



Revista Aragonesa
de
Administración Pública

59
Diciembre 2022

REVISTA ARAGONESA
DE
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

59

Diciembre 2022

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

1. Originalidad. La REVISTA ARAGONESA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA únicamente acepta para su publicación trabajos originales e inéditos.

2. Objetivo, temática y público. El objetivo de la Revista es publicar estudios jurídicos de alta calidad en la temática de Derecho Administrativo dirigidos a la comunidad académica y profesional relacionada con la Administración Pública.

3. Compromiso. El envío de un trabajo a la Revista Aragonesa de Administración Pública implica el compromiso de no retirarlo si la Revista comunica su intención de publicarlo tras la correspondiente evaluación y, por supuesto, de no publicarlo previamente en lugar alguno; no pudiendo retirarse para hacerlo en otra revista (a lo que se renuncia desde el momento en que se manda el trabajo para su evaluación), salvo que la respuesta de la Revista Aragonesa de Administración Pública sea negativa a su publicación o por desacuerdo con la sección de la revista en que se va a publicar o con las modificaciones que tuviera que introducir, en su caso. El incumplimiento de este requisito permitirá a la Revista Aragonesa de Administración Pública rechazar de plano cualquier otro trabajo enviado por el mismo autor.

4. Evaluación externa. Los originales recibidos en la Revista se someten a evaluación anónima por parte de especialistas externos antes de su aceptación por el Consejo Asesor y el Consejo de Redacción. La evaluación se refiere a los aspectos formales, metodológicos, de contenido y grado de originalidad de los trabajos. Si la evaluación es favorable, el estudio se publica tras su aceptación por el Consejo Asesor (compuesto por miembros externos al editor) y el Consejo de Redacción (integrado por miembros vinculados al editor). Si la evaluación es negativa, el estudio no se publica, aunque si las razones dadas por el evaluador no resultan plenamente convincentes al director de la revista, el trabajo es sometido a nueva evaluación. Si la evaluación es con reparos, se hacen llegar estos al autor, que puede volver a remitir su estudio con las correcciones pertinentes para someterlo a evaluación complementaria, salvo que se trate de cuestiones de escasa relevancia. En ningún caso se facilita el nombre de los especialistas responsables de una evaluación, aunque periódicamente se publica en la revista una lista de dichos evaluadores.

5. Datos identificadores. En el inicio de los artículos publicados se indicarán las fechas de recepción y aceptación de los mismos en la Revista, así como el correspondiente membrete bibliográfico, que se incluirá también en cada una de sus páginas.

6. Derechos de autor. La aceptación de la publicación de un trabajo en la Revista conllevará la cesión de los derechos de autor a los efectos de la edición impresa, electrónica, *on line* o por cualquier otro medio, así como de su inclusión en la Biblioteca Virtual de Derecho Público Aragonés (www.derechoaragones.es) si por la temática fuese susceptible de incluirse en ella.

7. Reglas formales

Encabezado. El trabajo irá encabezado por un sumario que recogerá seguidas todas las subdivisiones. A continuación del sumario, figurará un resumen y la identificación de unas palabras clave, ambos en español y en inglés.

Bibliografía. Los trabajos han de incorporar al final de los mismos la bibliografía citada, ordenada alfabéticamente conforme a los siguientes modelos (para libro, artículo de revista y colaboración en libro colectivo):

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (2006): *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 4ª ed., Madrid, Thomson-Civitas, 325 pp.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo (1973): «Problemas jurídicos de la tutela del paisaje», *Revista de Administración Pública*, 71, pp. 423-442.

PRIEUR, Michel (2001): «La tutela comunitaria degli habitat naturali», en Domenico AMIRANTE (ed.), *La conservazione della natura in Europa*, Milano, Franco Angelli, pp. 13-29.

Citas. Las citas en el texto y a pie de página se realizarán incluyendo inicial del nombre, apellido y entre paréntesis año, dos puntos y número de página, conforme al modelo: (E. GARCÍA DE ENTERRÍA, 2006: 25). En caso de citarse varias obras de un autor publicadas en el mismo año, se distinguirán por una letra añadida tras el año: 2006a, 2006b...

Envío. Los originales se enviarán exclusivamente en documento de Word por correo electrónico (flopez@unizar.es).

LA REVISTA ARAGONESA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA NO SE IDENTIFICA NECESARIAMENTE CON LAS OPINIONES DE SUS AUTORES.

La correspondencia con la Revista debe dirigirse a la Secretaría de la misma: Seminario de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, Ciudad Universitaria, Pza. San Francisco, s/n, 50009 Zaragoza. Teléfonos 976 761 396 y 676 900 324.

PERIODICIDAD SEMESTRAL

Edita: Gobierno de Aragón
Departamento de Hacienda y Administración Pública

I.S.S.N.: 2341-2135

Dépósito legal: Z 730-1993

Realización: Talleres Editoriales COMETA, S.A.

CONSEJO DE REDACCIÓN

Luis ESTAÚN GARCÍA
Director General de Desarrollo Estatutario y Programas Europeos

Susana GARCÍA RODRÍGUEZ
Directora del Instituto Aragonés de Administración Pública

José Ramón IBÁÑEZ BLASCO
Director General de Administración Local, Gobierno de Aragón

Andrés LEAL MARCOS
Director General de Presupuestos, Financiación y Tesorería, Gobierno de Aragón

José Luis PINEDO GUILLÉN
Secretario General Técnico de Presidencia y Relaciones Institucionales, Gobierno de Aragón

Esperanza PUERTAS POMAR
Directora General de Servicios Jurídicos, Gobierno de Aragón

Esteban DEL RUSTE AGUILAR
Director General de la Función Pública y Calidad de los Servicios, Gobierno de Aragón

Vitelio TENA PIAZUELO
Secretario General de la Presidencia, Gobierno de Aragón

CONSEJO ASESOR

Manuel CONTRERAS CASADO
Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad de Zaragoza

Antonio EMBID IRUJO
Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza

Antonio FANLO LORAS
Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de La Rioja

Gerardo GARCÍA ÁLVAREZ
Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza

José María GIMENO FELIÚ
Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza

Jorge LACRUZ MANTECÓN
Asesor del Justicia de Aragón

Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER
Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad Complutense de Madrid

Luis POMED SÁNCHEZ
Letrado del Tribunal Constitucional

José TUDELA ARANDA
Letrado de las Cortes de Aragón

Director: Fernando LÓPEZ RAMÓN
Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza

Secretaria: Olga HERRÁIZ SERRANO
Letrada de las Cortes de Aragón

SUMARIO

RArAP núm. 59 (diciembre 2022)

	Páginas
<i>Evaluadores de la Revista Aragonesa de Administración Pública</i>	6
<i>Colaboradores de este número de la Revista Aragonesa de Administración Pública</i>	11
ESTUDIOS	
J.M. PEMÁN GAVÍN: <i>Reflexiones en torno a la docencia universitaria. La visión de un administrativista sénior</i>	13
M.J. GALLARDO CASTILLO: <i>La responsabilidad del Estado legislador y las debilidades del sistema</i>	74
P.J. GARCÍA SAURA: <i>Actividad inspectora automatizada en el entorno digital. Especial referencia al ámbito de las viviendas de uso turístico</i>	122
DEBATES	
F. GARCÍA RUBIO: <i>La limitación de precios privados por actividad administrativa. El caso de los precios de los alquileres de vivienda mediante decreto-ley</i> ...	164
A. PICÓN ARRANZ: <i>El nuevo régimen sancionador del deporte: más sombras que luces</i>	235
S. DIEGO GARCÍA, <i>El abuso de temporalidad en el empleo público; medidas preventivas y sancionadoras en la Ley 20/2021</i>	258
D.E. ARAIZ HUARTE: <i>Juntas de compensación y contratación pública: el debate continúa abierto</i>	288
R. CÁMARA MAS: <i>Una aproximación al objeto de la evaluación el desempeño de los empleados públicos en la carrera administrativa horizontal</i>	334
CRÓNICAS	
<i>Teresa Ribera y el Ministerio ambiental</i> (F. LÓPEZ RAMÓN).....	363
BIBLIOGRAFÍA	
MARQUÉS DE PIDAL, <i>Historia de las alteraciones de Aragón en el reinado de Felipe II, 1862-1863</i> (F. LÓPEZ RAMÓN)	367
MUÑOZ MACHADO, <i>Cervantes, 2022</i> (F. LÓPEZ RAMÓN)	372
PEMÁN GAVÍN, <i>Derecho sancionador bancario. El régimen sancionador de las entidades supervisadas por el Banco de España, 2022</i> (L. COFRADES AQUILUÉ)....	373

EVALUADORES DE LA REVISTA ARAGONESA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

ALASTUEY DOBÓN, María Carmen:
Profesora Titular de Derecho Penal,
Universidad de Zaragoza.

ALCARAZ, Hubert: Profesor Titular de
Derecho Administrativo, Université
de Pau et des Pays de l'Adour
(Francia).

ALEGRE ÁVILA, Juan Manuel:
Catedrático de Derecho
Administrativo, Universidad de
Cantabria.

ALENZA GARCÍA, José Francisco:
Catedrático de Derecho
Administrativo, Universidad Pública
de Navarra.

ALONSO GARCÍA, Consuelo:
Catedrática de Derecho
Administrativo, Universidad de
Castilla-La Mancha, sede de Toledo.

ALONSO IBÁÑEZ, Rosario: Catedrática
de Derecho Administrativo,
Universidad de Oviedo.

ÁLVAREZ MARTÍNEZ, Joaquín:
Catedrático de Derecho Financiero
y Tributario, Universidad de
Zaragoza.

ARANA GARCÍA, Estanislao:
Catedrático de Derecho
Administrativo, Universidad de
Granada.

ARPIO SANTACRUZ, Juan: Profesor
Titular de Derecho Mercantil,
Universidad de Zaragoza.

BARCELONA LLOP, Javier: Catedrático
de Derecho Administrativo,
Universidad de Cantabria.

BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción:
Catedrática de Derecho
Administrativo, Universidad de
Sevilla.

BAYOD LÓPEZ Carmen: Catedrática
de Derecho Civil, Universidad de
Zaragoza.

BÉJAR RIVERA, Luis José: Profesor de
Derecho Administrativo, Universidad
Panamericana de México.

BERMEJO LATRE, José Luis: Profesor
Titular de Derecho Administrativo,
Universidad de Zaragoza.

BERMEJO VERA, José: Catedrático de
Derecho Administrativo, Universidad
de Zaragoza (†).

BERNAL BLAY, Miguel Ángel: Profesor
Titular de Derecho Administrativo,
Universidad de Zaragoza.

BOIX PALOP, Andrés: Profesor Titular
de Derecho de Administrativo,
Universidad de Valencia.

BOUAZZA ARIÑO, Omar: Catedrático
de Derecho de Administrativo,
Universidad Complutense de
Madrid.

BUSTILLO BOLADO, Roberto O.:
Catedrático de Derecho de
Administrativo, Universidad de Vigo.

CALVO SÁNCHEZ, Luis: Profesor
Titular de Derecho Administrativo,
Universidad de Burgos.

CANO CAMPOS, Tomás: Catedrático
de Derecho Administrativo,
Universidad Complutense de
Madrid.

CARO-PATÓN CARMONA, Isabel:
Profesora Titular de Derecho
Administrativo, Abogada, Barcelona.

CASADO CASADO, LUCÍA: Catedrática
de Derecho Administrativo,
Universitat Rovira i Virgili de
Tarragona.

CHUECA MARTÍNEZ, Ricardo:
Catedrático de Derecho
Constitucional, Universidad de La
Rioja.

CIERCO SEIRA, César: Catedrático de
Derecho Administrativo, Universidad
de Lleida.

CUETO PÉREZ, Miriam: Catedrática de
Derecho Administrativo, Universidad
de Oviedo.

DELGADO PIQUERAS, Francisco:
Catedrático de Derecho
Administrativo, Universidad de
Castilla-La Mancha, sede de
Albacete.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis: Catedrático
de Derecho Penal, Universidad de
Málaga.

ESCARTÍN ESCUDÉ, Víctor: Profesor
Titular de Derecho Administrativo,
Universidad de Zaragoza.

EZQUERRA HUELVA, Antonio: Profesor
Titular de Derecho Administrativo,
Universidad de Lleida.

FANLO LORAS, Antonio: Catedrático de
Derecho Administrativo, Universidad
de La Rioja.

FERNÁNDEZ FARRERES, Germán:
Catedrático de Derecho
Administrativo, Universidad
Complutense de Madrid.

FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano:
Catedrático de Derecho
Administrativo, Universidad de
Cádiz.

FERNÁNDEZ SALMERÓN, Manuel:
Catedrático de Derecho
Administrativo, Universidad de
Murcia.

FONT I LLOVET, Tomás: Catedrático de
Derecho Administrativo, Universidad
de Barcelona.

FUENTES I GASÓ, Josep Ramón:
Coordinador de Relaciones Externas
del Centre d'Estudis de Dret
Ambiental, Universidad Rovira i
Virgili de Tarragona.

GALÁN VIOQUÉ, Roberto: Profesor
Titular de Derecho Administrativo,
Universidad de Sevilla.

GALERA RODRIGO, Susana: Profesora
Titular de Derecho Administrativo,
Universidad Rey Juan Carlos,
Madrid.

GAMERO CASADO, Eduardo:
Catedrático de Derecho
Administrativo, Universidad Pablo
Olavide de Sevilla.

GARCÉS SANAGUSTÍN, Ángel: Profesor
Titular de Derecho Administrativo,
Universidad de Zaragoza.

GARCÍA ÁLVAREZ, Gerardo: Catedrático
de Derecho Administrativo,
Universidad de Zaragoza.

GARCÍA RUBIO, Fernando: Profesor
Titular de Derecho Administrativo,
Universidad Rey Juan Carlos de
Madrid.

GARCÍA URETA, Agustín: Catedrático
de Derecho Administrativo,
Universidad de País Vasco, sede de
Bilbao.

GARRIDO CUENCA, Nuria: Catedrática de Derecho Administrativo, Universidad de Castilla-La Mancha, sede de Albacete.

GIMENO FELIÚ, José María: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza.

GÓMEZ PUENTE, Marcos: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Cantabria.

GONZÁLEZ GARCÍA, Julio: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad Complutense de Madrid.

GONZÁLEZ RÍOS, Isabel: Catedrática de Derecho Administrativo, Universidad de Málaga.

GUAYO CASTIELLA, Íñigo del: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Almería.

GUERRERO MANSO, Carmen de: Profesora Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza.

GUILLÉN NAVARRO, Nicolás: Profesor Contratado Doctor de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza.

HERRÁIZ SERRANO, Olga: Letrada de las Cortes de Aragón.

HERNÁNDEZ MENDIBLE, Víctor R.: Profesor de Derecho Administrativo, Universidad Monteávila de Caracas (Venezuela)

HERRERO PEREZAGUA, Juan Francisco: Catedrático de Derecho Procesal, Universidad de Zaragoza.

HUERGO LORA, Alejandro: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Oviedo.

JIMÉNEZ COMPAIRED, Ismael: Catedrático de Derecho Financiero y Tributario, Universidad de Zaragoza.

JIMÉNEZ JAÉN, Adolfo: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.

JORDANO FRAGA, Jesús: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Sevilla.

LAGUNA DE PAZ, José Carlos: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Valladolid.

LECUCQ, Olivier: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Université de Pau et des Pays de l'Adour (Francia).

LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Córdoba.

LÓPEZ PÉREZ, Fernando: Profesor de Derecho del Centro Universitario de la Defensa, Zaragoza.

LOZANO CUTANDA, Blanca: Catedrática de Derecho Administrativo, Colegio Universitario de Estudios Financieros, Madrid.

MALARET GARCÍA, Elisenda: Catedrática de Derecho Administrativo, Universidad de Barcelona.

MARTÍN REBOLLO, Luis: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Cantabria.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María: Profesora Titular de Derecho Civil, Universidad de Zaragoza.

MORA RUIZ, Manuela: Profesora Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Huelva

MORENO MOLINA, José Antonio: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Castilla-La Mancha, sede de Cuenca.

MOREU CARBONELL, Elisa: Profesora Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza.

NIETO GARRIDO, Eva: Catedrática de Derecho Administrativo, Universidad de Castilla-La Mancha, sede de Toledo.

NIETO MORENO, Juan Emilio: Profesor Asociado Doctor de Derecho Administrativo, Universidad Autónoma de Barcelona.

NOGUEIRA LÓPEZ, Alba: Catedrática de Derecho Administrativo, Universidad de Santiago de Compostela.

NOGUERA DE LA MUELA, Belén: Catedrática de Derecho Administrativo, Universidad de Barcelona.

OCHOA MONZÓ, Josep: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Alicante.

OLIVEIRA MIRANDO, João Pedro de: Profesor de Derecho Administrativo, Universidade de Lisboa (Portugal).

ORTEGA ÁLVAREZ, Luis: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Castilla-La Mancha, sede de Toledo (†).

PALÁ LAGUNAS, Reyes: Catedrática de Derecho Mercantil, Universidad de Zaragoza.

PEMÁN GAVÍN, Juan: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Lleida.

PEÑALVER I CABRÉ, Alexandre: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Barcelona.

PERNAS GARCÍA, Juan José: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de La Coruña.

PIMIENTO ECHEVERRI, Julián Andrés: Profesor Doctor de Derecho Administrativo, Universidad Externado (Colombia).

