jefe provincial del IRYDA, como vocales un registrador de la propiedad, un notario de la zona, un ingeniero del IRYDA, el alcalde correspondiente, el presidente de la Hermandad Sindical de Labradores y Ganaderos y tres representantes de los agricultores de la zona; como secretario, un letrado del IRYDA. Aunque teóricamente vigentes, estas disposiciones han quedado completamente desfasadas (el IRYDA desapareció en 1995) y sustituidas por las que se contienen en la legislación de las comunidades autónomas, que son quienes hoy ejercen las competencias en materia agrícola. Así, por ejemplo, la Ley 4/1990, de 23 de marzo, de Concentración Parcelaria de Cantabria, art. 2, dispone que las comisiones locales las preside el jefe de la unidad administrativa encargada de los trabajos de concentración, es vicepresidente el alcalde de la localidad y vocales un facultativo superior de la Consejería competente, el presidente de la Cámara Agraria y seis representantes de los agricultores de la zona elegidos por estos; actúa como secretario un técnico letrado de la Consejería.

IV. Funciones

Las funciones de los órganos transitorios pueden ser tan variadas como lo es su tipología, pero con carácter general podemos decir que son funciones técnicas especializadas que, muy frecuentemente, consisten en formular una propuesta a los órganos que tienen la competencia decisoria. Esa propuesta puede surgir a consecuencia de un simple debate entre los miembros del órgano transitorio o como fruto de la tramitación de un procedimiento complejo o de la realización de diversas operaciones materiales. Pocas veces el órgano transitorio tiene capacidad para adoptar por sí mismo la resolución que pone fin al procedimiento; en este sentido podemos citar como ejemplo a las juntas electorales, que realizan el escrutinio general dentro de su ámbito territorial y funcional y que proclaman a los candidatos electos (arts. 103 y siguientes de la LOREG). También a las asociaciones administrativas de la LSRU que, conforme a su art. 10, adoptan acuerdos resolutorios, y no solo propuestas, que son impugnables en alzada ante la Administración urbanística de la que dependen. No obstante, es muy habitual que, aunque el órgano transitorio no tenga capacidad resolutoria, su propuesta resulte vinculante para el órgano que resuelve (19).

(19) *V. gr.*, art. 30.2 del Reglamento General de Ingreso y Promoción en las Fuerzas Armadas y la Guardia Civil (Real Decreto 1951/1995, de 1 de diciembre): «Las resoluciones de los órganos de selección vinculan a la Administración sin perjuicio de que esta, en su caso, pueda revisarlas conforme a lo previsto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común».

Como norma general, los tribunales de selección de personal, tras realizar las oportunas pruebas, únicamente aprueban las calificaciones obtenidas por los aspirantes y las relaciones de aprobados por orden de puntuación, que elevan al órgano competente para el nombramiento (art. 22 del RGI); lo mismo sucede con las mesas de contratación y los jurados de los concursos de proyectos, que tras valorar las ofertas o proyectos elevan su propuesta al órgano de contratación (arts. 150 y 187 de la LCSP), y algo similar hemos de decir de los órganos transitorios que intervienen en procedimientos sancionadores, de concesión de subvenciones, de concentración parcelaria, de deslinde de términos municipales, etc.

En cualquier caso, sean o no configuradas expresamente como vinculantes, la posibilidad de revisión de las propuestas que realizan este tipo de órganos especializados está condicionada por la doctrina de la discrecionalidad técnica que se ha venido elaborando, sobre todo y no sin polémica, en relación con los tribunales de selección de personal⁽²⁰⁾. Se entiende que la función de los tribunales calificadores (y valga lo que diremos para otros órganos con misiones similares) es ofrecer al órgano resolutorio los conocimientos técnicos necesarios para evaluar el mérito y la capacidad de los aspirantes al ingreso en la función pública. Se establece una presunción *iuris tantum* de certeza o razonabilidad de la actuación de esos órganos técnicos basada en su especialización e imparcialidad. La discrecionalidad de que están dotados condiciona —que no impide, y la jurisprudencia ha ido afinando el concepto para evitar crear zonas excluidas de posterior revisión⁽²¹⁾— las posibilidades de control de su actividad evaluadora, que se ciñe a la comprobación del cumplimiento de los elementos reglados o «aledaños» del núcleo de la decisión técnica y a la ausencia de desviación de poder, arbitrariedad (incluyendo la ausencia de motivación) o error manifiesto en el ejercicio de sus funciones, casos en que, mediando prueba suficiente, puede quedar desvirtuada aquella presunción. Fuera de tales supuestos, no cabe sustituir el juicio técnico del tribunal calificador por el de otras personas u órganos administrativo o judiciales.

V. Composición

En la configuración de la mayoría de los órganos transitorios, que suelen ser colegiados, se pretende que sus miembros ostenten una

(20) Véanse FERNÁNDEZ (2015) o GIL FRANCO (2016).

(21) STS de 18 de julio de 2012, recurso 870/2011: «Sobre los límites de la discrecionalidad técnica hay ya una consolidada jurisprudencia de este Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, caracterizada por el permanente esfuerzo de ampliar al máximo y perfeccionar el control jurisdiccional previsto constitucionalmente frente a toda actuación administrativa (artículo 106.1 CE)».

adecuada cualificación técnica para la misión que han de cumplir y, al tiempo, que estén en condiciones de hacerlo con la mayor objetividad e imparcialidad (aunque esta, en realidad, constituye una exigencia redundante ya que es predicable de todos los órganos administrativos y de todos los funcionarios públicos). Así se desprende, por ejemplo, del art. 60 del EBEP, que exige a los órganos de selección una composición ajustada «a los principios de imparcialidad y profesionalidad» (no pueden formar parte el personal de elección o de designación política, los funcionarios interinos ni el personal eventual). El art. 11 del RGI precisa que los tribunales han de estar constituidos por funcionarios de carrera, con arreglo al principio de especialidad, y que deben poseer un nivel de titulación igual o superior al exigido a los aspirantes al ingreso. El art. 326 de la LCSP refuerza las garantías sobre la composición de las mesas de contratación; como norma general, el secretario debe ser funcionario y entre los vocales deben figurar un funcionario con tareas de asesoramiento jurídico del órgano de contratación y un interventor; no pueden formar parte de las mesas ni emitir informes de valoración los cargos políticos ni el personal eventual, ni funcionarios interinos salvo que no existan funcionarios de carrera suficientemente cualificados, ni el personal que haya participado en la redacción de la documentación técnica del contrato. El art. 187 de la LCSP dispone, para los jurados de concursos de proyectos, que deben estar compuestos por personas físicas independientes de los participantes y que si se exige a estos una cualificación profesional específica, al menos dos tercios de los miembros del jurado deberán poseer dicha cualificación u otra equivalente.

En materia de régimen disciplinario, a la hora de nombrar al instructor (uno de los escasos órganos transitorios unipersonales que conocemos), se suele compatibilizar el principio de cualificación técnica con el principio del juicio por los pares. Por ejemplo, el art. 30 del ya citado Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado (Real Decreto 33/1986, de 10 de enero) dispone que el instructor debe ser un funcionario público perteneciente a un cuerpo o escala de igual o superior grupo al del inculpado, y que si se nombra secretario ha de ser funcionario; el art. 20 de la Ley Orgánica 4/2010, de 20 de mayo, del Régimen Disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía, exige que en la resolución de incoación se nombre como instructor a un funcionario del CNP de igual o superior categoría a la del expedientado, y secretario, que puede ser cualquier funcionario del Ministerio

En ocasiones, además de la cualificación técnica en algunos de los miembros, se busca en otros la representación de intereses sectoriales o particulares. Así sucede en el ya mencionado caso de las comisiones locales de concentración parcelaria y la presencia de representantes de los agricultores de la zona afectada. También se da en las asociaciones admi-

nistrativas de carácter urbanístico; así, el art. 163 del RGU dispone que la Junta de Compensación se integra por los propietarios de terrenos que hayan aceptado el sistema, por las entidades públicas titulares de bienes incluidos en el polígono o unidad de actuación y, en su caso, por las empresas urbanizadoras que se incorporen y los propietarios de suelo destinado a sistemas generales cuando hayan de hacerse efectivos sus derechos en el polígono objeto de actuación por este sistema, si así lo solicitan. El art. 162 dispone que en el órgano rector de la Junta de compensación debe haber un representante de la Administración actuante, mientras que en las asociaciones de propietarios del sistema de cooperación no se impone su presencia. Disposiciones similares se han incorporado posteriormente a la legislación autonómica. Obviamente, de los miembros que representan intereses particulares o sectoriales no se espera ni imparcialidad ni objetividad.