PIPERATA, Giuseppe: Profesor de Derecho Administrativo, Università IUAV di Venezia (Italia).

POMED SÁNCHEZ, Luis: Letrado del Tribunal Constitucional.

PONT CASTEJÓN, Isabel: Profesora Titular de Derecho Administrativo, Universidad Autónoma de Barcelona.

RAZQUIN LIZARRAGA, Martín: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad Pública de Navarra.

REBOLLO PUIG, Manuel: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Córdoba.

RIVA, Ignacio M. de la: Profesor Titular de Intervención Administrativa, Pontificia Universidad Católica Argentina en Buenos Aires.

RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO, Blanca: Profesora Contratada Doctora de Derecho Administrativo, Universidad Autónoma de Madrid.

ROSA MORENO, Juan: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Alicante.

RUIZ DE APODACA, Ángel: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Navarra.

RUIZ GARCÍA, José Ramón: Catedrático de Derecho Financiero y Tributario, Universidad de A Coruña.

RUOCCO, Graciela: profesora titular doctora de Derecho Administrativo, Universidad Católica del Uruguay.

SADDY, André: profesor de Derecho Constitucional, Universidade Federal Fluminense, Río de Janeiro (Brasil).

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Alcalá (Madrid).

SANTAMARÍA ARINAS, René Javier: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de La Rioja.

SANZ LARRUGA, Francisco Javier: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de La Coruña.

SANZ RUBIALES, Íñigo: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Valladolid.

SARASÍBAR IRIARTE, Miren: Profesora Titular de Derecho Administrativo, Universidad Pública de Navarra.

SOCIAS CAMACHO, Joana: Profesora Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Islas Baleares.

SORO MATEO, Blanca: Catedrática de Derecho Administrativo, Universidad de Murcia.

TEJEDOR BIELSA, Julio: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza.

TOLIVAR ALAS, Leopoldo: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Oviedo.

TORNOS MAS, Joaquín: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Barcelona.

TORRES LÓPEZ, Asunción: Catedrática de Derecho Administrativo, Universidad de Granada.

TRIAS PRATS, Bartomeu: Profesor Contratado Doctor de Derecho Administrativo, Universidad de las Islas Baleares.

TUDELA ARANDA, José: Letrado de las Cortes de Aragón.

VADRÍ FORTUNY, María Teresa: Profesora Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Barcelona.

VALENCIA MARTÍN, Germán: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Alicante.

VALERO TORRIJOS, Julián: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Murcia.

VERA JURADO, Diego: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Málaga.

VERGARA BLANCO, Alejandro: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Pontificia Universidad Católica de Chile.

VIGNOLO CUEVA, Orlando: Profesor de Derecho Administrativo, Universidad de Piura (Perú).

VILLAR ROJAS, Francisco: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de La Laguna.

COLABORADORES DE ESTE NÚMERO DE LA REVISTA ARAGONESA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

ARAIZ HUARTE, David Edgar:
Contratado predoctoral, Universidad
Pública de Navarra.

CÀMARA MAS, Roger: Letrado del
Ayuntamiento de Vendrell.

COFRADES AQUILUÉ, Lucía: Becaria
de investigación, Universidad de
Zaragoza.

DIEGO GARCÍA, Sergio: Secretario
general del Ayuntamiento de
Calatayud.

GALLARDO CASTILLO, María
Jesús: Catedrática de Derecho
Administrativo, Universidad de Jaén.

GARCÍA RUBIO, Fernando: Profesor
titular de Derecho Administrativo,
Universidad Rey Juan Carlos
(Madrid).

GARCÍA SAURA, Pilar Juana: Profesora
titular de Derecho Administrativo,
Universidad de Murcia.

LÓPEZ RAMÓN, Fernando: Catedrático
de Derecho administrativo,
Universidad de Zaragoza

PEMÁN GAVÍN, Juan María:
Catedrático de Derecho
administrativo, Universidad de
Zaragoza.

PICÓN ARRANZ, Alberto: Doctor en
Derecho, Universidad de Valladolid.

ESTUDIOS

REFLEXIONES EN TORNO A LA DOCENCIA UNIVERSITARIA LA VISIÓN DE UN ADMINISTRATIVISTA SÉNIOR^(*)

JUAN M^o PEMÁN GAVÍN
Catedrático de Derecho administrativo
Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. PRESENTACIÓN.– II SOBRE LA DOCENCIA UNIVERSITARIA: 1. *La Universidad como puerta de entrada a las profesiones tituladas.* 2. *La Universidad como institución educativa. Algunas claves del proceso educativo.* 3. *La especificidad de la misión de la Universidad: el cultivo de la ciencia y la cultura a nivel superior.* 4. *A hombros de gigantes. Algunos testimonios motivadores.* 5. *El aliento universitario de mis maestros administrativistas.* 6. *Conexión entre docencia e investigación.* 7. *El contexto institucional. La esencialidad de la libertad académica: la Universidad como espacio privilegiado de libertad.*– III. APUNTES SOBRE EL CONTEXTO EN EL QUE SE DESENVUELVE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO EN EL MOMENTO PRESENTE EN LAS UNIVERSIDADES ESPAÑOLAS: 1. *El amplio acervo documental y de experiencias hoy existente sobre la docencia en el ámbito jurídico.* 2. *Sobre las coordenadas del escenario actual.*– IV. ALGUNAS PAUTAS DE ORDEN METODOLÓGICO EN TORNO A LA ENSEÑANZA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO: 1. *Advertencias previas.* 2. *La importancia del trabajo docente en el aula.* 3. *Las herramientas en línea.* 4. *La función tutorial.* 5. *Referencia específica a los TFG y TFM.* 6. *La evaluación de los conocimientos del alumnado.* 7. *La singularidad de la dirección de tesis doctorales.*– V. FINAL. APÉNDICE: UN EJEMPLO DE CASO PRÁCTICO DOCENTE.

RESUMEN: El presente trabajo contiene un conjunto de reflexiones en torno a las funciones de la Universidad y a la docencia universitaria que se ofrecen como condensación de una determinada experiencia personal del autor que se ha nutrido de un valioso legado formado por obras y testimonios de generaciones anteriores producidas en el contexto de una antigua y rica tradición histórica. Ello se completa con algunas consideraciones sobre el contexto más cercano referidas al escenario en el que se desenvuelve actualmente la enseñanza del Derecho en las Universidades españolas y a cuestiones de orden metodológico desde la óptica de la docencia del Derecho Administrativo.

Palabras clave: universidad; docencia universitaria; libertad de cátedra; Derecho Administrativo.

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA con fecha 14/11/2022 y evaluado favorablemente para su publicación el 29/11/2022.

El trabajo se inserta dentro de las actividades del Grupo de investigación ADESTER (Administración, Derecho, Economía, Sociedad y Territorio) apoyado por el Gobierno de Aragón (S22_20R) que dirige el prof. F. López Ramón.

ABSTRACT: *The present work contains a set of reflections on the functions of the University and university teaching that are offered as condensation of a certain personal experience of the author that has been nourished by a valuable legacy formed by works and testimonies of previous generations produced in the context of an ancient and rich historical tradition. This is completed with some considerations about the closest context, related to the scenario in which the teaching of Law in Spanish Universities currently unfolds and about methodological issues from the point of view of teaching Administrative Law.*

Key words: university; university teaching; academic freedom; Administrative Law.

I. PRESENTACIÓN

La reciente participación en un concurso de profesorado convocado por la Universidad de Zaragoza y celebrado el pasado mes de octubre (1) me ha brindado la ocasión de hacer un paréntesis en las actividades habituales para reflexionar sobre la Universidad y la docencia universitaria, tanto con un alcance general como desde la perspectiva específica del Derecho Administrativo, y de hacerlo a una edad y con un recorrido previo que resulta poco usual entre los candidatos que se presentan habitualmente a los concursos de profesorado universitario, en cualquiera de sus variantes.

Esta circunstancia ha propiciado que tales reflexiones hayan tenido no solo un carácter *prospectivo*, en el sentido de impregnar una determinada propuesta académica o proyecto docente, sino también un tono *recapitulador* de una experiencia ya dilatada como profesor en dos Universidades (Zaragoza y Lérida), así como en diversas Facultades y titulaciones de ambas Universidades. Siempre impartiendo asignaturas vinculadas al Derecho Administrativo o Derecho Público en general, aunque con denominaciones y contenidos muy diversos, como diverso ha sido también el perfil de los alumnos que las han cursado.

Animado por alguno de los miembros de la Comisión juzgadora del concurso, presento aquí tales reflexiones en una versión de las mismas acomodada al formato de artículo de Revista, sobre la base de la hipótesis de que la condensación de experiencias y referencias que en él se contiene pudiera ser de interés para colegas administrativistas, especialmente los más jóvenes, o también para profesores de otras disciplinas jurídicas y no jurídicas, o incluso fuera del ámbito estricto de la academia, concepto cuyos contornos son por lo demás bien difusos. Teniendo en cuenta además que en el texto no solo se

(1) Se trataba de un concurso de «movilidad de profesorado», que con temple el art. 63 de la LOU (LO 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades) de manera separada respecto a los concursos «para el acceso a plazas de los cuerpos docentes universitarios (art. 62).

reflejan ideas y experiencias personales, sino también algunas aportaciones del legado que he recibido de generaciones anteriores.

Con este objetivo y esta explicación preliminar, estructuro el texto en los siguientes apartados: una consideración general de la Universidad y de la docencia universitaria, sobre la base obviamente de mi propia experiencia y de los modelos que me han servido de referencia (II), algunas pinceladas sobre el contexto en el que se desenvuelve actualmente la enseñanza del Derecho en las Universidades españolas, extrapolables en gran medida a otras materias (III), y el enunciado de algunas pautas de orden metodológico referidas específicamente a la enseñanza del Derecho Administrativo, que reflejan una cierta visión pedagógica sin entrar en detalles que no hubieran encajado dentro del tono general que he querido imprimir a estas reflexiones (IV). Completo el texto con un apartado final (V) y un Apéndice que incluye un ejemplo de caso práctico que pretende ser ilustrativo de los enfoques pedagógicos que se propugnan.

II. SOBRE LA DOCENCIA UNIVERSITARIA

Apartándome de la frondosa literatura oficial, que sobreabunda en la normativa universitaria y en la documentación sobre titulaciones, y adoptando un enfoque más personal basado en la propia experiencia y en los modelos que me han servido de inspiración o motivación, intentaré expresar con palabras sencillas la sustancia de las cosas, esto es, los elementos esenciales que integran la labor del profesor universitario, entendida esta en el contexto de una larguísima tradición (2), pero sin perder de vista el aquí y el ahora, esto es, las concretas circunstancias en las que actualmente nos desenvolvemos.

(2) Como muestra de esta frondosidad de la literatura oficial a la que aludo, que a veces incurre en lo que habría que calificar como «incontinencia verbal», cabe remitirse a la plasmación de las funciones que los artículos 60 a 64 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, encomiendan a la Universidad.

Una fundada crítica al lenguaje «ampuloso» o «rimbombante» de estos preceptos y una confesión del desconcierto o perplejidad que suscita su lectura puede encontrarse en el artículo de L. MARTÍN REBOLLO y T. RECIO MUÑIZ, «*Bewitched, bothered and bewildered* (Embrujados, incómodos y desconcertados)», inicialmente en *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, 23, 2011, pp. 50 y ss.; también en L. MARTÍN REBOLLO, *40 años de Derecho Administrativo posconstitucional y otros ensayos rescatados*, Aranzadi, 2017, pp. 701 y ss.) en el que se resalta el abuso de un lenguaje repleto de vocablos grandilocuentes y de tópicos, como sucede con la continua invocación de la *excelencia* como «palabra mítica» que «nos embruja, a veces nos incomoda y siempre nos desconcierta cuando no somos capaces de precisar sus perfiles». Desde una posición que propugna contrastar los «bienintencionados propósitos normativos» con «las duras evidencias de la realidad», apuntan certeramente estos autores algunas claves para ello: partir de la pluralidad o diversidad de los saberes presentes en la Universidad, la importancia de reivindicar la tradición y la capacidad de la Universidad de generar ideas «no siempre bienvenidas para el mundo bienpensante» y asumir algún grado de inutilidad de la misma, que es justamente «lo que hay que debatir y cuestionar» (*op. cit.*, p. 53).

1. La Universidad como puerta de entrada a las profesiones tituladas

Concurre en primer lugar por supuesto una *función básica habilitante para el ejercicio de profesiones* que requieren título universitario. Se trata obviamente de formar profesionales con titulación académica superior (me referiré preferentemente al Derecho; pero he estado y estoy presente también en otras Facultades) haciéndoles capaces de desenvolverse con provecho en los complejos y variados escenarios profesionales que hoy se ofrecen (fácil no va a ser en ningún caso: podemos prepararles para afrontar dificultades, pero obviamente no evitarlas).

Hay en este punto no obstante una diferencia no pequeña entre los estudios de Grado y de Máster.

En el Grado difícilmente se puede aspirar a ir más allá del objetivo consistente en que los alumnos adquieran una formación y unas destrezas básicas, lo cual no es poca cosa (3). Que alcancen las claves de comprensión y de búsqueda —las herramientas— para una ulterior andadura por un camino profesional *concreto*. La habilitación que otorga el Grado en realidad no es suficiente para casi nada y requiere ulteriores pasos y procesos formativos, incluso en el caso de la Abogacía (a partir del momento en que se hizo obligatorio el Máster de la Abogacía y se implantó el examen de acceso a la profesión). En realidad, el Derecho no constituye una profesión sino muchas, y resulta del todo innecesario e imposible que el Grado habilite para todas ellas. No es objetivo de escasa entidad conseguir que los graduados tengan una buena formación y capacitación de carácter general o transversal que les pueda proporcionar algunas claves y orientaciones para encontrar *su* camino dentro del abigarrado y cambiante mundo de las profesiones jurídicas (4),

(3) Se viene insistiendo por parte de muchos profesores, y este es un aspecto que puedo corroborar, en las carencias que presenta buena parte del alumnado en capacidades que deberían estar consolidadas en etapas anteriores del sistema educativo (ESO y Bachiller). Así, los hábitos de trabajo correctos para un aprendizaje ordenado, la lectura comprensiva de textos de un cierto calado, y la expresión adecuada de información y pensamiento, tanto verbal como escrita, son aspectos en los que frecuentemente se detectan no pocos «déficits», especialmente en la fase inicial de los estudios de Grado, pero con incidencia también en la fase final de los mismos, y, concretamente, en alumnos que afrontan su TFG.

(4) Partiendo de la constatación de la multiplicidad de salidas profesionales que la carrera de Derecho puede proporcionar, L. MARTÍN REBOLLO subraya que los estudios universitarios del Grado de Derecho «no están pensados para generar *de manera directa e inmediata* profesionales del Derecho», de modo que durante la carrera se debe adquirir una «formación básica y generalista», quedando para un momento ulterior la especialización y la adquisición de habilidades específicas relacionadas con ámbitos concretos» (*Sobre la enseñanza del Derecho Administrativo tras la Declaración de Bolonia (texto, contexto y pretexto)*, en el vol. col. que recoge las Actas del I Congreso de la AEPDA, *La autorización administrativa. La Administración electrónica. La enseñanza del Derecho Administrativo hoy*, Aranzadi, 2006, pp. 197 y ss., 212-213).

cuyo ejercicio requiere necesariamente no sólo una buena base inicial, sino un continuo esfuerzo adaptativo y de aprendizaje.

Por otro lado, no puede dejar de tenerse en cuenta, porque es un condicionante que nos afecta inevitablemente, que entre los alumnos matriculados en las Facultades de Derecho (también en las de Economía) se encuentran «perfiles» muy variados en cuanto a motivación y objetivos. Y no son pocos los que carecen de la motivación suficiente para entrar a fondo en la materia y dedicarse profesionalmente al Derecho; aspiran —conscientemente o no— a adquirir un mero «barniz» que les servirá como complemento formativo, casi nunca inútil, para el ejercicio de profesiones no estrictamente jurídicas. Si bien no es menos cierto que las situaciones que pueden darse no son simplificables —presentan matices muy diversos— y que hay alumnos que pueden experimentar una progresión notable de mejora durante su andadura universitaria, con cambios importantes durante los propios estudios de Grado e incluso una vez terminados los mismos, en evoluciones que podemos y debemos propiciar. Junto a ello, podemos encontrar, especialmente en los grupos de tarde, un sector minoritario de alumnos que son personas ya en plena madurez laboral, para los cuales el estudio del Derecho constituye un complemento formativo o una vía de promoción, e incluso, nos encontramos ocasionalmente con personas ya jubiladas para quienes el estudio del Derecho constituye un reto personal —manifestación de una encomiable curiosidad intelectual o cultural—, pero no un horizonte profesional.

En cambio, los estudios de Máster se desenvuelven en un terreno ya asentado por los conocimientos y destrezas básicas adquiridos en el Grado, poseen una impronta profesional o habilitante muy marcada, y operan sobre un ámbito material más acotado, sin perjuicio de su amplitud (centrado en el Derecho Administrativo en el caso del Máster de Derecho de las Administraciones Públicas; el Máster de la Abogacía tiene un contenido amplísimo, pero obviamente está presidido por la orientación específica de preparar para el ejercicio de la Abogacía).