La representación de diversas Administraciones Públicas afectadas, y a menudo también de instituciones privadas, es muy frecuente en los órganos organizadores de conmemoraciones. Por ejemplo, el Real Decreto 100/2002, de 25 de enero, por el que se creaba la Comisión Nacional para la Conmemoración del Centenario del Nacimiento de Rafael Alberti, incluía en dicho órgano a altos cargos de la Administración del Estado, a representantes de las comunidades autónomas de Andalucía y Madrid, de reales academias, de la Diputación de Cádiz, a los alcaldes de El Puerto de Santa María, Cádiz, Madrid y Roma, al rector de la Universidad Complutense de Madrid, a los presidentes de las fundaciones «El Monte», «Rafael Alberti», «García Lorca» y «Tàpies», de Unicaja y de la SGAE, y a los embajadores de Italia y Argentina en España, además de hasta diez personalidades de reconocido prestigio en el mundo de la cultura. Por su parte, el Real Decreto 816/2013, de 18 de octubre, por el que se creaba la Comisión Nacional para la conmemoración del V Centenario del Nacimiento de Santa Teresa de Jesús, integraba a diversos altos cargos de la Administración del Estado y de Castilla y León, Murcia, Castilla-La Mancha, Andalucía y la Comunidad Valenciana, a los alcaldes de Ávila y Alba de Tormes, a representantes de la Biblioteca Nacional de España, el Museo Nacional del Prado, la Real Academia Española y el Instituto Cervantes, a los obispos de Ávila y de Salamanca, al prepósito general de la Orden de los Carmelitas Descalzos, a representantes del Centro Internacional Teresiano Sanjuanista de Ávila, de la Casa de Alba y de la Fundación V Centenario Santa Teresa de Jesús, más hasta cinco vocales de otras instituciones, empresas o particulares que apoyaran sus actividades y hasta cuatro vocales entre personalidades de reconocido prestigio en el mundo de la cultura.

La composición de las mesas electorales persigue, fundamentalmente, asegurar la imparcialidad política de sus miembros. Ello se consi-

que mediante un sistema de designación puramente aleatorio. Conforme al art. 26 de la LOREG, los miembros de cada mesa son escogidos por los ayuntamientos mediante sorteo público. La única modulación que se introduce, para asegurar una mínima capacidad, es que el sorteo se realiza entre las personas incluidas en la lista de electores «que sepan leer y escribir y sean menores de setenta años», aunque los mayores de sesenta y cinco años pueden renunciar. Se añade, como garantía de cierta competencia técnica, que el presidente debe tener el título de Bachiller o FP de Segundo Grado o, subsidiariamente, el de Graduado Escolar. La imparcialidad política, además de la cualificación técnica, también es la finalidad principal de la composición de las juntas electorales; como ya se ha mencionado, se asegura mediante vocales sorteados entre jueces y magistrados, con el añadido de los juristas o politólogos propuestos por acuerdo de las candidaturas presentadas.

Esta amplia variedad en la composición de los órganos administrativos transitorios conlleva que el régimen aplicable a sus miembros resulte también muy diverso. En unos casos, los componentes de un órgano se designan en función del cargo o puesto de trabajo que desempeñan, por lo cual su cese en el mismo provoca la sustitución en el órgano transitorio; en otros casos, la designación es individual, atendiendo a las cualidades personales, por lo cual su cese o sustitución, antes de la extinción del órgano, también deberá ser nominativa y específica. En muchos casos la participación en el órgano no es retribuida, ya que se considera que forma parte de las funciones del cargo o puesto de trabajo que se desempeña, o que se produce en propio interés, pero en otros sí se prevé una retribución específica, muy usualmente en forma de dietas por asistencia a las sesiones del órgano. Así, por ejemplo, el Real Decreto 462/2002, de 24 de mayo, sobre indemnizaciones por razón del servicio, aplicable a los funcionarios de la Administración del Estado, Administración Local y del Poder Judicial, regula en su art. 27 el abono de «asistencias», entre otros casos, por la concurrencia a las reuniones de órganos colegiados de la Administración «cualquiera que sea la naturaleza y funciones de dichos órganos» (se suelen considerar incluidas las mesas de contratación) y consejos de administración de empresas públicas, y específicamente por la participación en «tribunales de oposiciones y concursos encargados de la selección de personal o de pruebas cuya superación sea necesaria para el ejercicio de profesiones o para la realización de actividades», siempre que dichos procesos de selección conlleven la realización de ejercicios escritos u orales, abono que se extiende también a los colaboradores técnicos, administrativos y de servicios de esos tribunales. El art. 75.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, dispone que los miembros de las entidades locales que no tengan dedicación exclusiva ni parcial percibirán asistencias por la concurrencia efec-

tiva a las sesiones de los órganos colegiados de que formen parte; esta previsión se suele aplicar también a órganos transitorios como tribunales de selección de personal, mesas de contratación, comisiones de delimitación, etc. La Orden INT/282/2019, de 7 de marzo, regula las dietas de los miembros de las mesas electorales, dando cumplimiento al mandato del art. 28 de la LOREG, y establece un importe fijo de 65 euros por toda la jornada electoral. El art. 22 de la LOREG también dispone que se fijarán «dietas y gratificaciones» para los miembros de las juntas electorales y personal a su servicio. Las de la Junta Electoral Central las fijan las Cortes Generales (22); el art. 6 del Real Decreto 605/1999, de 16 de abril, las regula para las juntas electorales provinciales y de zona, mientras que para las de ámbito autonómico se regulan por el respectivo ejecutivo regional.

VI. Funcionamiento

En su funcionamiento es donde menos se diferencia el régimen de los órganos transitorios del de los demás órganos administrativos. Dado que la mayoría son órganos colegiados, se les aplican las normas de la sección 3.^a, capítulo II, del título preliminar de la LRJSP, sin necesidad de adecuación alguna. En cuanto al procedimiento, también les es de aplicación la LPAC con las salvedades y modulaciones que deriven de la legislación sectorial aplicable en cada caso, en lo que tampoco hay diferencia alguna con los órganos permanentes.

El art. 121 de la LPAC, al regular el recurso de alzada, se refiere específicamente a «los Tribunales y órganos de selección del personal al servicio de las Administraciones Públicas y cualesquiera otros que, en el seno de éstas, actúen con autonomía funcional», que se consideran dependientes del órgano al que estén adscritos o, en su defecto, del que haya nombrado a su presidente, y que será, por tanto, el órgano competente para resolver los recursos interpuestos contra sus actos. Esta disposición es aplicable a la mayoría de los órganos administrativos transitorios que estamos considerando, aunque no a todos, porque en algunos casos su propia regulación dispone otra cosa. Así sucede con las mesas y las juntas electorales, las cuales se rigen por el sistema específico de recursos contenido en la LOREG, que se aparta notablemente de la LPAC.

(22) Se fijan de forma poco transparente mediante acuerdo de las mesas de ambas cámaras en reunión conjunta, como se dispone en las Normas sobre Organización de la Secretaría y medios materiales de la Junta Electoral Central, aprobadas por las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado en su reunión conjunta del día 18 de julio de 1991 (Boletín Oficial de las Cortes Generales, sección Cortes Generales, Serie B, 29 de julio de 1991, núm. 12).

VII. Extinción

Apenas existen normas generales sobre la extinción de los órganos administrativos. No solo de los transitorios, tampoco de los permanentes. Las leyes regulan el modo y requisitos de creación de los órganos de las Administraciones Públicas(23), pero no se suelen preocupar mucho de hacer lo mismo sobre su extinción, a diferencia de lo que sucede con la de las entidades que forman el sector público institucional, que sí tienen normas específicas (así, los arts. 96, 97, 114, 127, 136 o 137 de la LRJSP). Hay algunas excepciones a tal fenómeno, como la de los órganos colegiados de la Administración estatal. El art. 22.4 de la LRJSP dispone al respecto lo siguiente: «La modificación y supresión de los órganos colegiados y de los grupos o comisiones de trabajo de la Administración General del Estado y de los Organismos públicos se llevará a cabo en la misma forma dispuesta para su creación, salvo que ésta hubiera fijado plazo previsto para su extinción, en cuyo caso ésta se producirá automáticamente en la fecha señalada al efecto». En la legislación autonómica se siguen parecidas pautas que en la estatal. Es habitual que, al atribuir a determinadas autoridades la competencia para la creación de órganos, también se les atribuye facultades para su modificación y supresión, aunque pocas veces la regulación vaya más lejos.

Pese al silencio del legislador sobre cómo se extinguen la mayoría de los demás órganos de la Administración, los no colegiados, en general, y los colegiados que no pertenezcan a la Administración General del Estado, parece razonable deducir que todos se extinguen en la misma forma: a) bien por una decisión expresa de quien lo ha creado, pero en dirección contraria, b) bien por una decisión en tal sentido implícita en la derogación expresa o tácita de la norma legal o reglamentaria de creación, o c) bien por cumplimiento del plazo señalado por el órgano competente para tal extinción.

Hay algunos casos particulares en los cuales sí está prevista la extinción de ciertos órganos; la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, en su art. 12 dispone que la separación de los ministros sin cartera lleva aparejada la extinción de dichos órganos, e igualmente la de los vicepresidentes salvo si, simultáneamente, se designa otro en su sustitución. Pero, en todo caso, cuando existen disposiciones al respecto suelen resultar bastante parcas, no se ocupan ni de los requisitos para

(23) Así, por ejemplo, en el art. 5.3 de la LRJSP se prevé que la creación de cualquier órgano administrativo exigirá, como mínimo, la determinación de su forma de integración en la Administración Pública de que se trate y su dependencia jerárquica, la delimitación de sus funciones y competencias y la dotación de los créditos necesarios para su puesta en marcha y funcionamiento.

suprimir ni de los efectos que tiene la extinción de un órgano administrativo, además del obvio de que deja de existir. Es decir, no disponen qué sucede con sus funciones, con sus recursos personales, materiales y presupuestarios, quién se hace cargo de sus archivos, etc., algo que sí se suele hacer con los organismos públicos personificados(24). El art. 5.4 de la LRJSP dispone que «la creación de un nuevo órgano sólo tendrá lugar previa comprobación de que no existe otro en la misma Administración Pública que desarrolle igual función sobre el mismo territorio y población»; en cambio, no existe un precepto análogo en cuanto a que la supresión de un órgano exija comprobar que no queden necesidades públicas sin atender o derechos subjetivos no satisfechos por ningún otro órgano o Administración.