En todo caso, no cabe duda de que esta vocación profesionalizadora, aun con los matices o limitaciones que derivan de lo expuesto, es una dimensión que está razonablemente presente en los estudios de Grado que se imparten en la Facultad. A través de numerosas vías: la relevancia de las clases prácticas y de los exámenes mediante caso práctico, la presencia de no pocos Profesores Asociados que tienen un marcado perfil profesional (especialmente, Abogados en ejercicio; también funcionarios públicos), la realización de prácticas externas a través de una asignatura *ad hoc* (*Practicum*) en el tramo final de los estudios de Grado, y la realización de actividades docentes complementarias de diversa índole (entre las cuales no pocas tienen una clara dimensión práctica) (5).

(5) Esta importante dimensión práctica de los estudios universitarios en modo alguno menoscaba la relevancia de una buena formación teórica, esto es, de las bases conceptuales,

Algo se hace también en materia de información y orientación sobre salidas y opciones profesionales, tanto de forma individual por parte de los profesores como de manera institucional, mediante ciclos de charlas o conferencias sobre determinadas opciones o salidas profesionales o el apoyo de los Servicios generales de la Universidad como el Servicio de Orientación y Empleo (UNIVERSA) y la Fundación Empresa-Universidad (que plasma la colaboración entre la Universidad de Zaragoza y la Cámara de Comercio e Industria). Pero sin duda es más lo que se podría hacer. Tengo para mí que ésta es justamente una de las «asignaturas pendientes» de los estudios del Grado de Derecho: la orientación y el acompañamiento a los alumnos en la transición hacia la etapa posterior, ya sea en relación con la ingente oferta de estudios de posgrado hoy existente (sobre muy diversas materias y con un formato o enfoque no menos diverso), respecto a las convocatorias de oposiciones y concursos para acceder a Administraciones públicas y organismos públicos de diversa índole, así como sobre ofertas de empleo en entidades privadas. En ambas facetas el escenario informativo resulta particularmente disperso y cambiante, teniendo en cuenta además el ensanchamiento del «campo de juego» y de las posibles opciones que se ha producido en las últimas décadas como consecuencia de la consolidación de los procesos de integración europea y de globalización.

En un panorama informativo tan complejo como el apuntado —que resulta realmente abrumador—, no es de extrañar la situación de perplejidad y desorientación a la que se enfrentan buena parte de los alumnos en la etapa final y posterior a sus estudios de Grado, o incluso después del Máster de Abogacía. Y, en la misma medida, se incrementa el «valor añadido» que implica para los egresados en Derecho disponer de una información sobre las opciones existentes convenientemente seleccionada y actualizada, lo cual, como ha quedado apuntado, se viene haciendo de una manera sólo muy limitada.

institucionales, e incluso históricas, en la formación del profesional del Derecho. Así expresaba S. RAMÓN Y CAJAL, hace más de un siglo, esta relevancia de la teoría, con la consecuente necesidad de equilibrio entre teoría y práctica, en un libro de pensamientos varios publicado bajo el modesto título de «charlas de café» cuya primera edición data de 1921:

«Sobre la primacía de la teoría sobre la práctica y viceversa se han escrito mares de tinta. Hoy, al contrario de otras épocas, prevalece la exageración practicista, con la que se obtienen buenos obreros, pero pésimos maestros. Se olvida que el problema docente es un problema de equilibrio mental y ponderación pedagógica.

Hay que aprender las cosas simultáneamente con los libros. Porque realidades y libros se fecundan mutuamente. Examinando los fenómenos, comprendemos las teorías, y conociendo las teorías nos adueñamos del fenómeno...» (*Charlas de café*, Espasa Calpe, Colección Austral, 11^o ed. 1982, pp. 158-159).

2. La Universidad como institución educativa. Algunas claves del proceso educativo

Junto al aprendizaje y la habilitación profesionales, la enseñanza universitaria tiene un segundo componente no menos evidente: es *educación* —educación superior—; forma parte del sistema educativo constituyendo en cierto modo su culminación.

En qué consiste exactamente eso que llamamos educación es algo que no resulta fácil definir de manera cabal pero que sin duda tiene que ver con el *pleno desarrollo de la personalidad humana* (6) y con la transmisión y adquisición de *valores* (7). Esto último está en la práctica estrechamente vinculado a los aprendizajes profesionales, que descansan también en un determinado orden de valores, pero admite una consideración o «mirada» separada que ponga énfasis en los mismos.

La transmisión y adquisición de valores (8) es algo que no resulta reconducible a metodologías o estrategias concretas ni puede evaluarse de manera precisa —se mueve en un terreno en cierto modo inaprehensible—, pero no cabe duda de que tiene un lugar primordial en el sistema educativo. Que está conectado necesariamente no solo con el aprendizaje de conocimientos y destrezas de carácter operativo, sino también con la búsqueda del bien y de

(6) Así se reconoce de manera explícita en los artículos 26.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 13. 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y en el art. 27.2 de la Constitución española.

(7) Debo dejar para otra ocasión la consideración detenida del contenido y alcance de la educación, sin duda uno de los grandes retos del ser humano, personales y sociales o colectivos. Reto sin duda difícil, a la par que apasionante, que de alguna manera nos acompaña toda la vida tanto en la faceta de educando o aprendiz como en la de educador o maestro, y no solo a los que nos dedicamos profesionalmente a ello. Pero entiendo que en la descripción y comprensión del fenómeno educativo no deberían faltar algunos ingredientes conceptuales y vitales, entre los cuales se encuentran los siguientes: 1) la educación debe ser *integral* (es un proceso que envuelve todos los aspectos de la persona); 2) es necesariamente *benevolente* en el sentido de que busca el bien de la persona que se educa (esto es, lo contrario a la instrumentalización o manipulación al servicio del «sistema», de alguna idea de nación obsesiva o de carácter excluyente, del Estado, o del mercado); 3) es un proceso de *ciclo largo* en el que la perspectiva temporal debe ser amplia (no hay que aspirar a resultados inmediatos, sino contar con unos plazos largos de maduración que incluso duran toda la vida); 4) la educación construye no solo al educando sino también al educador, en el sentido que le va moldeando, le enriquece y le transforma; 5) exige el respeto a la *singularidad* del ser humano (no es adoctrinamiento, ni menos aún, fábrica de «clones») lo cual requiere un continuo esfuerzo adaptativo, a la especificidad de cada situación, de cada curso, de cada alumno; de ahí la utilidad limitada de «Manuales» y recetarios.

(8) No me parece adecuado hablar exclusivamente de «transmisión» de valores porque en el terreno de los valores hay siempre algo de búsqueda personal y creativa con resultados originales: es un camino único en el que cada persona ha de perfilar su propio estilo o identidad.

las virtudes, así como de la verdad y de la belleza. Ideales que se alojan en el mundo del espíritu humano y que tienen mucho que ver con la felicidad, en la medida en que son ellos los que pueden hacer que la vida sea algo dotado de sentido, incluso de sentido pleno, o, por el contrario, carente de él. Ideales que son por otro lado metas que resulta imposible alcanzar o poseer de manera total, pero que no por ello dejan de ser imprescindibles en ese camino hacia el sentido o la felicidad; objetivo que en el decir de Julián MARÍAS constituye un «imposible necesario» (9).

La labor de los profesores en este terreno tiene mucho que ver no solo con las palabras sino, especialmente, con los hechos; su efectividad está muy vinculada a la coherencia de nuestras actuaciones dentro y fuera del aula con los mensajes y recomendaciones que podamos enunciar; coherencia sin la cual ningún mensaje o recomendación en este terreno será creíble y eficaz. Precisa un cierto equilibrio entre palabras y silencios: una cierta sobriedad en las palabras creo que resulta pertinente en este terreno, donde tanto se abusa de las mismas, incurriéndose en muchos casos en una palabrería biensonante que es muchas veces puramente cosmética y que no resiste la prueba de la coherencia y de los hechos. Pero esta actitud de prudencia o discreción sobre los valores que conviene mantener en términos generales no debe llevar a un completo silencio sobre los mismos: no debe excluir una explícita mención a ellos en tiempo y forma, esto es, en el momento oportuno y de la manera adecuada, para no dejar fuera de la expresión verbal a lo que en el fondo es lo esencial.

Intentando hacer gala de la sobriedad a la que me refiero, mencionaré tan sólo dos ideas-fuerza que me parecen particularmente relevantes en términos generales, sin olvidar que requieren un continuo esfuerzo adaptativo a las cambiantes circunstancias, y que se trata de aspectos en los que cada uno debe encontrar su propio estilo personal, lejos de cualquier fórmula con pretensiones de validez absoluta y universal.

1) El ejercicio de una *laboriosidad fecunda* mediante el gusto por el trabajo bien hecho de cada día, dotado de elementos de creatividad u originalidad y

(9) Este es el expresivo título del capítulo 2 de su libro sobre *La felicidad humana*, Alianza Editorial, Madrid, 1987, pp. 22 y ss., en el que proyecta este paradójico binomio (imposible y necesario) sobre el estudio de la felicidad. Algo parecido podría decirse, a mi modo de ver, en relación con los conceptos de verdad, de bien o de belleza. Necesitamos tenerlos como meta, pero su posesión absoluta es inalcanzable para el ser humano en este mundo.

Al repasar *La felicidad humana* de Marías, he podido reparar —de manera sorprendente y grata— en que el ejemplar del que dispongo en mi biblioteca personal está dedicado por su autor afectuosamente a mi madre, Carmen Gavín Paño; dedicatoria que se produjo probablemente con ocasión de alguna conferencia o presentación de libros a la que ella asistió. Lo que es seguro en todo caso es que el libro procede de la pequeña biblioteca que mi madre tenía en nuestra casa familiar y que, en consecuencia, algo de D. Julián ha pasado a mí a través de ella.

entendido como servicio (10). Un trabajo que en el caso nuestro tiene que ver obviamente en primer lugar con el estudio y la reflexión, pero también con la transmisión o compartición de ese estudio en el aula y fuera de la misma, en la academia y fuera de ella. Asimismo, nuestro oficio se manifiesta además en un cúmulo de tareas de variada índole —algunas vinculadas a la docencia y la investigación universitarias, otras a la gestión académica o institucional en su sentido más amplio— que es preciso asumir con atención y esmero y que conllevan también elementos de aprendizaje (todo tiene su importancia y exige la disposición de ánimo adecuada), pero sin perder de vista su carácter instrumental y, por tanto, sin dejarse absorber o abducir por ellas.

2) El elemento convivencial o *comunitario* es por supuesto también esencial. En la medida en trabajamos siempre con personas (la comunidad educativa, la comunidad universitaria, que va más allá de una concreta Universidad, e incluso se proyecta fuera de la academia) es esencial la *comunicación*, que requiere siempre proximidad y cierta *afinidad* o *empatía*. En primer lugar, obviamente con los alumnos con los que trabajamos en las distintas fases —asignaturas de grado o de máster, trabajos final de grado o de máster, e incluso más allá de estas etapas— y que muestran diferentes niveles de receptividad, pero sobre los que ejercemos siempre alguna forma de autoridad (sobre todo de carácter moral; es más *auctoritas* que *potestas*).

Esta mirada respetuosa y cordial (en el sentido propio y etimológico del adjetivo «cordial», esto es, desde el corazón —*cordis*—) y este vínculo afectuoso con quienes constituyen nuestra «materia prima» (11) impedirá cualquier

(10) En estos términos lo expresaba Eugenio D'Ors: «cualquier oficio se vuelve filosofía, se vuelve arte, poesía, invención, cuando el trabajador da a él su vida, cuando no permite que ésta se parta en dos mitades, la una, para el ideal; la otra para el menester cotidiano. Sino que convierte cotidiano menester e ideal en una misma cosa que es, a la vez, obligación y libertad, rutina estricta e inspiración constantemente renovada» (*Aprendizaje y heroísmo*, Madrid, 1915; extracto tomado del libro recopilativo de textos publicado por Federico DELCLAUX, *El silencio creador*, Rialp, Madrid, 1987, p. 87). También merece la pena reproducir las palabras de Juan Ramón JIMÉNEZ al respecto: «trabajar a gusto es armonía física y moral, es poesía libre, es paz ambiente [...] El gusto por el trabajo propio trae el respeto, gusto también, por el gustoso trabajo ajeno». Y antes de evocar el buen hacer de un jardinero sevillano y de un mecánico malagueño, señalaba lo siguiente: «siempre he sido feliz trabajando y viendo trabajar a gusto y con respeto, por donde quiera que he ido he ayudado y exaltado este poético trabajar a gusto» (*El trabajo gustoso*, Aguilar, México, 1961; también recogido por F. DELCLAUX, *El silencio creador*, pp. 92 y ss.).

(11) Vuelvo a acudir como apoyo a la prosa directa y contundente de Santiago RAMÓN Y CAJAL, quien, al rememorar sus años escolares, se lamentaba de la escasa sensibilidad pedagógica entonces predominante («la letra con sangre entra») del siguiente modo: «se perdía del todo esa *intimidad cordial, mezcla de amistad y de respeto*, entre maestro y discípulos, sin la cual la labor educadora constituye el mayor de los martirios» (S. RAMÓN Y CAJAL, *Mi infancia y juventud*, Espasa Calpe, Madrid, 2000, p. 61; edición originaria de 1939, subrayado mío).

actitud por nuestra parte que tienda más a la exhibición de erudición que a la puesta a disposición de caminos útiles y practicables para las *personas concretas* a las que en cada momento nos dirigimos. Y no resultará en modo alguno incompatible con el rigor y la exigencia: no debe entenderse como una facilona búsqueda del aplauso (o el «éxito» aparente) mediante el halago o la falta de exigencia, pues esa misma actitud respetuosa y de lealtad hacia el alumnado exige no sólo una preparación autoexigente de la docencia sino que impide también distorsionar la realidad y esconder o maquillar la complejidad inherente a los saberes que nuestros alumnos van a tener que manejar en los escenarios en los que han de desenvolverse.

A mi juicio el elemento diferencial fundamental que caracteriza a las instituciones educativas frente a las demás es la hondura de la visión antropológica que deben incorporar, esto es, la visión cabal y completa de la persona humana de la que debe partir (12). Que difícilmente podrá encontrarse en otros ámbitos, que tienden a primar una determinada perspectiva, con las correspondientes tentaciones de instrumentalización o manipulación: la política tiende a ver ciudadanos/votantes; la empresa tiende a ver consumidores/clientes como destinatarios de su actividad, los medios de comunicación priorizan la faceta de espectadores o consumidores de información de los destinatarios a los que se dirigen, etc.

También Juan Ramón JIMÉNEZ había incidido en esta línea, de manera más poética, al plasmar por escrito pensamientos del siguiente tenor: «la unidad de avance entre maestro y discípulo es el secreto más pródigo de la enseñanza. Si no existe esa unidad poca ilusión puede haber en uno ni en otro; y si no hay ilusión entre ellos, la enseñanza y el aprendizaje no existen»; el respeto entre profesor y alumno, decía también, debe estar «basado en la confianza y en los dos sentidos de ella: confianza como franqueamiento simpático de entrega segura y confianza en la verdad de la experiencia del maestro»; de ahí que la enseñanza deba ser «alegre y viva» y que «las universidades y las escuelas deben ser oasis de gozo, ya que la enseñanza no puede considerarse como un medio de vida, aunque de ella se viva». Así se expresaba en su conferencia sobre «La vocación en maestros y discípulos» incluida en el libro *Política poética* publicado por Alianza Editorial en 1982, y en la obra *Conferencias I*, publicada por Visor Libros en 2012.

(12) En la construcción de esa visión antropológica honda no deben faltar a mi juicio ninguno de los siguientes cuatro elementos: 1) La idea del hombre (utilizo obviamente la expresión en sentido genérico) como ser que nace «prematuramente», esto es, que cuando nace no es casi nada en sí pero mucho en potencia: lleva muchas potencialidades o «semillas» dentro que, según el contexto en el que viva, podrán florecer o, por el contrario, abortarse; de modo que la educación debe contribuir a sacar a flote, a germinar, lo que cada ser humano lleva dentro. 2) La idea del hombre como ser inacabado, que siempre se está haciendo, en un aprendizaje que dura toda la vida, y que nunca adquiere un perfil del todo definitivo. 3) La idea del hombre como ser con una identidad única e irrepetible. 4) El ideal del ser humano equilibrado o completo en sus diversas facetas (corporal, emocional, afectiva, intelectual, espiritual, etc.) cuyo desarrollo armónico es preciso buscar superando la visión sesgada de cualquier planteamiento unilateral.

También en el ámbito familiar están presentes todos estos ingredientes —más todavía—, pues no en vano la familia juega un papel esencial en la tarea educativa.

En cualquier caso, tengo para mí que ocupar una posición institucional de protagonismo y referencia en la formación de los jóvenes no deja de constituir un reto y una oportunidad de gran alcance (en realidad lo considero un verdadero «privilegio») que debe ejercerse con mucha responsabilidad para aportarles algo de hondura y dilatar su campo de visión. Lo cual exige dedicación y entrega, así como tener conciencia de esta importancia, en una edad muy receptiva y clave para la formación de los profesionales titulados, a pesar de las dificultades que se plantean en cada entorno concreto y de las decepciones o «fracasos» parciales que inevitablemente se presentan en la realidad de nuestro día a día.

3. La especificidad de la misión de la Universidad: el cultivo de la ciencia y la cultura a nivel superior

Los dos aspectos considerados no son en rigor específicos de la Universidad. Recordemos, por un lado, que hay unas enseñanzas encaminadas al ejercicio de profesiones que no requieren título universitario (la llamada «Formación Profesional») y, de otra parte, que cualquier nivel del sistema educativo debe aspirar a la transmisión de valores como aspecto esencial del proceso educativo; objetivo que debe adaptarse a sus diferentes etapas, pero que no puede estar ausente de ninguna de ellas.

Sí que es específico en cambio del ámbito universitario el cultivo de la ciencia y de la cultura a nivel *superior* (13), expresión ésta que en modo alguno debe teñirse de elitismo; por el contrario, creo que una actitud de sana modestia o humildad es pócima valiosísima para el verdadero intelectual y condición imprescindible para la auténtica sabiduría: cuántas lecciones de lucidez y talento natural pueden encontrarse en personas sencillas de escasa formación académica, y, a la inversa, cuánta erudición estéril y petulancia arrogante podemos encontrar en personas aparentemente doctas cuyo encumbramiento genera formas de ceguera mental que les impide captar sus severas limitaciones fuera de ciertos ámbitos (14).

(13) Recuérdese que, de acuerdo con el art. 1.1 de la LOU, la Universidad presta «el servicio público de la educación superior mediante la investigación, la docencia y el estudio», lo cual se concreta en las funciones que se explicitan en el apartado 2 de dicho art. 1. Y recuérdese también que en el ámbito europeo está consolidado lo que se denomina «Espacio Europeo de Educación Superior».

(14) Me gusta recordar algunas aproximaciones literarias a las situaciones de talento natural y sabiduría popular como la ofrecida en su momento por José María Pemán en sus guiones para la serie televisiva «El Seneca» (emitida por TVE entre 1964 y 1970), que fue magníficamente protagonizada por Antonio Martelo hasta su trágico fallecimiento en accidente de tráfico, o el magistral retrato que Miguel Delibes hizo del «Señor Cayo» en su conocido relato sobre *El disputado voto del Señor Cayo*, Ed. Destino, Barcelona, 1978 (Cayo era un anciano que resiste en el duro entorno de una pequeña aldea despoblada casi por completo al que unos jóvenes en campaña política pretenden convencer de sus propuestas presuntamente emancipadoras del mundo rural). Y me permito recordar cómo, algunos años antes, Pedro

Pero hay una dimensión específica del entorno universitario, heredada de una riquísima y antigua tradición, que va más allá de lo «superior» en el sentido del otorgamiento de los títulos de mayor rango académico (graduado universitario —antes, licenciado o equivalentes— y doctor). El espíritu o ideal universitario entendido como tensión permanente para profundizar en los saberes de uno u otro tipo y buscar el conocimiento y la verdad, dentro de una mentalidad necesariamente abierta, que trasciende los límites geográficos (15) y también los límites convencionales entre disciplinas. En este sentido, y sin perjuicio de la inevitable especialización, es propio del universitario cabal el cultivo de una visión amplia e interconectada de las disciplinas y los conocimientos, entre los que no puede faltar algún espacio para las Humanidades por su valor integrador y su referencia directa al ser humano. El universitario genuino aspira a vivir este espíritu y a irradiarlo, en alguna medida al menos, hacia todos los que pasan por las aulas, lo cual se traduce, entre otras cosas, en la conexión entre docencia e investigación: la docencia se nutre de un previo esfuerzo de indagación o reflexión personal que le debe aportar una impronta de originalidad.

Salinas había defendido en su ensayo *El defensor* a los que denominaba «viejos analfabetos» frente a las diversas formas de «neo-analfabetismo» entre los que situaba a distintos grupos de personas con una teórica capacidad lectora que es más aparente que real (*El defensor*, pp. 255 y ss., manejo la edición publicada por Alianza Editorial en 1986, pero el ensayo se publicó originariamente en 1948).

No se trata obviamente de defender la ignorancia (ninguno de los autores citados lo hace), ni de lanzar piedras contra nuestra propia labor despreciando el gran potencial humanizador que tienen los estudios universitarios, sino de advertir que los caminos para llegar al conocimiento y la sabiduría pueden ser muy variados y que los riesgos derivados de la soberbia para progresar en estos territorios no son precisamente pequeños. En el Evangelio de San Mateo quedó ya plasmado de manera permanente este riesgo con la advertencia o llamada de atención que el evangelista pone en boca de Jesús: «Te doy gracias, Padre, Señor del cielo y de la tierra, porque has escondido estas cosas a los sabios y entendidos, y se las has revelado a los pequeños». Toque de atención que no debe echarse en saco roto en ningún caso, pero de modo particular en el mundo académico, que proporciona un terreno abonado para que afloren las actitudes de elitismo o vanidad, personal y colectiva, a veces de manera sutil.

(15) Recuérdese a este respecto la amplia irradiación geográfica que tuvieron las Universidades desde sus orígenes en la época medieval: los estudios universitarios se vinculaban de manera generalizada con el hecho de un viaje o desplazamiento hacia tierras distintas de la propia (*peregrinatio academica*), a veces muy lejanas a la vista especialmente de los medios de transporte de la época. Véase al respecto el vol. col. dirigido por W. RÜEG, *Historia de la Universidad en Europa*, vol. I, *Las Universidades en la Edad Media*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 1994 [versión castellana de la obra original en inglés publicada por Cambridge University Press en 1992]; en particular el Capítulo redactado por H. DE RIDDER SYMOENS, *Movilidad*, pp. 321 y ss. De modo que las Universidades no se concibieron como instituciones de carácter local sino como centros de estudio esencialmente abiertos a profesores y alumnos foráneos. Lo cual ha permitido hablar de una «etapa universal» de la historia de las Universidades a la que seguiría otra de «regionalización» de las mismas.

Expresándolo con apoyo en la *Carta Magna de las Universidades europeas* —declaración suscrita en septiembre de 1988 por numerosos rectores con ocasión del IX centenario de la Universidad de Bolonia (16)—, podríamos apuntar los siguientes cuatro elementos específicos o definitorios de lo que cabe calificar concepción sustantiva o material —no meramente formal— de la Universidad:

1) Es de esencia a la institución universitaria el cultivo de la investigación en su sentido más amplio, entendida como creación de ciencia, técnica y cultura en cualquiera de sus muchos campos: la Universidad —leemos en la aludida *Carta Magna*— es una institución que «de manera crítica, produce y transmite la cultura por medio de la investigación y de la enseñanza» siendo la actividad docente «indisociable de la actividad de investigación».

2) Asimismo, constituyen elementos esenciales la autonomía universitaria y la libertad científica: la Universidad, leemos también en la Carta, es una institución autónoma que debe disponer de «independencia moral y científica frente a cualquier poder político y económico», debiendo considerarse la libertad de investigación, de enseñanza y de formación «el principio fundamental de la vida de las universidades».

3) Junto a ello, resulta consustancial la vinculación con lo que suele denominarse «tradición humanista» —la Carta afirma que la Universidad «es depositaria de la tradición del humanismo europeo»— lo cual debe traducirse a mi juicio, no solo en el necesario cultivo de las Humanidades como disciplinas académicas, sino en el favorecimiento de una visión completa y global del hombre que engloba todos los saberes; una visión reflejada en el viejo aforismo latino *Homo sum; humani nihil a me alienum puto* («humano soy, nada humano considero ajeno»).

4) Por último, resulta incuestionable la marcada vocación internacionalista y aun universalista del movimiento universitario. En este sentido, la Carta subraya que la Universidad «ignora toda frontera geográfica o política para asumir su misión y afirma la imperiosa necesidad de conocimiento recíproco y de la interacción de las culturas». De modo que las actitudes de localismo, provincianismo o nacionalismo político y cultural encajan mal con la apertura de miras que constituye elemento esencial de la tradición universitaria.

Esta tradición hunde sus raíces en las primeras Universidades que se fueron creando en el Occidente europeo durante la época medieval y llega hasta nuestros días a través de una larga y fecunda Historia (17) que se ha plasmado

(16) El texto de la Carta puede encontrarse en RAP 118 (1989), pp. 469 y ss., con nota introductoria de Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO. Por su parte, F. A. ROVERSI MONACO, Rector de la Universidad de Bolonia cuando ésta celebró su IX centenario, calificaba la Carta como «una suerte de codificación moral de los principios que han emergido como las verdaderas bases de la vida universitaria en la experiencia de nueve siglos de historia»; véase su *Presenzazione* al libro colectivo coordinado por N. Mateucci, *L'Univesità nel mondo contemporaneo*, Bompiani, Milán, 1991.

(17) De la tradición universitaria española dos hechos me parecen particularmente remarcables: la notoria antigüedad de las primeras Universidades creadas en nuestro país,

en distintos modelos organizativos concretos; modelos que han experimentado fuertes elementos de convergencia e influencia recíproca (18), últimamente en el contexto de las acciones que se han desarrollado en el ámbito de la UE para crear un «espacio europeo de educación superior».

4. A hombros de gigantes. Algunos testimonios motivadores

Sentadas estas ideas generales, formuladas en términos abstractos, me parece importante ilustrarlas y enriquecerlas con el testimonio de personas concretas que las han materializado a través de su vida y de sus escritos, de los cuales se nutre mi visión de las cosas. A algunos de ellos quiero referirme expresamente, entre los muchos que en algún momento de mi trayectoria universitaria me han servido de motivación o inspiración, al objeto de poner ejemplos concretos y dotar de «rostro humano» a las ideas apuntadas, sin que pueda ir más allá de una breve muestra al respecto.

buena parte de las cuales han perdurado hasta nuestros días, y la admirable labor de fundación e impulso de centros universitarios que España llevó a cabo en América y Filipinas a partir de mediados del siglo XVI, sin paragón con lo que sucedió en la dominación colonial ejercida por otros Estados europeos en territorios americanos, africanos o asiáticos. A ese respecto resulta elocuente subrayar que, cuando en 1636 se funda la primera Universidad en los actuales Estados Unidos (Harvard) ya había 10 Universidades en la América Hispana, que llegarían a ser 19 en 1700, frente a tan solo dos que se habían fundado en las colonias inglesas de Norteamérica en la misma fecha, y alcanzarían la treintena a principios del siglo XIX.

Como caso ilustrativo de Universidad medieval cabe mencionar el representado por el antiguo Estudio General de Lérida, fundado en el año 1300, del cual tuve ocasión de ocuparme en el contexto de su séptimo centenario: «La primera Universidad de la Corona de Aragón. La configuración institucional del Estudio General de Lérida (1300-1717) y su influencia en la primera generación de Universidades creadas en los territorios de la Corona», en *Revista Aragonesa de Administración Pública* n^o 15 (1999), pp. 47 y ss. Una visión unitaria de la historia de las Universidades creadas en España y en la América española está presente en los libros colectivos coordinados por J. L. Guereña y otros, *L'Université en Espagne et en Amérique Latine du Moyen Age a nos jours*, Publications de L'Université de Tours, y por J. M. Calderón Ortega y otros (dirs.), *Historia universitaria de España y América*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá, 2016.

(18) Con independencia de su origen en un tronco común medieval, en la etapa contemporánea cabe distinguir, *grosso modo*, tres modelos universitarios: el francés napoleónico, de corte estatal, centralizado y funcional, caracterizado en consecuencia por su uniformismo; el germánico, que prioriza la ciencia y la investigación con cierto desdén por la formación práctica vinculada a los saberes técnicos y profesionales; y el modelo anglosajón, vinculado a la tradición británica de la vida comunitaria cultivada en los *colleges* y a la formación de las clases dirigentes desde un cierto elitismo. Es sabido que el sistema universitario español que se implanta a partir del siglo XIX se encuadra dentro del primero de los modelos citados; no obstante, incorporó desde los años ochenta del siglo pasado muy importantes novedades vinculadas a las ideas de autonomía y autogobierno de las Universidades y a la descentralización de competencias estatales a favor de las Comunidades Autónomas. Novedades que vinieron a difuminar por completo el modelo histórico aludido.

Al recordar a maestros y referentes intelectuales, le viene a uno a la cabeza la vieja metáfora —algo reiterada o tópica, pero valiosa pese a ello— de que somos como «enanos subidos a hombros de gigantes» que nos permiten ver muy lejos, más lejos incluso que los propios gigantes a cuyos hombros nos encumbramos. Parece ser que la metáfora era usual o de uso común en los teólogos medievales y se plasma por escrito por vez primera en la obra del teólogo Juan de Salisbury, con referencia a los sabios de la antigüedad y a los Santos Padres de la Iglesia cuya grandeza se admiraba en aquella época (19).

No me resulta en modo alguno difícil poner nombres y apellidos a alguno de los «gigantes» que han constituido para mí fuentes de estímulo o inspiración y que de alguna manera considero maestros. Descartando por improcedente e inviable cualquier propósito exhaustivo al respecto (20), evocaré en primer lugar algunas luces y estímulos que he recibido de científicos o intelectuales ilustres a quienes no he tenido la oportunidad de tratar o conocer personalmente y, en un segundo momento (epígrafe 5), a universitarios que me son próximos tanto la materia de su especialidad (el Derecho y concretamente el

(19) Este es el texto de Juan de Salisbury (teólogo y filósofo del s. XII): «Somos como enanos sentados sobre los hombros de gigantes, de modo que podemos ver más allá y más cosas que ellos, no por la agudeza de nuestra mirada o por la altura del cuerpo, sino porque somos levantados muy en alto y somos elevados a una altura gigantesca». El texto lo tomo de Raniero CANTALAMESSA, *A hombros de gigantes. Las grandes verdades de la fe meditadas y vividas con los Padres de la Iglesia*, Ed. Monte Carmelo, Burgos, 2015 (traducción de P. Cervera Baranco de la edición italiana publicada en de 2014) que a su vez lo toma de la obra *Metaloghición (En defensa de la Lógica)* escrita por Juan de Salisbury. CANTALAMESSA subraya que la imagen plasmada en el texto de Salisbury era común a los teólogos medievales, que lo referían a los Santos Padres, y que la misma aparece reflejada en las esculturas de algunas catedrales góticas, en las que se representa a personajes de estatura imponente a cuyos hombros se sientan hombres pequeños, casi enanos (*A hombros de gigantes*, cit. pp. 8-9).

Nacido cerca de Salisbury (Inglaterra) entre 1110 y 1120, Juan de Salisbury desarrolló durante su vida una larga y fecunda actividad de estudio como filósofo y teólogo, así como una intensa actividad diplomática en las difíciles relaciones entre la Iglesia de Inglaterra y el Papado. Muy vinculado a Santo Tomás Becket —Arzobispo de Canterbury que murió asesinado— y desterrado por a Francia por esta cercanía a Becket, Juan de Salisbury sería nombrado Obispo de Chartres en 1176, cargo en el que permaneció hasta su fallecimiento en 1180. El Papa Benedicto XVI le dedicó específicamente su Audiencia General de 16 de diciembre de 2009, en la que hizo una breve e interesante semblanza de la vida y obra de este teólogo medieval, en el contexto de una amplia serie de sesiones dedicadas a exponer cronológicamente el pensamiento de diversos santos y teólogos.

(20) Hay influjos de los que ni siquiera somos del todo conscientes y que permanecen discretamente «aparcados» en algún lugar recóndito de nuestra mente. Así lo expresaba S. RAMÓN Y CAJAL en el prólogo a sus *Charlas de café* (*op. cit.*, p. 9): «nuestra memoria es una trama tejida con ideas tomadas del espíritu de nuestros antepasados y contemporáneos célebres». En la relación que sigue, por tanto, «no están todos los que son» aunque sí «son todos los que están».

Derecho Administrativo) como porque he podido beneficiarme de su magisterio de forma personal y directa.

A. Entre los cultivadores de las Ciencias Naturales, destacaré el testimonio de *Santiago Ramón y Cajal* (1852-1934), obviamente vinculado al modelo de investigación propio del ámbito científico y de la época en que se desarrolló el célebre investigador aragonés, el cual nos legó una sugerente reflexión general sobre las cualidades requeridas para lograr una investigación innovadora y fecunda (21).

Entre tales cualidades requeridas al investigador, incluía la independencia de juicio e insistía en el trabajo perseverante sobre las materias de estudio como principal palanca para alcanzar resultados relevantes. La primera de dichas cualidades —la independencia de criterio—, la refería a la necesaria distancia que a su juicio debe mantenerse con la obra de maestros y predecesores, invitando a cultivar una actitud recelosa y escudriñadora al respecto (22). Pero ponía especial énfasis en la perseverancia apasionada como ingrediente fundamental del trabajo investigador, materializada en la exigencia de que el científico mantenga una atención prolongada al objeto de su estudio y asuma severas abstenciones y renunciaciones para favorecer esta atención (23). Desde una visión marcadamente vocacional de la Ciencia como misión al servicio de la Humanidad («al afortunado escrutador de la Naturaleza es sobre todo aplicable el pensamiento de James, para quien el ideal del hombre consiste en llegar a ser un colaborador de Dios»), subrayaba que «toda obra grande es fruto de la paciencia y la perseverancia, combinadas con una atención orientada tenazmente durante meses y aun años hacia un objeto particular»; añadiendo que «las empresas científicas exigen, más que vigor intelectual,

(21) Véase su conocido ensayo *Reglas y consejos sobre investigación científica. Los tónicos de la voluntad*, Espasa Calpe, Colección Austral, Madrid, 20^o ed., 2007 (1^o ed. de 1941), que recoge, con diversos retoques y desarrollos lo que inicialmente fue su discurso de ingreso en la Real Academia de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales (sesión de 5 de diciembre de 1897). Tengo en cuenta en particular el contenido del Capítulo III de este libro («cualidades de orden moral que debe reunir el investigador»).