El ya mencionado establecimiento de un plazo para la extinción es característico de los órganos transitorios que aquí estamos analizando. En la práctica, se hace en muy contadas ocasiones, la mayor parte de los órganos transitorios se crean sin que se señale de forma expresa ningún plazo. Entre las excepciones que fijan una fecha determinada podemos citar el Real Decreto 284/2004, de 20 de febrero, del Comisario para la conmemoración del V Centenario del nacimiento de San Francisco Javier (también uno de los pocos ejemplos de órgano transitorio unipersonal), cuyo art. 5 establecía que cesaría en sus funciones «el 31 de diciembre de 2007, una vez cumplidos los objetivos que determinan sus atribuciones». Son más habituales cláusulas más ambiguas, como la del Real Decreto 95/2006, de 3 de febrero, por el que se crea la Comisión para la conmemoración del II Centenario de la Constitución de 1812, cuyo art. 14 disponía que se extinguiría «una vez cumplidos los objetivos y celebrados los actos que determinan su creación, y en todo caso antes de finalizar el primer trimestre el año 2013». Por seguir con órganos conmemorativos, a veces no se señala plazo alguno y se dicta una disposición expresa para suprimirlo, como en el Real Decreto 1629/1992, de 29 de diciembre, por el que se extingue la Comisión Nacional para la Conmemoración del Quinto Centenario del Descubrimiento de América.

En algunos casos, si bien no se señala un momento preciso, sí se prevé cómo ha de producirse la extinción del órgano transitorio. Así, en el art. 30.1 del RGU: «La disolución de las Entidades urbanísticas colabo-

(24) Por ejemplo, el art. 42 de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de organización y régimen jurídico de la Administración Pública de la Región de Murcia dispone que la extinción de los organismos autónomos y entidades públicas empresariales se produce por ley o decreto, por el transcurso del tiempo señalado en la ley de creación, porque la totalidad de sus fines y objetivos se asuma por los servicios de la Administración o hayan sido totalmente cumplidos; la norma de extinción debe establecer las medidas aplicables al personal del organismo afectado, determinar la integración en el patrimonio de la Comunidad Autónoma de los bienes y derechos sobrantes de la liquidación y el ingreso en el Tesoro regional el remanente líquido resultante.

radoras se producirá por el cumplimiento de los fines para los que fueron creadas y requerirá, en todo caso, acuerdo de la Administración urbanística actuante». El art. 166 del mismo reglamento precisa que la disolución y liquidación de las juntas de compensación deben estar previstas como contenido esencial de sus propios estatutos. La normativa autonómica contiene disposiciones similares y, en algunos casos, más precisas; así, el Reglamento de Entidades Urbanísticas Colaboradoras de Aragón (Decreto 210/2018, de 3 de diciembre), además de la norma general de que la disolución se produce por el cumplimiento de los fines para los que fueron creadas y mediante acto aprobatorio de la Administración urbanística actuante, establece que la cuenta de liquidación definitiva que sigue a la reparcelación y, en su caso, a la ejecución de las obras de urbanización, ha de ser acompañada del acuerdo de disolución. También se prevé la disolución anticipada si se produce un cambio del sistema de actuación o como consecuencia de una sentencia judicial que afecte al planeamiento o a la gestión urbanística del ámbito afectado.

En la mayoría de los casos, sin embargo, además de no señalarse plazo tampoco existe un acto expreso de extinción de los órganos transitorios. Se deduce de su normativa que quedan extinguidos cuando han agotado la misión para la que fueron creados. En algunos casos resulta fácil determinar el momento en que se produce la extinción. Las mesas electorales se constituyen, conforme al art. 83 de la LOREG, a las ocho treinta horas del día de la votación y se disuelven ordinariamente esa misma noche, según se deduce del art. 101, una vez que, tras el escrutinio, han preparado y entregado la documentación electoral al juzgado correspondiente, con destino a la junta electoral competente, y al servicio de Correos. No obstante, de forma excepcional la designación de las mesas electorales se puede mantener en caso de repetición de la convocatoria. Se produce habitualmente cuando se convocan elecciones locales parciales, con arreglo al art. 181 de la LOREG, en el plazo de tres meses tras la celebración de elecciones locales para municipios en los que no se hayan presentado candidaturas. También puede tener lugar una repetición electoral cuando, por sentencia firme o por acuerdo de junta electoral, se haya declarado la nulidad total o parcial de las elecciones celebradas. La LOREG no dice nada al respecto, pero es el criterio que viene aplicando la Junta Electoral Central (25). Lo mismo sucede con el mandato de las juntas electorales no permanentes, que de ordinario quedan disueltas tras la proclamación de electos conforme al art. 108 de la LOREG, como máximo doce días después de la votación, y cuya actuación también se prorroga en el caso de la repetición electoral prevista

(25) Por ejemplo, en Instrucción 10/2019, de 25 de septiembre, de la Junta Electoral Central (BOE 232, de 26 de septiembre de 2019).

en el art. 99.5 de la Constitución, cuando haya resultado fallida la investidura del presidente del Gobierno, o por coincidencia de otros procesos electorales en épocas próximas (26). Otro ejemplo de fecha determinada de extinción del órgano transitorio es el del art. 133.5 de la Ley 6/2015, de 24 de marzo, Agraria de Extremadura, que dispone que «las comisiones locales de concentración parcelaria se extinguirán tras la aprobación del Acuerdo de la concentración parcelaria», y aún más preciso resulta el art. 6.2 de la Ley 14/1990, de 28 de noviembre, de Concentración Parcelaria de Castilla y León: «Firmes las Bases de la concentración, quedará disuelta la Comisión Local que las hubiere propuesto».

Pero en muchos otros casos, no resulta tan fácil identificar el momento exacto en que los órganos transitorios finalizan su misión y quedan extinguidos. Sucede en la mayoría de los casos en que el órgano se crea para la tramitación de un procedimiento administrativo; las leyes guardan silencio sobre cuándo se puede considerar cumplida su misión y no es usual que se dicte ningún acto declarándolo. Así sucede con los tribunales de selección de personal, las mesas de contratación, los jurados de concursos de proyectos o de concesión de premios, los instructores de expedientes sancionadores, las comisiones de valoración de subvenciones o las comisiones de deslinde. En la normativa sectorial que rige estos órganos es posible identificar el acto final de su intervención en el procedimiento, normalmente la aprobación de la propuesta que han de formular, sea una lista de aspirantes que han superado la oposición, la valoración de las ofertas o solicitudes presentadas, una adjudicación o concesión, o la sanción a imponer. Pero parece razonable suponer que con dicho acto no se produce una extinción automática del órgano, que ha de esperar hasta que haya finalizado el procedimiento administrativo en cuestión mediante una resolución firme o, en su caso, una sentencia firme. Mientras eso no suceda, siempre existe la posibilidad de que el procedimiento, en todo o en parte, sea anulado y sea necesaria su retroacción a un estadio anterior que obligue al órgano transitorio a actuar de nuevo. Salvo que se haya anulado la convocatoria, el acto que inicia el procedimiento u otro acto donde se contenga el nombramiento de los miembros del órgano transitorio, el principio de conservación de actos y trámites (art. 51 de la LPAC) implica que la constitución del órgano y el mandato que ha recibido sigan vigentes. Incluso sin que se produzca una declaración de invalidez, el órgano competente para resolver el procedimiento o, en su caso, el juzgado o tribunal que se ocupe de una impugnación contencioso-administrativa, pueden requerir del órgano transitorio que aclare su resolución, que emita un informe o que subsane un error.

(26) Instrucción 9/2019, de 25 de septiembre, de la Junta Electoral Central (BOE 232, de 26 de septiembre de 2019).

También puede darse el caso de que un acto administrativo que ha devenido firme sea sometido a revisión de oficio, según lo dispuesto en los arts. 106 y 107 de la LPAC, o a un recurso extraordinario de revisión, conforme al art. 125 de la misma ley. Si a consecuencia de uno de esos medios de revisión se declara la necesidad de retrotraer un procedimiento administrativo en el que intervino un órgano transitorio, resulta más problemático determinar si ese órgano sigue existiendo o si ya quedó extinguido con la firmeza del acto que puso fin al procedimiento. El principio de conservación de actos y trámites nos llevaría a suponer que en estos casos también sigue vigente su mandato, pero el principio de seguridad jurídica impone que no podamos considerar que todo órgano transitorio del cual no se ha decretado expresamente su extinción siga existiendo eternamente por si se produce la eventualidad de una revisión del procedimiento en el que participó. Parece más razonable suponer que el órgano transitorio quedó extinguido con la firmeza del acto que puso fin al procedimiento, que sus miembros ya están liberados de sus obligaciones como tales, y que el órgano competente, a la hora de resolver sobre la forma de proceder a la retroacción y vistas las circunstancias de cada caso, sobre todo el tiempo transcurrido, designe de nuevo un órgano transitorio, con los mismos u otros miembros, para que continúe con la tramitación que proceda.

¿Puede ser el órgano transitorio el que inicie un procedimiento de revisión de oficio de sus propios actos? No hay impedimento teórico a ello, teniendo en cuenta que el legislador no lo ha previsto, pero tampoco lo ha prohibido. No obstante, es un hecho muy improbable. Exige que el órgano transitorio dicte actos que pongan fin a la vía administrativa y no solo actos de trámite, que es lo más habitual (las juntas electorales son de los escasos ejemplos de órganos transitorios que sí dictan actos resolutorios y pueden revisarlos de oficio (27)). Y también exige que el órgano transitorio todavía no se haya extinguido a la finalización del procedimiento administrativo para el que fue nombrado, que también es lo más frecuente.

VIII. Bibliografía

- BAENA DEL ALCÁZAR, M. (1984), *Organización administrativa*, Madrid, Tecnos.
- BERNARDO DELGADO, P. *et al.* (2017), *Los órganos administrativos: creación y funcionamiento*, Oviedo, Instituto Asturiano de Administración Pública Adolfo Posada.

(27) Véase STS 630/2018, de 18 de abril, recurso de casación 5012/2016.

- ENTRENA CUESTA, R. (1998), *Curso de derecho administrativo. Organización administrativa*, t. I/2, 12.ª ed., Madrid, Tecnos.
- FERNÁNDEZ, T.-R. (2015), «La discrecionalidad técnica: un viejo fantasma que se desvanece», en *Revista de Administración Pública*, 196, págs. 211-227.
- GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A. (1971), *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, vol. I, 2.ª ed., Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado.
- GIL FRANCO, A. J. (2016), «A propósito de la STS de 16 de diciembre de 2014, análisis jurisprudencial de la discrecionalidad técnica: ¿acaso estamos ante una nueva fase en la evolución del control jurisdiccional de la discrecionalidad técnica?», en *Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Alcalá)*, 8, págs. 189-224.
- GONZÁLEZ NAVARRO, F. (1991), *Derecho administrativo español*, t. 2, 2.ª ed., Pamplona, EUNSA.
- IZU BELLOSO, M. J. (2009), «El régimen jurídico de los premios concedidos por las Administraciones Públicas», en *Revista Jurídica de Navarra*, 47, págs. 125-180.
- MORELL OCAÑA, L. (1999), *Curso de derecho administrativo. Tomo I, El derecho administrativo y sus fuentes, La organización administrativa y sus medios*, 4.ª ed., Pamplona, Aranzadi.
- PARADA VÁZQUEZ, J. R. (2017), *Derecho administrativo. I. Introducción, organización administrativa, empleo público*, 26.ª ed., Madrid, Ediciones Académicas.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (1984), «La teoría del órgano en el Derecho Administrativo», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 40, págs. 43-86.

Bibliografía

LÓPEZ CASTILLO, A. (Director): *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Diez años de jurisprudencia*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

I. La publicación de *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Diez años de jurisprudencia*, es un nuevo hito en el proyecto editorial iniciado hace tres años por el profesor Antonio López Castillo para ofrecer a los estudiosos del Derecho europeo un conjunto de materiales de la máxima utilidad para comprender y manejar el ingente corpus iuris europeo en el que se desenvuelven los ordenamientos nacionales.

En 2017 vieron la luz (también bajo el sello editorial de Tirant lo Blanch) los tres volúmenes del *Manual de Instituciones y Derecho de la Unión Europea* (segunda edición, 2018) en el que se examina con rigor y detalle el conjunto de temas y problemas que vertebran el Derecho de la Unión Europea. La obra que hoy comentamos viene a complementar el análisis de la parte dogmática del Derecho constitucional de la Unión. Para llevar a cabo esta ambiciosa empresa, el profesor López Castillo ha contado con la imprescindible colaboración de seis colegas de diferentes universidades españolas: Miguel Azpitarte Sánchez (Granada), Abraham Barrero Ortega (Sevilla), Leire Escajedo San Epifanio (UPV-EHU), Mariano García Pechuán (Valencia), María Luz Martínez Alarcón y Agata María Sanz Hermida (UCLM).

II. La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea es un hito fundamental en la historia de la integración europea. Diez años después de la aprobación del Tratado de Lisboa (que atribuyó a aquella el mismo valor jurídico que los Tratados fundacionales) la elaboración de una obra que sistematizara la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la misma, era una necesidad objetiva para todos los estudiosos del Derecho europeo. La obra que comentamos cumple esa función.

El respeto a los derechos fundamentales constituye una de las señas de identidad del proyecto de integración europea. La Unión Europea ha sido definida como una Comunidad de Derecho en la que todos sus miembros comparten unos mismos valores. Ello implica que sólo pueden ingresar en la Unión aquellos Estados que asumen un concreto orden material de valores: «respeto a la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto a los derechos humanos». El proceso de integración europea ha prestado por ello siempre una muy especial atención a los derechos fundamentales, tanto en su vertiente ad intra, exigiendo a sus Estados miembros el respeto a aquellos, como ad extra, condicionando su actuación exterior. Sin embargo, tardó mucho en ver la luz un texto que recogiera una tabla de Derechos Fundamentales y fue mérito del Tratado de Lisboa el haber otorgado pleno valor jurídico (similar al de los Tratados) a la Carta de Derechos Fundamentales.

Ante la ausencia de un catálogo o tabla de Derechos Fundamentales a nivel comunitario europeo, fue el Tribunal de Justicia el que elaboró una importante jurisprudencia sobre esta cuestión, concluyendo ya en 1969 que la protección de los derechos fundamentales constituía un principio básico del derecho comunitario europeo. Principio que fue incluido expresamente en el Tratado de Maastricht de 1992. En este contexto, en junio de 1999 el Consejo Europeo de Colonia consideró que era necesario dotar a la Unión de una Carta de derechos fundamentales, que podía consistir en una recopilación de los derechos contenidos tanto en el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, así como los que se derivaban del conjunto de las Constituciones de los Estados miembros, los derechos de los que gozaban los ciudadanos de la Unión, los contenidos en la Carta Social y en la Carta comunitaria de derechos sociales y fundamentales de los trabajadores, y los establecidos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y de la Corte de Estrasburgo. De lo que se trataba era de recoger la esencia misma del acervo europeo común en materia de derechos fundamentales(1). El Consejo Europeo de Colonia encargó el proyecto a un órgano nuevo, de naturaleza mixta, puesto que su composición presentaba una dimensión política y otra técnica, que se constituyó como Convención. La Convención tras nueve me-

ses de trabajo redactó un proyecto de Carta que fue aprobado por el Consejo Europeo de Biarritz en octubre de 2000. Ahora bien, dada la oposición al texto manifestada por varios Estados miembros y singularmente por el Reino Unido, la Carta sólo fue proclamada y se le privó de valor jurídico expreso. Hubo que esperar a 2009 —Tratado de Lisboa— para que se alcanzara una solución de compromiso que consistió en establecer la obligatoriedad de la Carta, aunque la misma no formara parte del Tratado. Así el artículo 6 TUE establece: «1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de 7 de diciembre de 2000, tal y como fue adoptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados». El apartado primero del artículo 6 TUE al otorgar a la Carta el mismo valor jurídico que los Tratados, la convierte en parte integrante del Derecho originario de la Unión, esto es, como sostienen algunos autores, en una suerte de Tercer Tratado.

Desde el punto de vista de su contenido, debemos subrayar las importantes novedades materiales de la Carta. La doctrina ha destacado el avance que la Carta representa respecto a otros instrumentos similares consistente en la equiparación de derechos de primera, segunda y tercera generación, superando así la tradicional priorización de los derechos civiles y políticos sobre los derechos económicos, sociales y culturales, y los nuevos derechos.

(1) LÓPEZ CASTILLO, A.: *La Constitución de Europa a debate*, Institut de Dret Públic, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, págs. 121-167.

En definitiva, la atribución de pleno valor jurídico a la Carta de Derechos Fundamentales convierte a ésta en uno de los elementos esenciales de integración política de los ciudadanos de Europa, como ciudadanos iguales en derechos de una misma comunidad política. Desde esta óptica, la Carta es un texto capaz de generar un sentimiento de pertenencia colectiva. Por otro lado, desde un punto de vista jurídico, la Carta se configura como fundamento de la legitimidad de la Unión y de su derecho. En virtud de esta segunda función que históricamente han desempeñado podemos decir que son también un elemento esencial del proceso de integración jurídica. Finalmente, los Derechos Fundamentales son un instrumento que ha permitido la expansión del Derecho comunitario y una herramienta que ha fortalecido la autoridad y garantizado la posición suprema del Tribunal de Justicia de la Unión.