(22) «La admiración extremada achica la personalidad y ofusca el entendimiento, que llega a tomar las hipótesis por demostraciones, las sombras por claridades [...] La veneración excesiva, como todos los estados pasionales, excluye el sentido crítico» (*Reglas y consejos*, p. 53).

(23) «Casi todos los que desconfían de sus propias fuerzas ignoran el maravilloso poder de la atención prolongada. Esta especie de polarización cerebral con relación a un cierto orden de percepciones afina el juicio, enriquece nuestra sensibilidad analítica, espolea la imaginación constructiva y, en fin, condensando toda la luz de la razón en las negruras del problema, permite descubrir en éste inesperadas y sutiles relaciones». A lo que añade, un poco más adelante, que «convendrá durante la susodicha incubación intelectual que el investigador, a modo de sonámbulo, atento sólo a la voz del hipnotizador, no vea ni considere otra cosa que lo relacionado con el objeto de estudio» (*Ob. cit.* p. 57).

disciplina severa de la voluntad y perenne subordinación de todas las fuerza mentales a un objeto de estudio» (24).

B. Entre los cultivadores de la Filosofía, entendida en sentido amplio, quiero subrayar la trayectoria y el legado intelectual de *Julián Marías* (1914-2005), referido ciertamente a un amplísimo abanico de saberes cuyo núcleo central se encuentra en el pensamiento filosófico y la Antropología metafísica (25), pero que alcanza también la Historia, la Literatura, la Teología, la Sociología y el Cine; saberes plasmados en una extensa obra que conforman un pensamiento dotado de continuidad y coherencia construido desde una perspectiva que podría calificarse como *humanismo integral* (26).

Aparte de la ambición intelectual que siempre le caracterizó —que le llevó a no eludir ninguno de los temas centrales de la vida humana, por espinosos o difíciles que sean (27)—, especialmente valioso y modélico me parece su testimonio de libertad de pensamiento y de amor a la verdad, mantenido contra viento y marea durante un período de la Historia de España marcado por la división y el enfrentamiento entre españoles —y particularmente hostil

(24) Esta convicción le llevaba a expresar el siguiente lamento: «¡Cuán grande es el daño causado inconscientemente por los biógrafos de sabios ilustres al achacar las grandes conquistas científicas al genio antes que al trabajo y la paciencia!». En cambio, concluía, «muchas autobiografías, en las que el sabio se presenta al lector de cuerpo entero, con sus debilidades y pasiones, con sus caídas y aciertos, constituyen excelente tónico moral» (*Reglas y consejos*, p. 62).

(25) Con el título de *Antropología metafísica* y el subtítulo de *La estructura empírica de la vida humana* publicó (Revista de Occidente, Madrid, 1970) uno de sus libros más importantes, en el que se plasman los ejes centrales sobre los que gira su pensamiento sobre el ser humano en sus dos formas diferentes (varón y mujer).

(26) El hilo conductor que vertebra su ingente producción bibliográfica aparece cumplidamente reflejado en los tres volúmenes de sus memorias publicadas en 1988 y 1989: J. MARIAS, *Una vida presente. Memorias 1 (1914-1951)*, Alianza Editorial, Madrid, 1988, *Una vida presente. Memorias 2 (1951-1975)*, Alianza Editorial, Madrid, 1989 y *Una vida presente. Memorias 3 (1975-1989)*, Alianza Editorial, Madrid, 1989; memorias cuya lectura proporciona muchas claves explicativas de una forma de ver las cosas en la que la unidad entre pensamiento y vida constituye un elemento nuclear. Una excelente aproximación a la biografía y a la trayectoria intelectual de Marías se contiene en el libro de Rafael HIDALGO NAVARRO, *Julián Marías, Retrato de un filósofo enamorado*, Rialp, Madrid, 2011. En el *Libro Homenaje a Julián Marías. Un siglo de España*, Fundes, Alianza Editorial, 2002, pueden encontrarse muy numerosas aportaciones sobre distintos aspectos de su obra, con textos firmados, entre otros, por Miguel Delibes, F. Lázaro Carreter, O. González de Cardedal, F. Chueca Goitia, E. García de Enterría, A. Menéndez, M. Olivencia, F. C. Sainz de Robles, I. Sánchez Cámara y Adolfo Suárez.

(27) De esta generosa disposición para los retos intelectuales ambiciosos —reflejada en el lema «que por mí no quede» (Javier MARIAS, «Que por mí no quede», en *Homenaje*, cit., pp. 189 y ss.; R. HIDALGO, *Julián Marías*, pp. 16 y 116)— es muestra elocuente el título de algunos libros sobre temas no muy transitados habitualmente por los filósofos: *Tratado de lo mejor. La moral y las formas de vida, La felicidad humana, La educación sentimental, Breve tratado de la ilusión, o La mujer y su sombra*.

para los espíritus libres—, de modo que tuvo que pagar un altísimo precio por el ejercicio de su insobornable libertad y su autenticidad (28). De hecho, le fue negada la posibilidad de enseñar en las Universidades españolas —al margen de un reducido período de tiempo, durante una etapa ya postrera de su biografía intelectual y en una Universidad a distancia (la UNED)—, lo cual le obligó a buscar su *modus vivendi* y su proyección profesoral fuera de la Universidad y también en gran medida fuera de España (29). Todo lo cual le situó ante un recorrido vital repleto de amarguras y decepciones que no fueron sin embargo obstáculos para construir la visión esperanzada y positiva del ser humano como *imago Dei* que recorre su obra, en la que ocupan una posición central ingredientes tales como la vocación, la anticipación ilusionada de lo mejor, la condición sexuada del ser humano, la aspiración a la felicidad y la vida perdurable (30).

C. Entre los estímulos derivados de los hombres de letras, me parecieron en su momento muy sugestivos, y me lo sigue pareciendo hoy, el conjunto de

(28) Las huellas y heridas dejadas por este escenario de escisión fratricida en la biografía personal e intelectual de Julián Marías no fueron pocas. Entre ellas se encuentran los riesgos, penurias y tragedias que vivió en el Madrid republicano de los años de la Guerra Civil (admirablemente relatados en sus *Memorias 1*, en las que se incluye una esclarecedora narración de los sucesos de marzo de 1939), su detención y procesamiento tras la terminación de la Guerra, como consecuencia de la denuncia de personas muy cercanas, y el episodio particularmente sangrante del suspenso en su tesis doctoral (1942); episodio que implicó para él una «depuración» académica que solo en los años cincuenta sería reparada. Con la llegada de la democracia (1977), Julián Marías sería nombrado por el Rey D. Juan Carlos senador por designación real en la Legislatura Constituyente (1977-1979), y se incorporaría ya en los años ochenta a la UNED. Y siguió manteniendo una línea de pensamiento muy independiente desde su marcado patriotismo y su compromiso con la verdad, atento a las situaciones que le suscitaban críticas y preocupaciones y atento también a los riesgos para la libertad que surgieron en la nueva etapa democrática, como muestra el libro que publicó en 1986 con el título de *La libertad en juego*, Espasa-Calpe, Madrid, 1986, recogiendo diversos artículos publicados en los años anteriores.

(29) La biografía de Julián Marías confirma que pueden florecer fuera del espacio institucional de la Universidad las mejores cualidades del universitario cabal (ambición de conocimiento y de compartir los saberes, debate fundamentado y cordial, libertad de pensamiento y amor a la verdad). Del mismo modo que tales cualidades pueden estar ausentes de espacios formalmente calificados como universitarios.

(30) Como subraya R. HIDALGO (*op. cit.*, p. 24), el afán de verdad («verdad dicha y verdad vivida, pues ambas se necesitan») es una constante en la trayectoria de Julián Marías. Y reproduce al efecto un texto tomado de un libro publicado por éste en 1993, en el que se expresaba en los siguientes términos:

«La verdad consiste en dejar que la realidad penetre en nosotros y se dibuje en nuestra mente —señalará el filósofo—; en este sentido, el conocimiento filosófico supone una aparente pasividad que en rigor no lo es, y que sería mejor llamar humildad o aceptación de la realidad, respeto e ella. Pero no es pasividad porque esa visión requiere *mirar*, ejercer presión sobre la realidad y obligarla a que se manifieste (...) y se haga inteligible».

ensayos que *Pedro Salinas* (1891-1951) incluyó en un libro publicado por vez primera en 1948 bajo el escueto título de «El defensor» (31). En este libro —que creo representativo del modo de relacionarse con el mundo de la palabra, hablada y escrita, identificable también en otros célebres autores coetáneos a Salinas como Juan Ramón Jiménez, Antonio Machado, Azorín, José María Pemán o, al otro lado del Atlántico, Gabriela Mistral (32)—, se defiende la continuidad de «algunas formas de la vida del espíritu» que el ilustre poeta consideraba especialmente valiosas y en riesgo de perderse. Entre ellas se encuentra la defensa de la escritura vinculada a la mejor tradición de la correspondencia epistolar, el elogio de la lectura sosegada y fecunda de los libros, así como del lenguaje mismo como vehículo excelso para la comunicación humana.

Escrito durante el exilio de su autor en Puerto Rico, Pedro Salinas arranca sus reflexiones en el libro citado a partir de la indignación que le producía —«santa indignación» decía un tanto irónicamente— la publicidad que encontraba en las portadas de las oficinas de telégrafos invitando a sus destinatarios a sustituir las cartas por los telegramas (*Wire, dont write*; «poned telegramas, no escribáis cartas»), lo que ponía en marcha sus penetrantes consideraciones al respecto, no exentas de sentido del humor (33), para defender excelencias del espíritu humano que consideraba amenazadas ya en su momento —tómese nota de la fecha: años cuarenta del siglo pasado— por los cambios en los hábitos

(31) *El defensor* recoge varios ensayos escritos por su autor entre 1942 y 1946. Manejo la versión publicada por Alianza Editorial en 1986 con introducción de Juan Marichal.

(32) Menos conocida en España que los otros autores citados, la experiencia de Gabriela Mistral como maestra de escuela y sus afanes pedagógicos estuvieron siempre bien presentes en su obra. Especialmente, este aliento escolar luce en *Ternura*, aparecida en 1924 (manejo la edición de esta colección de poemas publicada por Editorial Universitaria, Santiago de Chile, 1995, con prólogo y notas de Jaime Quezada). En Gabriela Mistral, *Poesías completas*, Ed. Andrés Bello, 2001, puede encontrarse, además de sus cinco libros de poemas, una excelente aproximación biográfica sobre la poetisa chilena escrita por el citado Jaime Quezada.

(33) El anuncio citado le suscitaba reflexiones del siguiente tenor:

«Por atrevido que parezca yo proclamo este anuncio el más subversivo, el más peligroso, para la continuación de una vida relativamente civilizada, en un mundo todavía menos civilizado. Sí, es un anuncio faccioso [...] que quiere terminar nada menos que con ese delicioso producto de los seres humanos que se llama la carta. Tan santa indignación me produce que tengo hecho ánimo de formar una hermandad, que, a riesgo de sus vidas, recorra las calles de las ciudades, y junto a los rótulos de la barbarie, escriba los grandes letreros de la civilidad, que digan “¡Viva la carta, muera el telegrama!”. Los que perezcan en esta contienda, que de seguro serán muchos, se tendrán por mártires de la epistolografía y en los cielos disfrutarán de especiales privilegios, como el de libre franquicia para su correspondencia entre los siete cielos y la tierra».

[...]

«¿Porque ustedes son capaces de imaginarse un mundo sin cartas? ¿Un universo en el que todo se dijera a secas, en fórmulas abreviadas, de prisa y corriendo, sin arte y sin gracia? ¿Un mundo de telegramas?» (*El defensor*, cit. pp. 19-20).

sociales de entonces (34). Entre tales excelencias se refería a «los prodigios que para el hombre guarda el conocimiento hondo, el cultivo delicado de su lengua» y hacía un encendido elogio de tal conocimiento (35).

Casi ochenta años después de que fueran escritas estas reflexiones, y pasados también muchos años desde mi primera lectura de las mismas, me siguen pareciendo valiosas, y me siguen motivando para intentar transmitir a las nuevas generaciones algo de aquella relación con la palabra a la que antes me refería que de alguna forma me ha venido acompañado en mi doble condición de lector y de escritor, aun sin pretensiones literarias. Ciertamente, no parece fácil recuperar el cultivo de la correspondencia epistolar tal como la concebían nuestros mayores y pudimos practicar las personas de mi generación en años jóvenes (que quedan atrás: confieso que tan sólo esporádicamente imprimo a mis correos electrónicos un tono elaborado y personal), pero quizás no todo está perdido respecto a la lectura meditativa o contemplativa de textos de alguna calidad literaria, y al gusto por el dominio de un lenguaje matizado y rico. En este sentido, considero que la preocupación por estas «destrezas» que podríamos considerar de carácter «transversal» no debe estar ausente de los estudios universitarios, no sólo de los de letras y humanidades, sino

(34) No es impropio subrayar que, además de su condición de poeta, ensayista y profesor de literatura, Pedro Salinas fue un gran escritor de cartas, cuya calidad literaria ha justificado la publicación de varias colecciones epistolares de su autoría. Entre ellas se encuentra la que reúne una selección de las dirigidas a su novia Margarita Bonmartí (publicada por Alianza Editorial en 1984), la que recoge una selección del intercambio epistolar mantenido con su amigo Jorge Guillén (publicada por Ed. Tusquets en 1992) y la que ofrece una selección de las dirigidas a Katherine Whitmore (también por Tusquets en 2002). Sobre este aspecto de la vida y obra de Pedro Salinas, Javier GOÑI publicó un excelente resumen en el suplemento «Artes y Letras» del diario *Heraldo de Aragón* de 25 de abril de 2002, p. 12.

(35) Para explicar los prodigios que atesora este «conocimiento hondo» de la lengua se servía de diversas imágenes:

«¿Qué hará frente al teclado del piano una persona que conociese sólo los rudimentos de la música? Sacarle algunos sonidos mecánicamente, sin personalizarse en ello, la tocata de todos; en cambio, el buen conocedor de las teclas, de sus recursos inagotables, las hará cantar músicas nuevas, con acento propio. Así el hombre frente al lenguaje: todos lo usamos, sí, todos tenemos un cierto saber de este prodigioso teclado verbal. Pero sentiremos mejor lo que sentimos, pensaremos mejor lo que pensamos, cuanto más profunda y delicadamente conozcamos sus fuerzas, sus primores, sus infinitas aptitudes para expresarnos» (*El defensor*, p. 282).

También resulta sugestiva la siguiente comparación para expresar las «maravillas de la lengua»:

«Está el hombre junto a su lengua como en la margen de un agua en estanque que tiene en el fondo joyas y pedrerías, misterioso tesoro celado. La mirada no suele pasar del haz del agua, donde se reflejan las apariencias de la vida, con belleza suficiente. Pero el que hunda la mano más allá, más adentro, nunca la sacará sin premio. Y por eso, por esa persuasión, así ganada en treinta años de práctica gustosa, más, enamorada, del idioma, quisiera hacer sentir a otros lo que yo sentí, invitarles a este trato atento, delicado y sin prisa con las aguas hondas de su lengua materna» (*El defensor*, p. 279).

también con carácter general y, en particular, en los de Derecho (36). Forzoso es reconocer en todo caso que la deficiente calidad lingüística de no pocos textos normativos y jurisprudenciales, que forman inevitablemente la «materia prima» de nuestro estudio, no ayuda precisamente a ello (37).

D. Entre los cultivadores de la Teología, me permito mencionar a *Josep Ratzinger* (1927–), elegido Papa de la Iglesia católica en el año 2005 (Benedicto XVI), cargo que ejerció hasta su renuncia en 2013. Como es bien sabido, el «Papa teólogo» fue profesor universitario antes de ocupar importantes cargos de responsabilidad pastoral que se iniciaron con su nombramiento como Arzobispo de Múnich en 1977 (38); de modo que antes que pastor de la Iglesia fue investigador y docente universitario, con una anterioridad referible no solo a la dimensión temporal sino también a la constitutiva o del ser, en la medida en que nunca abandonó una actitud vital básica de estudioso y profesor (39).

(36) Esta atención y preocupación hacia el lenguaje está bien presente en la tradición universitaria en la que me he formado. Subrayaré al respecto, por ejemplo, que el cultivo de la calidad y elegancia en la expresión lingüística caracterizaba el discurso de Eduardo García de Enterría, que no sin merecimiento formaría parte como académico de número de la Real Academia Española desde 1994 hasta su fallecimiento en 2013, y que escribió no solo brillantes estudios jurídicos sino también diversos ensayos sobre temas literarios. Y también indicaré que esta atención hacia la lengua y la literatura ha estado bien presente en no pocos de sus discípulos directos. Entre ellos, destaca obviamente Santiago Muñoz Machado, también académico de la RAE, que viene desarrollando una importante labor de liderazgo en dicha institución como Director de la misma, y una fecunda producción como ensayista sobre temas vinculados con la lengua y la literatura españolas.