Esta doble condición de la Carta —instrumento de integración y fundamento de legitimidad— es la que determina la importancia y el valor de una obra como la que ha dirigido el profesor López Castillo: un completo y ambicioso estudio jurisprudencial sistemático de este importante texto constitucional de la Unión Europea.

III. A lo largo de sus más de 1700 páginas, los distintos autores de la obra examinan todos y cada uno de los artículos de la Carta con arreglo a un esquema que ofrece al lector una visión completa del precepto. Los cincuenta y tres artículos

de la carta se diseccionan con precisión quirúrgica, dando cuenta tanto de su origen como de su desarrollo normativo y jurisprudencial. Así, el estudio de cada artículo viene precedido de las exposiciones del *présidium*. El examen de cada uno de los preceptos consta siempre de tres apartados: en el primero se enuncian las concordancias normativas, del Derecho Internacional, del Consejo de Europa, del Derecho de la Unión Europea, y las referencias jurisprudenciales. Se trata de un compendio imprescindible para comprender el contexto normativo y jurisprudencial de cada precepto; en el segundo apartado —núcleo esencial de cada capítulo— se lleva a cabo el análisis jurisprudencial del artículo correspondiente. Las diferentes resoluciones judiciales dictadas durante la última década se sintetizan y sistematizan en función de los diversos problemas y controversias planteados en la interpretación y aplicación de los diferentes apartados de cada artículo de la Carta; Finalmente, el tercer y último apartado contiene las referencias bibliográficas relativas a dichos problemas. En todos los casos, se trata de una bibliografía amplia que incluye las principales publicaciones en las lenguas europeas más importantes, y al mismo tiempo podemos decir que se trata de una bibliografía seleccionada.

Hay que insistir en la importancia del segundo apartado de cada capítulo: el estudio jurisprudencial. Los Derechos Fundamentales en la Unión Europea han sido —históricamente— una creación judicial. La

construcción de los Derechos Fundamentales ha sido una de las más formidables aportaciones de la jurisprudencia comunitaria, así como una de las principales vías de comunicación con los tribunales nacionales, y en particular, con los tribunales constitucionales. La aprobación de la Carta ha supuesto un hito en este proceso, pero en modo alguno ha disminuido la relevancia de la aportación jurisprudencial. Al contrario, la Carta ha permitido a lo largo de los últimos diez años que el Tribunal lleve a cabo una labor de interpretación que refuerza su protagonismo y su primacía en el escenario jurídico europeo. Esta obra da cuenta de ello.

La obra sigue la estructura y sistemática de la Carta que consta de seis capítulos que contienen derechos más un séptimo con disposiciones generales relativas al alcance de la misma. Según su artículo 51, la Carta sólo es de aplicación «a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión». Todas las personas residentes en la Unión son titulares de los derechos contenidos en la Carta, con la única excepción de los previstos en el Título V (ciudadanía) que únicamente se reconocen a los ciudadanos comunitarios. Los seis capítulos de contenido material recogen derechos fundados en la dignidad, libertad, igualdad, solidaridad, ciudadanía y justicia. Esta misma clasificación consistente en agrupar los derechos en torno a un

valor que les confiere una unidad de sentido es de por sí innovadora. Así en el Título I referido a la «Dignidad» se incluyen la inviolabilidad de la dignidad de la persona, el derecho a la vida, el derecho a la integridad de la persona, la prohibición de la tortura y de las penas y tratos inhumanos o degradantes, y la prohibición de la esclavitud y el trabajo forzado. En el Título II que lleva por rúbrica «Libertad» se regulan los derechos a la libertad y a la seguridad, el respeto a la vida privada y familiar, la protección de datos de carácter personal, el derecho a contraer matrimonio y a formar una familia, la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, la libertad de expresión y de información, la libertad de reunión y de asociación, la libertad de las artes y las ciencias, el derecho a la educación, la libertad profesional y el derecho a trabajar, la libertad de empresa, el derecho de propiedad, el derecho de asilo, y la protección en caso de devolución, expulsión y extradición. Por su parte el Título III referido a la «Igualdad» recoge la igualdad ante la ley, el principio de no discriminación, la diversidad cultural, religiosa y lingüística, la igualdad entre mujeres y hombres, los derechos del niño, los derechos de las personas mayores y la integración de las personas discapacitadas. El Título IV está dedicado a los derechos fundados en la «solidaridad» y así recoge los siguientes: el derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa, el derecho a la negociación y acción colectiva, el derecho de acceso a los servicios de colocación, la protección en caso

de despido injustificado, las condiciones de trabajo justas y equitativas, la prohibición del trabajo infantil y la protección de los jóvenes en el trabajo, la conciliación de la vida familiar y la vida profesional, el derecho a la Seguridad Social y a la ayuda social, el derecho a la protección de la salud, el derecho de acceso a los servicios de interés económico general, la protección del medio ambiente y la protección de los consumidores. El Título V que lleva por rúbrica «Ciudadanía» recoge los derechos vinculados a la condición de ciudadano de la Unión, a saber: el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones del Parlamento Europeo, el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales, el derecho a una buena administración, el derecho de acceso a los documentos, el derecho de dirigirse al Defensor del Pueblo Europeo, el derecho de petición, la libertad de circulación y de residencia y la protección diplomática y consular. Finalmente, el Título VI está dedicado a los derechos vinculados al valor «Justicia» y son: el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, la presunción de inocencia, los derechos de la defensa, los principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y de las penas, y el derecho a no ser juzgado o condenado penalmente dos veces por la misma infracción.

La obra que comentamos ofrece al lector la interpretación que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha realizado de todos y cada uno de estos preceptos.

IV. Por todo lo anterior, podemos concluir que nos encontramos ante una obra de referencia obligada en la materia, que facilitará notablemente, a partir de ahora, el trabajo no solo de profesores y estudiantes universitarios, sino también de los profesionales del Derecho en su condición de intérpretes y/o aplicadores del Derecho de la Unión. Se trata de una muy meritoria aportación colectiva (del director y los seis coautores) al estudio de los derechos fundamentales en la Unión Europea.

Pero su valor trasciende el plano académico estrictamente jurídico e incide también en el ámbito político y cultural. Indudablemente es una obra comprometida. Refleja un doble compromiso por parte de sus autores: con la cultura de los derechos fundamentales y con el proceso de integración europea. Desde esta óptica, la obra es una contribución importante al progreso en ambos campos. Una contribución a la cultura de los derechos fundamentales, una cultura que nació y se originó en Europa, se consolidó en el marco de los Estados constitucionales tras la segunda guerra mundial y que encuentra hoy en el ámbito de esa organización supranacional única en su género que es la Unión Europea, el principal escenario para su desenvolvimiento y perfeccionamiento.

JAVIER TAJADURA TEJADA
UPV/EHU

DOI:

<https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.120.2021.14>

HERNÁNDEZ LÓPEZ, Claudia, *Los fondos públicos. Estudio de su régimen jurídico-administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, 317 págs.

El libro objeto de recensión se estructura en dos partes. En la primera parte, compuesta por tres capítulos, la autora se ocupa del concepto, caracteres y naturaleza jurídica de los fondos públicos. La segunda parte, vertebrada en seis capítulos, aborda el estudio de su régimen jurídico.

En el *Capítulo Primero* se definen los fondos públicos como instrumentos administrativos, con o sin personalidad jurídica, creados por Ley o por la Administración y cuyo objeto es afectar, acumular, gestionar y canalizar recursos presupuestarios o procedentes de aportaciones obligatorias de sujetos públicos o privados a fines públicos; añadiendo que se trata de instrumentos administrativos con un funcionamiento autónomo que se emplean para financiar determinadas actividades públicas. Los órganos de dirección o entidades de gestión de estos instrumentos administrativos pueden tomar decisiones sobre la modalidad de gasto que se va a emplear en cada caso, los importes que se van a gastar o la forma de recaudación de los recursos. La autora distingue entre los fondos públicos carentes de personalidad jurídica y los fondos públicos personificados. Respecto a los primeros, aclara la autora que la aprobación de la LGP en el año 2003 dio lugar a la creación de un régimen jurídico común para los fondos, si bien esta regulación se aplicó única-

mente a los fondos dotados mayoritariamente con cargo a los PGE, de manera que el resto de fondos (dotados con aportaciones de sujetos públicos o privados) quedaron sujetos a normas singulares. La regulación de la LGP no asimiló los fondos al régimen económico-financiero, presupuestario y de control de la Administración, sino que los sujetó a las reglas previstas para las fundaciones, sociedades y entidades públicas empresariales. Tras la crisis de 2008, los fondos proliferaron. Medidas trascendentales como el pago a los proveedores de la Administración o la concesión de préstamos para evitar la quiebra de algunas Comunidades Autónomas se desarrollaron a través de estos instrumentos (Fondo de Financiación del Pago a los Proveedores y Fondo de Financiación de las Comunidades Autónomas). La LRJSP incluyó los fondos carentes de personalidad jurídica dentro del sector público institucional, dividiéndolos en dos grupos: los fondos pertenecientes al sector público administrativo (fondos cuya actividad principal no consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios o que efectúen operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional y aquellos que no se financien mayoritariamente con ingresos comerciales) y los fondos pertenecientes al sector público empresarial (fondos sin personalidad jurídica no incluidos en el sector público administrativo). Recuerda HERNÁNDEZ LÓPEZ que algunos fondos están regulados en la LRJSP y en la LGP (así, el Fondo para la Promoción del Desarrollo, Fondo de Financiación de los Entes Locales, etc.),

mientras que otros (por ejemplo, el Fondo de Financiación del Servicio Postal Universal, el Fondo de Reserva de la Seguridad Social, etc.) están sujetos a normas singulares. En los primeros, los recursos proceden total o parcialmente de fuentes presupuestarias; en los segundos, de aportaciones obligatorias de sujetos públicos o privados.

Por lo que respecta a los *fondos públicos personificados*, algunos tienen naturaleza de organismo autónomo (por ejemplo, el Fondo de Garantía Salarial), mientras que otros son organismos sujetos a un régimen singular (por ejemplo, el Fondo de Garantía de Depósitos).

El *Capítulo Segundo* analiza los caracteres básicos de los fondos públicos: *a) La disposición exclusiva de recursos dinerarios*. La actividad de los fondos gira en torno a los recursos económicos; los fondos no se dedican a gestionar patrimonio, ni a prestar servicios, sino a administrar recursos dinerarios; *b) Afectación de los recursos a un fin público*. Los fondos se emplean para financiar cualquier actividad administrativa y para la consecución de objetivos variados (por ejemplo, objetivos internacionales del Estado —Fondo para la Promoción del Desarrollo—, satisfacción de derechos individuales —Fondo de Garantía del Pago de Alimentos—, etc.); *c) Autonomía*. Aun cuando carecen de personalidad jurídica, los fondos son instrumentos autónomos dotados de entidad y capacidades propias; y *d) Relación de instrumentalidad con la Administración*. Como

instrumentos del sector público institucional, mantienen una relación de instrumentalidad que el legislador califica de «adscripción». Los fondos se crean para satisfacer fines de la Administración a la que se adscriben. Bajo la instrumentalidad subyace —dice la autora— la falsa autonomía de los fondos, pues la Administración ejerce un fuerte control sobre las actividades más importantes de los fondos (autorización de gastos, crea órganos administrativos de seguimiento de la actividad, etc.).

El *Capítulo Tercero* estudia la naturaleza jurídica de los fondos públicos. Destaca HERNÁNDEZ LÓPEZ que el marco normativo desconoce su naturaleza jurídica, centrándose sólo en su funcionamiento y en los objetivos que persiguen (obtención de recursos, actividades a financiar, modalidades de gasto, etc.). Se trata, a su juicio, de instrumentos complejos, unidades carentes de personalidad sujetas a un régimen jurídico especial. Los fondos reúnen las características propias de un órgano y determinadas capacidades propias de personificaciones instrumentales de la Administración. La característica principal es que se integran en la Administración como órganos ordinarios, pero en las cuestiones relativas al régimen económico-financiero, contable y de control están sujetos a especialidades propias de las personificaciones.

El *Capítulo Cuarto*, que abre la Segunda Parte del Libro, centra su atención en el marco normativo, destacándose que existe un régimen ju-

rídico común y otro singular. La Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, estableció un régimen presupuestario, contable y de control común a todos los fondos carentes de personalidad jurídica, estableciendo, para que sus previsiones fueran de aplicación, que estos fondos debían de estar dotados mayoritariamente con cargo a los PGE. De esta forma, se distinguía entre los fondos que se nutrían principalmente con cargo a los PGE, sujetos a las previsiones de la LGP (por ejemplo, el Fondo de Cooperación Internacional) y el resto de fondos, dotados con cargo a otras fuentes distintas a los PGE (por ejemplo, el Fondo de Compensación Interportuario). Con la LRJSP se regularon por primera vez en una norma distinta a la presupuestaria los fondos carentes de personalidad jurídica. La LRJSP eliminó toda referencia al origen de los recursos, estableciendo el mismo régimen presupuestario, contable y de control para todos los fondos carentes de personalidad (art. 139: «Los fondos carentes de personalidad jurídica estarán sujetos al régimen de presupuestación, contabilidad y control previsto en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre»). Los artículos 137 a 139 LRJSP contemplan los aspectos esenciales de los fondos públicos (su creación y extinción, el régimen jurídico y el régimen presupuestario, de contabilidad y de control económico-financiero), si bien estos preceptos no son básicos, de forma que, salvo remisión expresa de las CCAA, sólo afectan a la configuración de los fondos carentes de personalidad jurídica del Estado. El fondo se crea por Ley y se

extingue por Reglamento, quedando «adscrito» a la Administración General del Estado. En cuanto al régimen jurídico, la LRJSP se limita a señalar que los fondos se rigen por lo dispuesto en esta Ley, en su norma de creación y el resto de las normas de derecho administrativo general y especial que les sean de aplicación. El Capítulo Cuarto se completa con el estudio de los fondos carentes de personalidad jurídica sujetos a normas singulares (que funcionan como cajas de compensación) y de los fondos personificados, distinguiendo en estos últimos aquellos que tienen naturaleza de organismo autónomo y los sujetos a normas singulares (por ejemplo, el Fondo de Garantía de Depósitos).

El *Capítulo Quinto* se ocupa de la organización de los fondos, distinguiendo los fondos sujetos a la LRJSP, los fondos carentes de personalidad jurídica sujetos a normas singulares, los fondos personificados y los fondos de financiación a las CCAA y Entidades Locales. Según expone HERNÁNDEZ LÓPEZ, los fondos sujetos a la LRJSP no tienen en esta ley normas comunes relativas a la organización. Pese a ello, muchos de los fondos sujetos a las reglas de la LRJSP tienen una estructura organizativa común, pues poseen uno o varios órganos colegiados que se encargan de hacer propuestas, aprobar las acciones a financiar y supervisar la forma en que se gastan los recursos. Al estar adscritos a un Ministerio, son los órganos superiores y directivos del mismo los que integran las estructuras organizativas. Otros fondos carentes de persona-

lidad están sujetos a normas singulares. Algunos de ellos se dotan con aportaciones obligatorias de sujetos privados (p. ej., el Fondo de Financiación del Servicio Postal Universal), mientras que otros se dotan con recursos públicos (así, el Fondo de Compensación Interportuario). En los fondos personificados, la autora diferencia los supuestos de los organismos autónomos y los fondos de la banca, cerrando el Capítulo el estudio de la organización de los Fondos de Financiación a las CCAA y Entidades Locales.

El *Capítulo Sexto* analiza el régimen del personal. La ausencia de personalidad de los fondos les imposibilita la capacidad necesaria para contratar personal a su servicio. Además, muchas de las tareas que realizan encierran una complejidad que requiere personal especializado que no se puede encontrar en los órganos de dirección y gestión. En la práctica, a cambio de una contraprestación, se ha encomendado a un tercero la actividad material del fondo. Así, por ejemplo, algunos fondos han encomendado su gestión al ICO, a COFIDES (sociedad mercantil pública), a algunas entidades públicas empresariales como el Consorcio de Compensación de Seguros o a autoridades administrativas independientes como la CNMC. Tras esta aproximación general, HERNÁNDEZ LÓPEZ analiza las cuestiones del personal de los fondos dotados de personalidad: el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria, el Fondo de Garantía de Depósitos y los organismos autónomos —FEGA y FOGASA—.

El *Capítulo Séptimo* se ocupa de la contratación con terceros. Como regla general, las normas que regulan los fondos individualmente no se refieren a la contratación con terceros y, cuando lo hacen, es para excluir, total o parcialmente, las reglas de contratación pública. La LRJSP no establece unas reglas claras y la LCSP de 2017, pese a incluir los fondos carentes de personalidad jurídica en el catálogo de instrumentos del artículo 3, no se pronuncia expresamente sobre el grado de sujeción de los fondos a la misma. Se discute si deben o no sujetarse a las Directivas de contratación pública. Para dar respuesta a esta cuestión, HERNÁNDEZ LÓPEZ estudia por separado los fondos carentes de personalidad (el ámbito subjetivo, el ámbito objetivo y la externalización de la gestión de los recursos) y los fondos personificados (organismos autónomos y fondos *ad hoc*). Para la autora, los fondos carentes de personalidad «están sujetos a las Directivas. Bien son poderes adjudicadores independientes de conformidad con la interpretación funcional del concepto de organismo de derecho público; o bien imputan su actividad a la Administración y, por tanto, también son poder adjudicador sujeto a las Directivas» (pág. 207). A su juicio, lo razonable es que, al ser instrumentos independientes con características similares al resto de entidades que integran el sector público, se sujeten a la LCSP «como poder adjudicador no Administración pública o, al menos, que imputen su actividad contractual a la Administración a la que se adscriben —poder adjudicador Administración pública—»

(pág. 209). Respecto al ámbito objetivo, la autora distingue las actividades sin contraprestación (subvenciones, anticipos reintegrables, etc.) y las actividades con contraprestación (préstamos). El primer grupo parece excluir la aplicación de las reglas de contratación pública. La ausencia de contraprestación descarta que pueda existir un contrato, lo que parece reconducir la actividad al ámbito de las subvenciones. No obstante, señala que hay varias modalidades sin contraprestación sujetas a regímenes distintos (así, las acciones que derivan de obligaciones internas o externas que tiene el Estado en virtud de una Ley o de un acuerdo internacional —p. ej., el Fondo de Garantía del pago de Alimentos—). Respecto a las actividades con contraprestación, tienen naturaleza de contrato, consistiendo la mayor parte de estas actividades en la concesión de préstamos en condiciones más ventajosas que las de mercado. Recuerda que la LGS reconduce el régimen de la actividad de préstamo a las propias normas que regulan los fondos y, en su defecto, a la LGS. Los fondos carentes de personalidad encargan a un tercero la gestión de sus recursos. Acuden a una entidad pública que desarrolla las actividades de caja, recaudación, desembolsos, etc. Este encargo suele estar previsto en la Ley que regula el fondo y se hace a cambio de una compensación económica. En los fondos de la LRJSP, el legislador encarga esta tarea a entidades como el ICO, SEPI, COFIDES o el Consorcio de Compensación de Seguros; en definitiva, a organismos o entidades vinculadas a la Administración. La autora aborda

también el estudio de los fondos personificados: organismos autónomos y fondos *ad hoc*. Termina el Capítulo concluyendo que la especial configuración de los fondos (carentes de personalidad jurídica en la mayoría de los casos, pero dotados de autonomía económica) hace que sea difícil identificar cuáles son las reglas aplicables, proponiendo diferentes soluciones.