(37) Además de la masiva producción jurisprudencial, sujeta a unos ritmos ciertamente frenéticos difícilmente compatibles con el esmero en su redacción, me refiero por supuesto a numerosas disposiciones legales y reglamentarias —estatales, autonómicas y locales— que no sólo presentan elementos de confusión y oscuridad, sino también manifestaciones notorias de fealdad literaria, incluyendo las derivaciones más perturbadoras de la preocupación obsesiva por el falso problema del «lenguaje inclusivo». Oscuridad y fealdad que están también muy presentes lamentablemente en la prosa incontinente y escasamente amable de las Directivas y Reglamentos comunitarios, producto de una maquinaria burocrática también escasamente amable y de un «ejército» de traductores que no tienen obviamente entre sus preocupaciones prioritarias lograr la elegancia formal de los textos. Muy atrás quedan las disposiciones legales que podían ser un modelo o «escuela» del buen decir —esto es, de claridad y de elegancia—, como es el caso del Código Civil, en su versión inicial de 1889, o de Leyes administrativas muy relevantes como la de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1956 o de Procedimiento Administrativo de 1958. Los profesores de Derecho tenemos en la actualidad pocos aliados por este lado; más bien lo contrario.

(38) Su condición de profesor arranca ya de 1952 y se prolongaría hasta el mencionado año 1977, cuando fue nombrado por Pablo VI Arzobispo de la capital bávara. Concretamente, a partir de 1959 fue catedrático de Teología en diversas Universidades alemanas (Bonn, Múnster, Tubinga y Ratisbona).

(39) Un concienzudo estudio biográfico del Papa Benedicto, que recorre tanto su trayectoria vital como la evolución de su pensamiento, se contiene en el libro de Pablo BLANCO SARTO, *Benedicto XVI. El Papa alemán*, Planeta, Barcelona, 2010. También es interesante

Sin pretensión alguna de resumir el contenido y alcance de su ingente obra —para lo que carezco de títulos, además de que no sería éste el lugar— y con la mera pretensión de apuntar algunos referentes valiosos para mí, subrayaré tan solo su largo periplo vital, intelectual y espiritual en busca de un conocimiento significativo y compartible, aunando racionalidad y fe, Filosofía y Teología. A mi juicio, resulta especialmente ilustrativo de este periplo el contenido de la Carta Encíclica *Caritas in veritate* (2009), en la que, partiendo del conocido texto de San Pablo según el cual «la caridad goza con la verdad» (en el célebre Capítulo XIII de la Primera Carta a los Corintios), desarrolla su tesis fundamental de que «defender la verdad, proponerla con humildad y convicción, y testimoniarla en la vida son formas exigentes e insustituibles de caridad».

En este contexto de pensamiento se inserta la visión condensada sobre el «ideal universitario» que el Papa Benedicto propuso en un discurso dirigido a profesores de universitarios con ocasión de su estancia en España en el verano de 2011, del que quiero apuntar algunas pinceladas que me parecen particularmente significativas.

En este breve pero sustancioso discurso (40), el Papa Ratzinger expuso su visión del ideal que la Universidad encarna —un ideal «que no debe desvirtuarse ni por ideologías cerradas al diálogo racional, ni por servilismos a una lógica utilitarista de simple mercado»— en torno a tres ideas: 1) sensibilidad e ilusión por la verdad, que es la aspiración «más valiosa que podéis transmitir personal y vitalmente a vuestros estudiantes, y no simplemente unas técnicas instrumentales y anónimas, o unos datos fríos, usados sólo funcionalmente»; 2) la conciencia de nuestra limitación en el acceso a esa verdad, que no podemos poseer de modo completo, con la correspondiente invitación a la humildad evitando las actitudes vanidosas (41); y 3) la consideración del ideal universitario como un camino a la vez de la inteligencia y del amor: «no podemos avanzar en el conocimiento de algo si no nos mueve el amor, ni tampoco amar algo en lo que no vemos racionalidad, pues “no existe la inteligencia y después

para conocer algunas claves de su trayectoria la amplia entrevista realizada por P. Seewald en 2016 al entonces ya Papa «emérito» (Benedicto XVI, *Últimas conversaciones con Peter Seewald*, Mensajero, Bilbao, 2016).

(40) El texto del mismo se publicó en *Enseñanzas de Benedicto XVI en la JMJ 2011 Madrid*, EDIBESA, 2011, pp. 25 y ss.

(41) Estos son los términos concretos en los que se expresa en este punto (*op. cit.*, p. 29): «La verdad misma siempre va a estar más allá de nuestro alcance. Podemos buscarla y acercarnos a ella, pero no podemos poseerla del todo: más bien, es ella la que nos posee a nosotros y la que nos motiva. En el ejercicio intelectual y docente, la humildad es asimismo una virtud indispensable, que protege de la vanidad que cierra el acceso a la verdad. No debemos atraer a los estudiantes a nosotros mismos, sino encaminarlos hacia esa verdad que todos buscamos».

del amor: existe el amor rico en inteligencia y la inteligencia llena de amor” (*Caritas in veritate*, n. 30). Si verdad y bien están unidos, también lo están conocimiento y amor» (42).

No es bajo ciertamente el punto de mira de estas aseveraciones (el conocimiento se ilumina con el amor/deseo de bien, proponer y compartir el conocimiento verdadero es expresión cualificada de la caridad/amor), ni escaso su potencial estimulante, con independencia de las convicciones de cada cual y del posicionamiento desde el que se lean.

5. El aliento universitario de mis maestros administrativistas

Situándome en un escenario más cercano, y refiriéndome ahora al testimonio de personas que han cultivado el Derecho Administrativo y de cuyo magisterio directo he tenido la oportunidad de beneficiarme, destacaré el legado de dos administrativistas que fueron profesores míos en los años de la Licenciatura: Lorenzo Martín-Retortillo Baquer y Luis Martín Rebollo (43).

A. Del prof. *Lorenzo Martín-Retortillo* subrayaré en este lugar tres aspectos que me han resultado particularmente aleccionadores y que no puedo dejar de mencionar en el repaso de los diversos «nutrientes» en los que me he apoyado:

1) En primer lugar, su apasionada defensa por la concepción sustantiva o material de la Universidad y del quehacer universitario a la que antes me he referido, de cuya aplicación práctica pude beneficiarme y «beber» durante la etapa de mi formación como jurista universitario (44), y de la que pueden encontrarse numerosas expresiones en su obra escrita (45).

(42) En esta línea, invitaba a los profesores universitarios «a no olvidar que la enseñanza no es una escueta comunicación de contenidos, sino una formación de jóvenes a quienes habéis de comprender y querer».

(43) Priorizaré aquí mi conexión directa con dichos profesores y su marcado talante o perfil universitario. Dejaré en cambio ahora fuera de mi atención a otros administrativistas que han sido para mí referencia fundamental (en cuya identificación no podrían faltar los nombres de Eduardo García de Enterría, Alejandro Nieto García, Sebastián Martín-Retortillo, José Ramón Parada Vázquez y Tomás Ramón Fernández Rodríguez), lo cual queda reflejado en la abundante cita a sus escritos que he venido haciendo en mis trabajos.

(44) A ello tuve ocasión de referirme en el texto que redacté como *laudatio* con ocasión de su investidura como doctor honoris causa por la Universidad de Lérida: «Semblanza académica del profesor Lorenzo Martín-Retortillo», en esta REVISTA, 49-50, 2017, pp. 11 y ss.

(45) En particular, la concepción a la que me refiero late en los diversos escritos incluidos en su libro *A vueltas con la Universidad*, Civitas, Madrid, 1990. Véanse especialmente los escritos que se engloban en el apartado encabezado con el alegato pronunciado en su momento por Joaquín Costa, que el profesor Martín-Retortillo hacía suyo: «menos Universidades y más sabios». También la evocación de las excelencias de la Universidad de Oviedo durante el último tercio del siglo XIX a propósito del comentario de las memorias de

2) Muy unido a ello se encuentra su marcada vocación docente y en particular su generosísima dedicación a la formación de profesores universitarios, esto es, su condición de *profesor de profesores*. Condición materializada en la disponibilidad y paciencia meticulosa mostrada en la dirección de numerosas tesis doctorales, así como en el posterior seguimiento y orientación de la carrera universitaria de no pocos de los doctores por él tutelados.

3) Y creo destacable asimismo su apuesta, manifestada en palabras y en hechos, por una serie de valores personales y cívicos —el trabajo bien hecho y perseverante de cada día, el respeto y la escucha de las opiniones discrepantes, el compromiso personal por la mejora del entorno en que vivimos, el valor de las relaciones afectuosas y leales basadas en los vínculos de amistad y de familia, etc.— como base indispensable para la construcción de una sociedad mejor y, en particular, para el arraigo de la democracia y los derechos humanos.

B. Del prof. *Luis Martín Rebollo*, actualmente Catedrático emérito de la Universidad de Cantabria, apuntaré algunos aspectos de su fecunda trayectoria como estudioso y como profesor que me parecen particularmente relevantes desde la perspectiva que ahora me ocupa (46): 1) Su entendimiento del Derecho como fenómeno social dentro de una visión amplia de las cosas, en la que el estudio de las normas concretas que pueblan nuestro ordenamiento positivo se encuadra en el contexto de las coordenadas generales —sociológicas, históricas y culturales— que le dan soporte y lo pueden hacer inteligible. 2) La visión del Derecho como saber práctico que permite resolver los problemas cotidianos que plantean la convivencia y las relaciones con los poderes públicos de manera razonable y eficiente. 3) La necesidad de asumir un conjunto de valores y principios que son los que iluminan las normas, orientándolas y

Adolfo Posada, en pp. 169-178. Unas memorias en las que el mencionado Catedrático se lamentaba del estado general de la Universidad de su época ante el Ministro del ramo en los siguientes términos: «Son legión los catedráticos que no conocen ni el francés, ni leen una sola revista; los catedráticos de Derecho que se dedican a sus pleitos, los catedráticos de Medicina, pendientes de su consulta [...] La Universidad no tiene alma, es, a lo sumo, una oficina de exámenes y grados, sin espíritu corporativo. Si la nuestra, la de Oviedo, es algo Universidad débese a que la inmensa mayoría de su personal vive en y para la Universidad...».

(46) Tengo especialmente en cuenta aquí, además del magisterio directo del que en su momento pude beneficiarme en la Facultad de Derecho de Zaragoza, la condensación de ideas y experiencias que el prof. MARTÍN REBOLLO realizó en su trabajo más atrás citado *Sobre la enseñanza del Derecho Administrativo tras la Declaración de Bolonia*, pp. 208-220, así como la presentación, breve pero muy certera, que realizaron sus discípulos santanderinos encabezados por J. M. ALEGRE ÁVILA en el libro recopilatorio que prepararon en su homenaje: *Presentando al autor. Luis Martín Rebollo, maestro*, en L. MARTÍN REBOLLO, *40 años de Derecho Administrativo posconstitucional y otros ensayos rescatados*, Aranzadi, 2017, pp. 29 y ss.

sierviéndoles de apoyo (47), a partir de los cuales ha desplegado una infatigable labor de seguimiento y presentación de las normas concretas vigentes en cada momento. 4) Su encomiable afán comunicativo y pedagógico, que le lleva a desplegar importantes esfuerzos para hacer accesibles a todos la legislación positiva y las instituciones jurídicas.

En particular, estas características y cualidades lucen con fuerza en las 28 ediciones que ha publicado de la obra *Leyes administrativas* con Editorial Aranzadi —la última de ellas este mismo año 2022—, admirable expresión de perseverancia y compromiso, inasequible al desaliento, con el ambicioso reto personal de poner al servicio de estudiantes, profesores y profesionales un valioso instrumento de conocimiento de la legislación administrativa general; compromiso que también luce en otras publicaciones de textos legales debidas al citado profesor (48). En tales recopilaciones normativas, Luis Martín Rebollo no solo ofrece una útil selección y sistematización de las normas administrativas en vigor más relevantes, sino también unas excelentes observaciones introductorias a los textos legales y unas minuciosas anotaciones sobre preceptos concretos que tienen un gran valor informativo y crean una potente «red de seguridad» para alumnos y profesores en relación con vigencias, interpretaciones y conexiones normativas. Algo que resulta ciertamente admirable en los tiempos actuales como obra individual, teniendo en cuenta de las dificultades que implica la actualización como consecuencia de la velocidad de los cambios normativos (49).

Asimismo, es de reseñar el esfuerzo de explicación comprensiva y global que luce en su obra *Manual de Derecho Administrativo y guía para el estudio de las leyes administrativas*, cuya última edición por el momento (la 6ª) ha aparecido también en el año 2022, y que cabe insertar en el contexto de una vigorosa lucha por la supervivencia del libro impreso en el ámbito jurídico. Además de una explicación básica de las instituciones fundamentales del Derecho Administrativo, Martín Rebollo aporta en esta obra numerosos encuadres y referencias —útiles como elementos de contextualización de las normas y como herramientas de trabajo— que no es habitual encontrar en los Manuales y obras generales al uso (50).

(47) Tales valores y principios, derivados en buena medida de la Constitución, son, en el decir de MARTÍN REBOLLO, «como la argamasa que aglutina y mantiene el entramado de las normas, la que le da sentido al conjunto cuando se producen las inevitables antinomias, la que sirve de guía interpretativa, la que permite hablar del Derecho con un criterio finalista» (*Sobre la enseñanza del Derecho Administrativo*, cit. p. 2016).

(48) Entre ellas, cabe mencionar la recopilación *Leyes administrativas básicas*, 4ª ed. Civitas, Cizur Menor, 2022 y el libro *Constitución española. Texto y contexto*, 2ª edición, Aranzadi, Cizur Menor, 2018.

(49) Esta velocidad de los cambios normativos configura un escenario nada amable —más bien inhóspito y caótico— para el estudioso que busca encontrar alguna coherencia y sentido global al Derecho positivo en vigor.

(50) En este sentido procede destacar que en el citado *Manual* aborda ampliamente cuestiones de índole general como el Derecho y la formación de los juristas, el significado e incidencia de la Constitución de 1978, un estudio general sobre la evolución del Derecho

6. Conexión entre docencia e investigación

Como ha quedado apuntado más atrás, la enseñanza universitaria se nutre de la investigación (propia y ajena) debiendo aspirarse a una unidad entre los resultados del propio itinerario de pensamiento y aprendizaje (investigación) y lo que se comparte en el espacio docente, entendido en su sentido más amplio.

Este es sin duda el punto de partida, pero ello no debe conducir a intentar «volcar» de modo inmediato el propio trabajo investigador, con toda su complejidad y matices, en la enseñanza que se imparte, especialmente en los estudios de Grado —los de Posgrado admiten planteamientos algo más ambiciosos—. Creo que los contenidos, la estructura, el tono, e incluso el propio lenguaje de las enseñanzas deben acomodarse al perfil concreto que los estudiantes tienen en cada caso; es preciso situarse en *su* perspectiva buscando la comprensión de los mensajes y la utilidad para ellos, lo cual debe moderar la natural tendencia, en principio positiva y válida, a compartir los hallazgos resultantes del trabajo investigador. Apunto a continuación algunas observaciones adicionales en desarrollo y complemento de lo que acaba de indicarse.

A. No comparto una posible visión de las cosas en términos de disyuntiva entre docencia e investigación, que enfatice la contraposición entre ambas y las dificultades para ser a la vez buen investigador y buen docente, pues entiendo que hay puentes entre las mismas y que son vertientes del quehacer universitario que sin duda *se complementan*: la investigación nutre el trabajo docente, aunque sea tan solo de forma mediata o indirecta, en el sentido de que lo enriquece y le aporta hondura, lo hace más personal y original, añadiendo capacidad de convicción en los contenidos que se comparten. Pero la docencia ayuda también al trabajo investigador, al menos en dos sentidos: a) propicia en el profesor una visión general de la propia disciplina que permite superar la fragmentación y especialización que impone la investigación, permite encuadrar los propios conocimientos especializados en contextos más amplios y somete a prueba nuestra capacidad de formular y transmitir conocimientos e ideas; b) por otro lado, no es infrecuente que las actividades docentes, y la preparación de materiales al efecto, sirvan también para identificar dudas y aspectos oscuros que propician indagaciones ulteriores de mayor calado, ofreciendo con ello el punto de arranque para los caminos investigadores.

Administrativo español durante la etapa postconstitucional, una semblanza biográfica de los principales administrativistas españoles desde comienzos del siglo XIX y una documentada «pincelada» sobre los orígenes y regulación actual de la Universidad. E incluye también un completísimo apartado de «medios instrumentales» para el estudio del Derecho Administrativo: fuentes normativas y guía de lectura de normas, fuentes jurisprudenciales, páginas de información en Internet, y una completísima selección bibliográfica.

B. Creo que conviene un cierto *equilibrio* entre docencia e investigación. Sin perjuicio de que pueda haber distintas etapas en la trayectoria de un profesor universitario, con priorización en ellas de unas u otras vertientes de la vida académica —docencia o investigación, pero también gestión universitaria o transferencia de conocimientos—, creo que una dedicación limitada estrictamente a la docencia por parte del profesorado universitario a tiempo completo, con escasa o nula actividad investigadora, tiende a producir a la larga un empobrecimiento de los contenidos que se enseñan (51). Del mismo modo que, a la inversa, una preocupación única o muy mayoritaria por la investigación, con cierto desdén acaso de la actividad docente, puede generar profesores con un perfil incompleto o sesgado como universitarios, que dejan en segundo plano el desarrollo de sus capacidades comunicativas y no consiguen aportar a su entorno inmediato un «valor añadido» acorde con el nivel de su maduración y conocimientos (52).