El *Capítulo Octavo* aborda el tema de los recursos económicos. Los recursos pueden tener un origen presupuestario o nutrirse de aportaciones obligatorias de sujetos públicos y privados. La autora explica que los fondos del primer grupo inicialmente dependen íntegramente de la dotación que reciben con cargo a los PGE, pero posteriormente ganan autonomía económica porque perciben devoluciones derivadas de la financiación de actividades susceptibles de ingreso, que se ingresan en favor del propio fondo, generan recursos propios que son reinvertidos en las actividades objeto del fondo y por el remanente de años anteriores, que permanece adscrito a sus fines. Hay otros fondos que se nutren de aportaciones obligatorias de sujetos públicos y privados. En el libro se diferencian los fondos dotados de aportaciones obligatorias de sujetos públicos (los fondos de la Seguridad Social y del sistema de puertos) y los fondos que se nutren de aportaciones obligatorias de sujetos privados. A juicio de la autora, a excepción del Fondo para la Gestión de Residuos Radioactivos, las aportacio-

nes a estos últimos fondos «son prestaciones patrimoniales públicas de naturaleza no tributaria» (pág. 260). En este punto, hay que recordar, con la doctrina de Derecho Tributario, que la noción de «prestación patrimonial de carácter público» que utiliza el artículo 31.3 de la Constitución no puede considerarse sinónima a la de «tributo»; es una categoría más amplia que comprende tanto prestaciones de carácter tributario como prestaciones que no tienen esa naturaleza. Su característica esencial es la coactividad, debiendo tener una finalidad inequívoca de interés público, con independencia de que se perciban por un ente público o privado (entre otras, SSTC 185/1995 y 182/1997). Las pueden recibir entes públicos y en ese caso serán también ingresos públicos, pero es posible que se perciban también por entes privados y aún así siguen siendo prestaciones patrimoniales públicas. La calificación como públicas de estas prestaciones deriva de su finalidad, no de la condición pública de su perceptor. La Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, ha modificado la Disposición Adicional 1.^a LGT para tratar de definir, en el ámbito legislativo, el concepto de prestación patrimonial de carácter público, aunque en términos insuficientes, que sólo se entienden si se tiene en cuenta la jurisprudencia constitucional.

El *Capítulo Noveno* se refiere a los Presupuestos y el control económico-financiero de los fondos. Atendiendo a los presupuestos, la autora distingue los siguientes fondos:

- Un grupo de fondos (algunos de los fondos carentes de personalidad, los fondos de la Seguridad Social y los fondos que tienen naturaleza de organismo autónomo) están obligados a elaborar un *presupuesto administrativo*.
- Los fondos carentes de personalidad jurídica *previstos en la LRJSP y en la LGP* están obligados a elaborar un *presupuesto de explotación y capital*, que presenta un conjunto de peculiaridades que permiten establecer diferencias importantes con el presupuesto administrativo; una de ellas es la flexibilidad, pues contienen estimaciones y previsiones. Son presupuestos menos estrictos que los administrativos, asemejándose al presupuesto de empresas privadas y de entidades que perciben recursos de fuentes distintas de los PGE.
- Los fondos que se dotan con aportaciones obligatorias de determinados sujetos se hallan al margen de los PGE. No se establece la obligación de elaborar presupuestos, ni de hacer una previsión de los ingresos y gastos.

Respecto al *control de la actividad financiera* de la Administración, éste cumple funciones diversas. Una función de carácter jurídico, de asegurar el respeto al principio de legalidad de la actividad administrativa. Cumple también una función de naturaleza política, dentro del esquema de división de poderes. Y una función de racionalización, de corrección de abusos e inercias. Desde el punto

de vista de la relación entre quien realiza el control y el sujeto sometido al mismo (la Administración) se distingue entre el control externo y el control interno. El primero se desarrolla por las Cortes, con un alcance fundamentalmente político y, en el plano técnico, por el Tribunal de Cuentas, órgano específico de control y fiscalización, dependiente orgánicamente de las Cortes. El control interno es ejercido por un órgano de la Administración, la Intervención General del Estado, dependiente orgánicamente del Gobierno, pero con independencia funcional en su actuación. En este sentido, la autora divide el análisis del control económico-financiero en dos vertientes: el control interno y el control externo. Respecto al *control interno*, analiza: a) *Los fondos de la LRJSP*. Los fondos carentes de personalidad jurídica a los que se aplican las previsiones de la LGP se someten a control interno mediante auditoría pública (realizada por la Intervención General de la Administración del Estado). b) *Los fondos carentes de personalidad excluidos de la LGP*. Los mecanismos de control interno son inexistentes o se desarrollan de forma indirecta, a través del control de las entidades que los gestionan. c) *Los fondos personificados*. Son los organismos autónomos (por ejemplo, el FOGASA) y los fondos que tienen naturaleza jurídica particular (por ejemplo, FGD). Los organismos autónomos están sujetos a un control intenso, y los segundos sólo están sometidos al control que establecen sus leyes especiales. El *control*

externo se desarrolla por el Tribunal de Cuentas, con función fiscalizadora y jurisdiccional.

Una última forma de control es la supervisión parlamentaria de los fondos. Su finalidad es que los representantes de los ciudadanos conozcan la situación de los fondos y, en su caso, soliciten la información o las explicaciones que consideren oportunas.

La monografía, objeto de recensión, estudia los fondos públicos de forma sistemática, profunda, con rigor científico y empleando un juicio crítico. Se trata de un excelente libro, especialmente atractivo por su redacción elegante y clara, sin ambages. En definitiva, constituye una valiosa aportación que resulta de obligada consulta en materia de fondos públicos.

JOSÉ LUIS BURLADA ECHEVESTE

UPV/EHU

joseluis.burlada@ehu.eus

DOI:

<https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.120.2021.15>

Boto Álvarez, *Alejandra: Administración y doctrina de los actos propios. Incoherencias aplicativas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, 320 págs.

Es común referirse al origen romano de la doctrina de los actos propios, entendida como un ideal de justicia y una lógica de coheren-

cia difíciles de criticar en esencia. Esta concepción justifica su profusa recepción y aceptación en ordenamientos jurídicos muy distintos, y lo que en última instancia ha propiciado su supervivencia a través del paso de los siglos.

El Diccionario del Español Jurídico considera que la vinculación de los actos propios, calificado y categorizado como un principio general del Derecho, supone la aceptación de las consecuencias vinculantes que se desprenden de los mismos y su manifestación palmaria es el establecimiento de una conexión directa entre el autor y los resultados de sus actos, con prohibición de adoptar después un comportamiento incompatible con ellos. Esta regla, la cual está estrechamente imbricada con el principio de buena fe, representa la exigencia de un deber de comportamiento coherente con lo ya realizado a fin de dar protección a la razonable confianza depositada en el comportamiento ajeno.

Sin embargo, estas notas características generales, sobre las que existen amplios consensos académicos y doctrinales, no alcanzan a arrojar luz suficiente sobre los numerosos claros oscuros que aún planean en torno a esta doctrina de los actos propios, la cual en muchos casos se siente intuitivamente como una fundamentación justa y satisfactoria para la defensa frente a quien pretende hacerse valer de una contradicción.

Acerca de esta importante cuestión gira la última monografía de la profesora BOTO ÁLVAREZ, una

obra imprescindible para quienes, por pasión y vocación, se dedican al estudio del Derecho Administrativo, y cuyo *leitmotiv* no es otro que el de contribuir a completar un espacio vacío, en el que la doctrina *iuspublicista* tenía irresueltos un buen número de importantes desafíos e interrogantes. Incógnitas a las que la autora da respuesta de la mano de un conglomerado de cuantiosas e interesantes reflexiones, todo ello acompañado de un prolífico y enriquecedor análisis bibliográfico, de un sosegado estudio jurisprudencial y de la remisión constante y continua a diversas resoluciones administrativas, especialmente a aquellas dictadas por las conocidas como administraciones independientes. Esta acertada sistematización de la labor investigadora brinda al intrépido lector no solamente la oportunidad de conocer la evolución del pensamiento de la academia acerca de la doctrina de los actos propios, sino también, y lo más importante, dota a la obra de un enorme componente de practicidad, en la medida en que permite acercarse a la aplicación que de ella hacen las diferentes Administraciones públicas en ámbitos tan relevantes para la salvaguarda de los intereses generales como son el urbanismo, la protección del medioambiente, los servicios públicos, la expropiación, el empleo público, la actividad contractual del Sector público o la tutela jurídica de la protección de datos de carácter personal; al tiempo que permite discernir la interpretación que las diversas instancias judiciales —nacionales y comuni-

tarias— hacen de este principio general del Derecho.

De esta forma, el capítulo primero se dedica al análisis conceptual de los perfiles de la formulación del *venire contrafactum proprium*, destacando su naturaleza expansiva y clarificando los requisitos aplicativos que permiten su recepción en el Derecho Administrativo. Con referencia a las principales contribuciones doctrinales previas —Puig Butrau (1951), García de Enterría (1955), etc.— se hace referencia a los requisitos exigidos desde el punto de vista objetivo (voluntariedad, espontaneidad y validez, entre otros) y subjetivo (perfecta identidad entre los sujetos involucrados, en esencia), y desde un punto de vista comparado, se analizan principios y figuras próximas, tales como el *estoppel* anglosajón, la costumbre, la protección de la confianza legítima, la autolimitación administrativa, el silencio, o la renuncia y el error por parte del administrado.

El capítulo segundo examina la configuración de la doctrina de los actos propios en la práctica jurisprudencial ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con la finalidad de analizar en qué medida nuestra doctrina de los actos propios puede contribuir al llamado diálogo entre los jueces en un sistema multinivel. Esta primera remisión al Derecho europeo no es fruto del azar, deriva de la frecuente utilización de la doctrina de los actos propios tanto a instancia de parte como de oficio, y tanto en la de-

manda como en la oposición a la misma. Se trata, y esto no es casualidad, de un argumento que sobre todo aparece en las vistas orales, las conclusiones de los Abogados Generales y otros trabajos preparatorios ya sea como cláusula de cierre, con valor de autoridad, o categorizándolo como «principio».

El capítulo tercero, lejos de planteamientos apriorísticos e ideas preconcebidas, ahonda en la aplicación real y efectiva de la doctrina de los actos propios en el Derecho comparado, centrando buena parte de los esfuerzos en clarificar el juego que presenta la regla actualmente en algunos de los Estados de nuestro entorno más cercano. Así, y sobre una base eminentemente jurisprudencial, en primer lugar, se esbozan algunas de las señas de identidad de la curiosa figura del *estoppel* anglosajón, cuya configuración en los últimos tiempos está estrechamente ligada con la búsqueda del equilibrio y la idea de la buena Administración. A continuación, el estudio se detiene en el análisis de la correspondencia que existe en el supuesto francés entre la fórmula del *venire contra* y el *estoppel* anglosajón, la protección de la confianza legítima y el principio *nemo auditur*, y se examina, de igual forma, el auge doctrinal que esta figura presenta en aquellos sectores que apuestan por su incorporación en el control de la actuación administrativa. Finalmente, el estudio de la aplicación práctica de la doctrina de los actos propios en el contexto italiano permite visibilizar la dimensión eminentemente procesal de la regla,

siendo un argumento que se emplea de manera frecuente por parte de la Corte de casación cuando ante ella se pretenden discutir cuestiones vinculadas a la competencia jurisdiccional.

El capítulo cuarto, relativo a la aplicación de la doctrina de los actos propios por parte de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, se inicia primeramente con una síntesis de los estudios que abordan la temprana recepción y evolución de la doctrina de los actos propios en el Derecho público y, particularmente en el Derecho Administrativo. Acto seguido, este epígrafe se detiene con todo lujo de detalles en relatar las cuestiones generales sentadas por la jurisprudencia clásica, o lo que es lo mismo, en palabras de la autora, aquellas sentencias acuñadas antes del año 2000, para después examinar la aplicación real y efectiva del *venire contra* en la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en los pronunciamientos judiciales acontecidos en el presente siglo. A tal fin, se analizan con detalle un conjunto de sentencias en las que de una u otra forma se alude a la doctrina de los actos propios, en las que se hace alusión a cuestiones diversas como el régimen jurídico, el procedimiento administrativo, la contratación del Sector público, las sanciones, los servicios públicos, el dominio público, las autorizaciones sectoriales, el medioambiente, las subvenciones, la responsabilidad patrimonial, el empleo público, la expropiación forzosa y el urbanismo.

El capítulo quinto hace referencia a la invocación de la doctrina de los actos propios ante el Consejo de Estado y los órganos equivalentes autonómicos, de intervención preceptiva en un sinnúmero de procedimientos. La inclusión de esta materia encuentra su fundamento en la importancia capital que reviste la función consultiva en la conformación de una suerte de «doctrina delimitadora o demarcadora», capaz de evitar que la actuación administrativa incurra en la transgresión de la legalidad a través de los precedentes consignados en los diferentes dictámenes de este tipo de órganos consultivos. En este sentido, se estudia el empleo de la doctrina de los actos propios en aquellos expedientes relativos a la potestad de revisión de los actos administrativos, supuestos de responsabilidad patrimonial, procedimientos de contratación pública, convenios de colaboración público-privada, caducidad de concesiones, en materia de sucesión de títulos nobiliarios, deslinde de términos municipales, etc.

El último capítulo se completa con la aplicación del brocardo *venire contra* por parte de las autoridades independientes y de los órganos de resolución de recursos especiales, los cuales constituyen en palabras de la autora «una manifestación moderna de la organización administrativa». Para ello, el epígrafe se detiene, en primer lugar, en el estudio del acervo de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), autoridad independiente por excelencia encargada de la tutela jurídica de la protección de

datos de carácter personal, sector en el que el comportamiento previo resulta fundamental, especialmente en lo que respecta a aquellas actuaciones orientadas a recabar el consentimiento de los interesados como base jurídica habilitante para garantizar la licitud de los tratamientos de datos personales.

En efecto, como señala acertadamente la autora, la protección de datos de carácter personal es una materia que se presta al análisis de la aplicación efectiva de la doctrina de los actos propios, toda vez que resulta harto frecuente la invocación defensiva de la misma tanto a la hora de combatir los hechos que dan lugar a la intervención de las autoridades públicas de tutela, como para atacar el mismo comportamiento de estas en el procedimiento de inspección, control y en su caso sanción; tendencia que deriva en buena lid de la imprecisión con la que la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal regulaba el consentimiento y la admisibilidad de un consentimiento tácito, posibilidad esta última que desaparece tras la adopción del flamante Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento General de Protección de Datos). Sin embargo, como pone de manifiesto la autora, estos argumentos casi nunca tie-

nen operatividad en defensa del administrado, normalmente porque se pretenden hacer valer de forma excesivamente vaga y poco afinada en lo técnico, en el marco de precedentes ilegales o no análogos. Pero, en cambio, sí han encontrado cierto recorrido en su contra, como lo demuestra el análisis sistemático de la actuación de la AEPD.

De igual forma, en este apartado también se presta atención al uso de la doctrina por parte de los órganos de resolución del recurso especial en materia de contratos, en la medida en que se trata de otro de los ámbitos más europeizados del Derecho Administrativo contemporáneo.

Finalmente, la obra concluye a modo de epílogo con unas consideraciones finales en las que se exponen los principales hallazgos del estudio y en las que se pone de relieve la interrelación existente entre los diferentes elementos que vehiculan el proceso creativo. Además, la monografía incorpora una serie de índices separados en los que se refleja el amplio material manejado, incluyendo una extensa documentación jurisprudencial y administrativa, de carácter nacional, autonómico y extranjero.

En síntesis, la obra pretende ser una aproximación detallada a los imperfectos perfiles que presenta la doctrina de los actos propios y al papel actual que esta regla juega en el universo del Derecho Administrativo, la cual pese a desdibujarse y combinarse en muchos supues-

tos con otras figuras, tales como la confianza legítima, la buena fe o el abuso de Derecho, lejos de desaparecer cobra un renovado protagonismo en sectores cruciales para la defensa de los intereses generales. Así, la autora, con suma brillantez y desde una perspectiva eminentemente práctica, nos invita a realizar una enriquecedora travesía que discurre desde «el cielo de los conceptos jurídicos» hasta la dimensión aplicativa de la doctrina de los actos propios en cuestiones tan relevantes como el urbanismo, el

medioambiente, los servicios públicos, la expropiación, el empleo público, la actividad contractual de las Administraciones públicas o la tutela jurídica de la protección de datos personales.

JOSÉ LUIS DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ

Universidad de Salamanca

jldoal@usal.es

ORCID: 0000-0002-7623-8029

DOI:

<https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.120.2021.16>

IVAP

HERRI ARDURALARITZAREN
EUSKAL ERAKUNDEA

Erakunde Autonomiaduna
Organismo Autónomo del



EUSKO JAURLARITZA
GOBIERNO VASCO