C. Situándome en la perspectiva que me brinda la propia experiencia, debo decir que la *docencia presencial* opera en mí como un elemento motivacional muy potente, casi diría que insustituible, pese a que conlleve también obviamente decepciones y frustraciones como puede suceder con todo

(51) En estos términos, que comparto plenamente, se expresa Fernando LÓPEZ RAMÓN al respecto: «Las enseñanzas universitarias no tienen por objeto preparar para la investigación científica, pero sí deben fundamentarse en ella. No pueden consistir en la mera repetición de los contenidos de un manual. Han de ser la expresión de conocimientos y reflexiones madurados constantemente» («Reflexiones sobre el doctorado en Derecho», *Revista Vasca de Administración Pública* 99-100, pp. 1949 y ss., 1950).

(52) En este punto me vienen a la memoria las severas críticas de J. ORTEGA Y GASSET al «cientifismo» de las Universidades de su tiempo. Críticas vertidas concretamente en su conocido ensayo *Misión de la Universidad*, publicado originariamente en 1930 (manejo la 5ª edición publicada por Revista de Occidente, Madrid, 1968). En dicho ensayo podemos leer al respecto (*op. cit.* pp. 51-56) afirmaciones como las siguientes:

«Pretender que el estudiante normal sea un científico es, por lo pronto, una pretensión ridícula que solo ha podido abrigar [...] el vicio de utopismo característico de las generaciones anteriores a la nuestra. Pero además no es tampoco deseable ni aun idealmente. La ciencia es una de las cosas más altas, pero no la única. Hay otras pares a su lado y no hay razón para que aquella llene a la humanidad desalojando estas...».

A lo cual añade, un poco más adelante lo siguiente: «Ha sido desastrosa la tendencia que ha llevado al predominio de la investigación en la Universidad. Ella ha sido la causa de que se elimine lo principal: la cultura. Además ha hecho que no se cultive intensamente el propósito de educar profesionales *ad hoc*».

Son apreciaciones éstas que deben entenderse en el contexto de los conceptos de ciencia y de cultura de los que parte el ilustre filósofo (expuestos en el mismo ensayo en pp. 56 y ss.); y en particular dentro del excelso concepto de cultura que formula, muy distante del desdibujado y degradado significado que hoy tiende a tener, como consecuencia de la vulgarización y abuso del mismo. Por lo demás creo que el propio ORTEGA Y GASSET reformularía o matizaría hoy esta línea de pensamiento, en la Universidad masificada y predominantemente profesionalizadora de nuestros días.

lo humano en lo que ponemos esfuerzo e ilusión. Cada septiembre y cada febrero aparecen en mi esfera vital directa nuevos alumnos y alumnas, en una edad en principio receptiva y propicia al efecto «esponja»; casi siempre hay algunos con una curiosidad despierta y ganas de aprender. Y esta mera presencia constituye en sí un poderoso incentivo que genera en mí energías comunicativas y alguna forma de empatía, un incentivo sobre todo para el trabajo docente, pero probablemente también para la investigación. Sin duda echaré de menos esta presencia cuando me falte (53).

7. El contexto institucional. La esencialidad de la libertad académica: la Universidad como espacio privilegiado de libertad

La enseñanza universitaria, conectada con el estudio y la investigación en los términos que hemos apuntado, se desenvuelve en un clima de imprescindible libertad que resulta sin duda consustancial a la idea misma de Universidad, si bien no está exenta de condicionamientos organizativos, como consecuencia del hecho de que no constituye un proyecto meramente individual de cada profesor, sino un proyecto institucional o colectivo, de modo que el espacio de autonomía asignado individualmente a los docentes debe insertarse en una organización o estructura académica conjunta.

Es este contexto de libertad un aspecto esencial de la Universidad sobre el que merece la pena detenerse brevemente, porque no puede darse por definitivamente consolidado y cerrado, sino que, por el contrario, se encuentra siempre expuesto a riesgos o amenazas, a veces sutiles.

A. Recordemos, en primer lugar, cuál es el marco histórico-jurídico del tema:

a) El reconocimiento de la libertad de cátedra (art. 20.1.c CE) tiene detrás de sí una larga historia de lucha que mantuvieron en su momento los profesores universitarios para defender su independencia en el ejercicio de la

(53) Al repasar esta experiencia personal, retorna a mi pensamiento el testimonio de Julián Marías, a quien antes me he referido. En distintos momentos de sus *Memorias* se refiere a la frustración que le producía no tener un flujo habitual y recurrente de alumnos en su actividad de estudiar y enseñar, como consecuencia de haber sido excluido de la Universidad española. Ante esta carencia, tuvo que buscar fuera de la Universidad y muchas veces en el extranjero ese flujo de alumnos, con los que desarrolló relaciones personales intensas y fecundas pero mantenidas frecuentemente a mucha distancia (evoca en particular con especial cariño su conexión con muchas alumnas norteamericanas). La lectura en su día de la narración de esta experiencia por J. Marías me hizo valorar más la facilidad con la que se nos brinda ese flujo de alumnos a quienes estamos inmersos desde hace décadas en un sistema universitario que, con todos sus defectos e imperfecciones, nos brinda curso tras curso ese flujo de alumnos. Quizás no valoramos suficientemente o como deberíamos las cosas que nos vienen dadas y que no nos han faltado nunca.

docencia conforme a sus opiniones y convicciones frente a las imposiciones e injerencias del poder político (54).

Hubo en particular en la España del siglo XIX una pugna entre concepciones autoritarias y liberales de la enseñanza universitaria, en virtud de la cual, tras muchos avatares manifestados en la separación de sus cátedras de determinados profesores universitarios por su divergencia con la ortodoxia política y religiosa del momento y en la creación de la Institución Libre de Enseñanza (55), conseguiría abrirse paso la libertad de cátedra. Inicialmente, mediante disposiciones aprobadas en el contexto de la Revolución liberal de 1868 (56) y, posteriormente, ya en el marco de la Restauración borbónica, a través de normas dictadas en 1881 y 1901 (57).

(54) Un pormenorizado y eficaz relato de estos avatares se encuentra en la monografía de B. LOZANO CUTANDA, *La libertad de cátedra*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 25 y ss.

(55) Creada en 1876 por un grupo de catedráticos que habían sido privados de sus cátedras por oponerse a ajustar sus enseñanzas a los dogmas oficiales del momento, todavía existe en la actualidad bajo la denominación de Fundación Francisco Giner de los Ríos. Una exhaustiva exposición sobre las circunstancias de su creación y su primera andadura puede encontrarse en V. CACHO VIU, *La Institución Libre de Enseñanza, 1 Orígenes y etapa universitarias (1860-1881)*, Rialp, Madrid, 1962.

(56) Obsérvese la concepción liberal, que hoy asumimos plenamente, que luce en el Preámbulo del Decreto de 21 de octubre de 1868: «el Estado carece de autoridad bastante para aprobar la condenación de teorías científicas, y debe dejar a los profesores en libertad de exponer y discutir lo que piensan»; en coherencia con lo cual se reconocía (art. 16) la libertad de los profesores para «señalar el libro de texto que se halle más en armonía con sus doctrinas y adoptar el método de enseñanza que crean más conveniente».

Y obsérvese también que muy unida a la libertad de cátedra estaba la inamovilidad de los catedráticos nombrados legalmente:

«la inamovilidad de los profesores de instrucción pública es una garantía necesaria de la libertad a que tienen derecho. Sin ella habría una ciencia oficial que, en vez de ser absoluta, general y progresiva, cambiaría con las circunstancias y sería tan variable como ellas. Es imposible que el profesor ejerza con dignidad y elevación el magisterio, y se inspire en el estudio de sí mismo y de la naturaleza, si puede ser separado arbitrariamente por el Gobierno. Conviértese entonces en repetidor de sus doctrinas, y se ve precisado a resolver cuestiones científicas sin criterio ni pensamiento propio» (Preámbulo del Decreto de 5 de noviembre 1868).

El texto de estas disposiciones y la contextualización histórica y política de las mismas pueden encontrarse en el citado libro de B. LOZANO CUTANDA, *La libertad de cátedra*, pp. 75-77.

(57) La conocida como «Circular Albareda» (Circular emitida por el Ministro Albareda, de 3 de marzo de 1881), se expresaría en estos expresivos términos:

«los Gobiernos, que indudablemente cuentan con medios eficaces para favorecer y ordenar la enseñanza no son, no han sido nunca poderosos a detener el vuelo del espíritu, a limitar las conquistas de la ciencia, el natural crecimiento del saber humano; siendo por tanto evidente que, en las elevadas regiones, donde el espíritu se afana por encontrar la verdad, para difundirla después, la razón especulativa ha de ser independiente, sin que allí alcance la represión ni la violencia...».

Por ello, la Circular recomendaba a los rectores que favoreciesen la investigación científica «sin oponer obstáculos, bajo ningún concepto, al libre, entero y tranquilo desarrollo del

Tras las múltiples manifestaciones de intransigencia ideológica que acontecieron durante el siglo XX (en especial, durante la II República, la Guerra Civil —en ambos bandos— y el régimen político que nació de ella), el reconocimiento de la libertad de cátedra sólo de forma estable y consolidada se produce en virtud de la Constitución de 1978, en cuyo contexto se ha elaborado un completo marco legal sobre el ejercicio de la enseñanza en los diferentes niveles educativos y una jurisprudencia matizada al respecto (58).

b) La CE reconoce, de manera expresa y específica la libertad de cátedra en su art. 20.1.c); por tanto, en un lugar muy preeminente, entre los derechos fundamentales relativos a la libertad de expresión, en relación con los cuales se proscribía cualquier forma de censura previa (art. 20.2). El enunciado de este derecho específico (59) debe ponerse en conexión obviamente con los

estudio, ni fijar a la actividad del profesor, en el ejercicio de sus elevadas funciones, otros límites que los que señala el derecho común a los ciudadanos».

Esta concepción de la Universidad como espacio de libre pensamiento sería confirmada posteriormente por una Real Orden de 21 de marzo de 1901 firmada por el Conde de Romanones como Ministro de Instrucción Pública: «la libertad, que es derecho reconocido en las leyes, no puede regatearse a quienes viven para abrir en la juventud los surcos de la educación y para arrojar en ellos las simientes de las ideas», de modo que, continúa diciendo la Real Orden, «en cuanto atañe a la gestión disciplinaria, solamente aplicará el rigor de la ley en la comisión de delitos castigados por el derecho común», puesto que «al Catedrático en el ejercicio de su nobilísimo cargo no se le pueden señalar otros límites, aparte de los impuestos por la propia conciencia del cumplimiento del deber, que los que marca a todos los ciudadanos el ejercicio del derecho».

Véanse también estos textos en B. LOZANO, *La libertad de cátedra*, pp. 83 y ss., quien destaca el estatus privilegiado de inamovilidad que se otorgó a los catedráticos, que era excepción al principio general de amovilidad que entonces caracterizaba todavía a las carreras funcionariales.

(58) Puede decirse que la conquista y consolidación de la libertad de cátedra es un capítulo más de la larga y trabajosa lucha en pro de la libertad frente a los dogmatismos y la intransigencia ideológica, política y religiosa, que durante muchos siglos asolaron España y Europa, con víctimas muy cualificadas como Miguel Servet, que pagaron con su vida la coherencia con sus propias ideas. Por desgracia, en amplias zonas del mundo las libertades de pensamiento, expresión e información, en sus diversas manifestaciones, siguen siendo una quimera (así lo acreditan hechos tan lamentables como los asesinatos de periodistas en Méjico y otros países, la persecución de cristianos y miembros de otras confesiones religiosas en los países en los que se ha impuesto el radicalismo islámico, o la represión de la disidencia política en países con regímenes totalitarios o autoritarios). Y con carácter general, las libertades citadas afrontan en todo el orbe amenazas preocupantes vinculadas a las diversas formas de intolerancia.

(59) En un Estado asentado sobre el pluralismo como valor superior (art. 1.1 CE), que reconoce la libertad de pensamiento y expresión para todos —no es en modo alguno el privilegio de unos pocos—, la consagración explícita de la libertad de cátedra podría haberse considerado superflua o innecesaria. No obstante, el constituyente consideró oportuno hacer una explícita mención a este derecho, que actúa como recordatorio de la larga lucha por la libertad en la docencia universitaria a la que se ha aludido, y que cierra el paso de manera tajante a cualquier tentación futura de los poderes públicos de coartar esta libertad. Lo cual

principios básicos del sistema educativo que consagran los diversos apartados del art. 27 CE y con los mecanismos de protección que se establecen en el art. 53.2, entre los cuales se encuentra el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Sobre los sujetos titulares de la libertad de cátedra y su contenido fueron muy relevantes las pautas fijadas por el Tribunal Constitucional en uno de sus primeros pronunciamientos: la STC 5/1981, de 13 de febrero. Respecto a lo primero —sujetos titulares— quedó establecido que la libertad de cátedra es un derecho que corresponde a todos los docentes, con independencia del nivel de enseñanza en el que actúan —no sólo por tanto a los de la enseñanza superior—. No obstante, añadía el TC, el contenido de la libertad de cátedra queda modulado por las características del puesto docente que se ocupa, estando en función de la naturaleza pública o privada del centro en el que se ejerce la docencia y del nivel o grado educativo del que se trate.

En cuanto a su contenido, el TC afirmó en esta importante sentencia que la libertad de cátedra

«habilita al docente para resistir cualquier mandato de dar a su enseñanza una orientación ideológica determinada, es decir, cualquier orientación que implique un determinado enfoque de la realidad natural, histórica o social dentro de los que el amplio marco de los principios constitucionales hacen posible. Libertad de cátedra es, en ese sentido, noción incompatible con la existencia de una ciencia o doctrina oficiales».

Por otro lado, debe notarse que hay en la jurisprudencia, sobre todo contencioso-administrativa, un amplio *corpus* de pautas de orden concreto sobre las limitaciones que la organización docente de las Universidades puede imponer a los profesores en el ejercicio de su actividad de enseñar (60). En particular debe

explica la extendida opinión doctrinal que valora positivamente la consagración explícita de esta libertad. Valoración positiva reflejada en el juicio de Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, que consideró «un acierto innegable» que luzca en la Constitución la referencia expresa a ella (en el Prólogo a la citada obra de B. Lozano).

Una interesante aportación preparatoria del contexto en el que se elaboró la Constitución respecto de este tema vino dada por los estudios sobre la cuestión en Alemania de José Luis CARRO, *Polémica y reforma universitaria en Alemania (Libertad científica, congestión y numerus clausus)*, Civitas, Madrid, 1976 y «Libertad científica y organización universitaria», *Revista Española de Derecho Administrativo* 13 (1977).

(60) La exposición detallada de esta jurisprudencia puede encontrarse en la monografía citada de B. LOZANO, *La libertad de cátedra*, pp. 179 y ss., en mi estudio sobre «El régimen jurídico de los Departamentos universitarios. Acotaciones de la jurisprudencia», RAP 142 (1997), pp. 247 y ss., 276-294 y en el libro de Ignacio JIMÉNEZ SOTO, *Derechos y deberes en la comunidad universitaria*, Marcial Pons, 2009, pp. 88-108. Por lo que se refiere específicamente a la función de evaluación de los alumnos, véase también E. MOREU CARBONELL, *El examen en el nuevo sistema educativo español. Régimen jurídico de los exámenes académicos*, Ed. Comares, Granada, 2003, pp. 68 y ss.

subrayarse que, de acuerdo con esta jurisprudencia, 1) el profesor universitario tiene derecho a que se le asigne docencia dentro de las asignaturas de su área de conocimiento, como una derivación de su libertad de cátedra, de modo que vulneran dicha libertad las decisiones o meras vías de hecho que adopten los Departamentos negando dicha asignación de docencia; 2) por lo que se refiere a la concreta docencia a impartir (asignatura, grupo, horario, etc.), no existe un derecho incondicionado del profesor que pueda ampararse en la libertad de cátedra, sino que, por el contrario, las preferencias personales deben ceder ante las exigencias del servicio cuya ordenación corresponde a los Departamentos; 3) respecto al fundamental tema de la determinación de los contenidos de las asignaturas que se imparten (temario del programa y su orden secuencial, métodos de la enseñanza que se imparte y la bibliografía que se recomienda) hay un planteamiento matizado o intermedio: los Departamentos pueden fijar directrices que condicionen estos aspectos en el ejercicio de su función coordinadora, pero no hasta el punto de cerrar o excluir todo margen de libertad para el profesor (61); 4) por lo que se refiere a la función evaluadora de los conocimientos de los alumnos, la jurisprudencia (aquí constitucional) tiene declarado que dicha función no se integra dentro del contenido de la libertad de cátedra, de modo que los conflictos que surjan en torno a la misma deben abordarse al margen de la libertad de cátedra (62).

B. No faltan sin embargo en el momento presente motivos de insatisfacción y preocupación ante ciertas limitaciones fácticas y amenazas que se ciernen sobre la libertad de cátedra, y sobre la libertad de expresión en general, que no es posible ignorar. En materia de libertades, nada está definitivamente asentado y consolidado, la «lucha por el Derecho» (63) debe continuar, pues las conquistas de ayer no aseguran la protección frente a los nuevos riesgos.

Algunas de estas amenazas tiene que ver con la tentación del poder político de imponer en la enseñanza una verdad oficial, un relato único sobre

(61) Los matices sobre esta cuestión pueden encontrarse en J. PEMÁN GAVÍN, «El régimen jurídico», cit. pp. 284-290.

(62) Fue concretamente la STC 217/1992, de 1 de diciembre, la que se pronunció sobre esta cuestión, negando que la libertad de cátedra incluya la función de examinar o valorar los conocimientos adquiridos por los alumnos.

(63) Título del célebre ensayo escrito por el romanista alemán R. VON IHERING recogiendo el contenido de una conferencia impartida en 1872 que fue traducida al castellano por Adolfo González Posada ya en 1881. Manejo la versión del ensayo incluida entre los *Estudios jurídicos* de R. VON IHERING publicados por la editorial argentina Heliasta, Buenos Aires, 1974. Recientemente (2018), Ed. Dykinson, ha publicado de nuevo *La lucha por el Derecho* con Estudio Preliminar y edición a cargo de Luis LLOREDO ALIX.

En dicho Estudio Preliminar (p. 23) LLOREDO califica como «luminosa» la tesis de IHERING de que «los derechos no deben comprenderse solo como facultades veniales que se otorgan a beneficio de inventario, como si fueran concesiones que pueden o no pueden ejercerse en función de un cálculo puramente utilitario, sino que son auténticos deberes que el ciudadano está obligado a hacer valer, tanto para satisfacer su interés personal como para asegurar el bienestar de la comunidad política».

la Historia o una determinada impronta ideológica a los contenidos que se imparten (64). Otras en cambio tienen que ver con la generación, en el escenario sociocultural actual, de un pensamiento hegemónico, o incluso único, sobre determinadas cuestiones y el sometimiento a diversas formas de acoso (llegando a la «cancelación» o el «linchamiento») a quien discrepa del discurso mayoritario o «políticamente correcto» (65). Lo cual puede traducirse en la práctica en la intangibilidad de ciertos colectivos y del discutible estatus privilegiado

(64) A este respecto cabe mencionar, junto a determinados contenidos de las enseñanzas no universitarias que pretenden imponerse al dictado de las obsesiones ideológicas de los gobernantes del momento, la visión de las cosas que se ha ido imponiendo en la legislación sobre la denominada «memoria histórica» o «democrática» y en particular en la Ley de Memoria Democrática recientemente aprobada por las Cortes Generales (Ley 20/2022, de 19 de octubre); una visión poco proclive a admitir la diversidad y el pluralismo de las contribuciones y opiniones sobre el pasado. Ya con anterioridad a la promulgación de esta Ley, Angel GARCÉS SANAGUSTÍN advirtió certeramente sobre la tendencia que impregna esta legislación hacia la creación de una «ortodoxia oficial», que se manifiesta con perfiles cada vez más intransigentes (véase *El Derecho de la Historia: memoria democrática y derechos históricos*, lustel, Madrid, 2020, con reflexiones al respecto en pp. 207-209 que suscribo plenamente). Respecto de la reciente Ley 20/2022, debo dejar para otra ocasión el análisis de sus contenidos, pero no puedo dejar de subrayar el rechazo que suscita la circunstancia (acertadamente puesta de manifiesto por José TUDELA ARANDA, «Memoria», *Heraldo de Aragón*, 16 de julio de 2022) del protagonismo que en su formulación han tenido quienes combatieron el orden democrático instaurado por la Constitución de 1978 y justificaron o comprendieron el asesinato del discrepante. Al margen de ello, resulta en sí misma cuestionable la existencia de una «política pública» de memoria colectiva, como oportuna y lúcidamente ha destacado Luis POMED («Memorialistas a la violeta», en su blog *La voz de la 6*, 4 de agosto de 2022).

Y tampoco puede dejar de aludirse a la imposición de una determinada visión de la Historia y de España que los nacionalismos han ido imponiendo allí donde gobiernan de manera continuada, como sucede en el País Vasco y Cataluña. En este último caso son notorios no sólo los mensajes adoctrinadores que se imponen en la enseñanza no universitaria desde la Administración educativa sino también la hostilidad ambiental y acoso que pueden sufrir los profesores universitarios que se significan en posiciones críticas con el nacionalismo imperante.

(65) La materia de igualdad hombre/mujer y feminismos (la utilización del plural viene exigida por la existencia de muchas variantes al respecto), así como la propia noción de masculinidad y feminidad, se han convertido en un terreno resbaladizo —algo tabú en la práctica— en el que resulta difícil expresar ideas que se aparten de los discursos que aspiran a ser hegemónicos, e incluso únicos, sin el riesgo de desatar las iras de ciertos colectivos. También resulta resbaladizo sostener un discurso crítico con el planteamiento favorecedor del transexualismo que se ha impuesto en los últimos años y que se plasma en la facilitación de la cirugía transexual y en el otorgamiento de condiciones privilegiadas para los transexuales en temas tan importantes como el acceso al empleo público. Interesantes reflexiones en torno al tema, con referencia específica a la cuestión del transexualismo, ha realizado recientemente Á. GARCÉS SANAGUSTÍN en su artículo sobre «El negocio de la discriminación», *Heraldo de Aragón*, 25 de julio de 2022. En él alerta sobre los riesgos para la libertad que derivan de ciertos colectivos «neoinquisitoriales» y observa que «como siempre ocurre en la Historia, los adalides ventajistas de la desigualdad son también, los enemigos de la libertad». Con referencia específica al entorno estadounidense, es muy revelador el libro de Abigail SHRIER, *Un daño irreversible. La locura transgénero que seduce a nuestras hijas*, Ed. Deusto, 2021.

que en ocasiones se les reconoce; colectivos que operan con una capacidad de respuesta muy agresiva y que cuentan con un respaldo mayoritario en los medios de comunicación y, en no pocos casos, con una pasividad cómplice de las autoridades (66). Otras amenazas, en fin, están relacionadas con la creación de lo que podríamos denominar «consensos obligatorios» a nivel internacional sobre diversas materias técnicamente complejas y políticamente sensibles como son el fenómeno del cambio climático y la lucha contra el mismo, las medidas para combatir la pandemia de la COVID-19 o el conflicto bélico en Ucrania: la ligereza con la que el adjetivo «negacionista» se ha utilizado en ocasiones para descalificar a quienes discrepan de los consensos mayoritarios es ilustrativa a este respecto (67).

El resultado acumulado de todo ello es la preocupante constatación de que en relación con ciertos temas son muchas las personas que se expresan verbalmente de manera diferente a como lo hacen por escrito —el discurso escrito tiende a distanciarse del hablado— y, en cuanto a este último, lo que se dice en privado tiende a distanciarse de lo que se dice en público, donde viene a imponerse una actitud de precaución o prudencia limitativa. Lo cual nos sitúa ante el ejercicio de formas de «autocensura» a la hora de abordar los temas aludidos, o, sencillamente, a eludirlos por completo para evitar las dificultades

(66) Las restricciones fácticas a la libertad de expresión que se están produciendo al amparo de los dogmas marcados por la corrección política resultan ciertamente preocupantes, y no son un fenómeno aislado, pues se extienden, con variados matices e intensidades, por los ambientes académicos de los diversos países del Occidente europeo y americano que habitualmente han sido considerados cuna de las libertades.

No puede sorprender por ello que se estén publicando últimamente aproximaciones críticas al fenómeno (a título de ejemplo cabe citar los ensayos de Axel KAISER, *La neoinquisición. Persecución, censura y decadencia cultural en el siglo XXI*, Deusto, Barcelona, 2020, y de Gad SAAD, *La mente parasitaria: cómo las ideas infecciosas están matando el sentido común*, Deusto, Barcelona, 2022) y que se esté produciendo también una incipiente movilización del profesorado universitario para hacer frente a las actuales amenazas y restricciones de la libertad académica. En este sentido, debe aludirse a la reciente declaración *Restoring Academic Freedom* promovida en el contexto de un Congreso sobre la materia celebrado en la prestigiosa Universidad Stanford los días 4 y 5 de noviembre del presente año; una declaración que resulta muy relevante tanto por el diagnóstico que realiza de la situación actual y las medidas que propugna como por el amplio apoyo que está teniendo.

(67) Mención aparte, por su especial gravedad, merecería la intransigencia del fundamentalismo islamista que, lamentablemente, ha golpeado cruelmente a personas que se atrevieron a asumir ciertos riesgos en el ejercicio de su libertad de expresión. Resulta incalculable el efecto reductor que para las libertades de expresión y de cátedra conllevan sucesos como los relativos al estremecedor caso de Salman Rushdie, recientemente apuñalado y herido gravemente cuando se disponía a impartir una conferencia, o al ataque contra el semanario «Charlie Hebdo» perpetrado en París en 2015. Casos bien conocidos, cuyo relato detallado en este lugar no resulta necesario, que implican un claro y potente «aviso para navegantes».

que pueden generar las posiciones coherentes con el propio pensamiento. Ello está empobreciendo sin duda el debate público sobre dichas cuestiones.

Ante estas y otras amenazas para la libertad de cátedra, y en general para la libertad de expresión, es preciso poner énfasis en el compromiso reforzado de la Universidad y de los profesores universitarios con las libertades de pensamiento, opinión y expresión dentro y fuera de la Universidad; unas libertades sin las cuales la Universidad traicionaría a su elemento más esencial. Es precisamente el estatuto privilegiado de que disfrutamos los profesores universitarios, lo que impone un compromiso especial o reforzado de auto-exigencia desde este punto de vista (68). En un mundo tendencialmente crispado e intransigente, la Universidad debería constituir algo así como un «oasis» o «santuario» de las libertades de pensamiento y de expresión plasmadas en la libertad de cátedra; una libertad que conlleva también sin duda una carga de compromiso y que debe ejercerse de manera fundamentada y responsable (69).

(68) Me refiero por supuesto al marco jurídico e institucional al que hemos aludido —que impide represalias o sanciones por el ejercicio de la libertad de pensamiento y opinión en el terreno de la docencia—, pero también al propio estatus de inamovilidad de los funcionarios docentes (extensivo también a los profesores contratados laboralmente con contrato indefinido). Inamovilidad que, con independencia de que genere en algunos casos efectos negativos como desincentivo para la exigencia y el compromiso, tiene el indudable efecto positivo de brindar una protección adicional desde el punto de vista de la libertad ideológica.

Pero, junto a ello, es importante tener en cuenta —como elemento de comparación— los intensos condicionantes que en la práctica operan sobre quienes se mueven en instituciones privadas con o sin ánimo de lucro, incluyendo las de carácter educativo. De una parte, puede haber legítimas directrices fijadas por las personas o entidades titulares. Pero, por otro lado, hay restricciones más sutiles a la libertad que tienen que ver con la necesidad que tienen las empresas, para su propia prosperidad y sostenibilidad económica, de evitar entrar en temas sensibles con posiciones que puedan generar rechazo y conflicto con los grupos más organizados; es decir, operan en un escenario con estímulos económicos muy poderosos para moverse dentro de lo políticamente correcto.

(69) A esta dimensión de compromiso o responsabilidad que conlleva la libertad de cátedra se refirió Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO en un texto publicado inicialmente en 1989 bajo el título «Hay libertades que obligan» en los siguientes términos (cito por *La Europa de los derechos humanos*, CEPC, 1998, pp. 381-382):

«La libertad de cátedra no autoriza a que quien la ocupa haga y diga lo que le venga en gana, no es la simple libertad de expresión, como quien acude a *Hyde Park* a perorar de lo primero que se le ocurra. La libertad de cátedra obliga. Por propia definición, la cátedra presupone una búsqueda de rigor, una metodología de esfuerzo, un contrastar y verificar, una tensión continuada que luego plasma en la expresión oral o en el escrito, en la fórmula o en la técnica hallada, o en cualquiera de los medios de traducir lo realizado. Aunque se equivoque, aunque no acierte, aunque sea rebatido en breve. No importa. Lo decisivo es ese intento sincero, ese trabajo serio. Por eso el rigor y la autocrítica han sido siempre virtudes a encomiar en quien ocupa la cátedra...».

III. APUNTES SOBRE EL CONTEXTO EN EL QUE SE DESENVUELVE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO EN EL MOMENTO PRESENTE EN LAS UNIVERSIDADES ESPAÑOLAS

Situándome en el terreno más concreto de la enseñanza del Derecho en el momento presente, me parece oportuno formular algún apunte sobre el contexto en el que se desenvuelve dicha enseñanza: en primer lugar, sobre el amplio caudal de aportaciones y debates hoy existente en materia de docencia universitaria del Derecho (1); y en un segundo momento, sobre algunas características que presentan en la actualidad los alumnos universitarios y que es preciso tener muy en cuenta para afrontar con provecho los retos de la docencia (2).

1. El amplio acervo documental y de experiencias hoy existente sobre la docencia en el ámbito jurídico

Las cuestiones metodológicas relativas a la docencia de las disciplinas jurídicas no han sido objeto de una atención colectiva y continuada por parte de los propios profesores hasta tiempos bastante recientes. Ciertamente debe apuntarse que durante los años 70 del siglo pasado se inició un importante proceso de renovación pedagógica en las aulas de no pocas Facultades de Derecho españolas, si bien de manera desigual y con ritmos también diferentes, coincidiendo con un proceso de renovación generacional en el profesorado universitario a través de la incorporación de nuevos catedráticos (70). Pero el tratamiento formalizado de estas cuestiones era muy infrecuente —más allá de su debate en círculos informales de conversación en los que se compartían experiencias y preocupaciones— y más infrecuente todavía era su plasmación en letra impresa (71).

(70) Puedo dar fe de este proceso de renovación pedagógica en la Facultad de Derecho de Zaragoza como alumno de la misma entre los cursos 1974/75 y 1978/79 (también en la Facultad de CC. Económicas durante aquellos mismos años) con la puesta en escena de diversas herramientas de enseñanza y evaluación en algunas asignaturas (realización de seminarios, énfasis en los casos prácticos, presentación de recensiones, dictámenes y trabajos elaborados por los alumnos, etc.) que buscaban un aprendizaje comprensivo y crítico dejando atrás una praxis docente impregnada con una fuerte carga rutinaria y memorística.

(71) Experiencias como la plasmada en el vol. col. sobre *La enseñanza del Derecho*, dirigido por J. J. Gil Cremades (Institución «Fernando el Católico», Zaragoza, 1985), que recoge las ponencias impartidas en un Seminario de profesores celebrado durante el curso 1982-1983 en la Facultad de Derecho de Zaragoza, eran en aquel momento algo excepcional y no tenían continuidad. Todavía en el año 2000, cuando el Congreso italo-español de profesores de Derecho Administrativo celebrado en Salamanca abordó «La enseñanza del Derecho Administrativo» (a través de ponencias presentadas por los profesores Clavero Arévalo, Font Llovet y Sorace, y de diversas comunicaciones; véase el libro colectivo dirigido

Pero hace ya algunos años que las cosas han cambiado drásticamente en este punto. Arrancando de los primeros años del presente siglo y con plena consolidación a partir de la segunda década del mismo (2010 en adelante), se ha producido una eclosión de actividades de diversa índole vinculadas a la didáctica universitaria; entre ellas, cursos de formación para el profesorado, encuentros y jornadas de estudio, así como publicaciones que plasman una atención continuada y colectiva sobre las cuestiones metodológicas en materia de enseñanzas jurídicas (72).

Sin que resulte factible dar cuenta de toda la amplia temática que se aborda desde este caudaloso acervo de aportaciones plasmadas por escrito, en el que se reflejan muy variadas experiencias, creo oportuno destacar que predominó en su momento la preocupación por el tránsito hacia el EEES (Espacio Europeo de Educación Superior) y que, posteriormente, el envoltorio temático más habitual se aloja en la aplicación de las TIC a la enseñanza del Derecho. Pero el abanico de cuestiones abordadas es realmente amplio: nuevas metodologías ensayadas (por ejemplo, el debate y los concursos entre el alumnado, las pruebas de clase, el aula invertida o *flipped classroom*, etc.), recursos derivados del mundo artístico y creativo (el más consolidado, el cine y Derecho; pero

por S. Martín-Retortillo y J. Tornos Más, *La enseñanza del Derecho Administrativo, Tercer sector y Fundaciones. Rutas Temáticas e Itinerarios Culturales*, Cedecs, Barcelona, 2002), la literatura académica existente al respecto debía calificarse como escasa, al menos desde la perspectiva actual.

(72) Como botón de muestra al respecto cabe mencionar, dentro del presente año 2022, la celebración de un Congreso Internacional de Innovación Docente en Derecho en torno a la materia «Aprendizaje a través del debate jurídico» organizado por la Facultad de Derecho de Zaragoza (proyecto de innovación docente PIIDUZ-238) los días 21 y 22 de abril de 2022 o la «Jornada de Metodología e Innovación Docente» organizada por la AEPDA (Asociación Española de profesores de Derecho Administrativo) a través de un Grupo sobre Metodología e Innovación Docente en la Facultad de Derecho de Granada el 15 de septiembre de 2022. Desde el punto de vista de las publicaciones, resulta remarcable el hecho de que desde el año 2010 se viene publicando una revista especializada en cuestiones metodológicas de la enseñanza de las disciplinas jurídicas: la Revista «Docencia y Derecho» que, con dos números anuales, publica la Universidad de Córdoba en formato exclusivamente *on line*.

Por otro lado, debe notarse que son también numerosas las aproximaciones al propio marco jurídico de la docencia universitaria, perspectiva que ahora deben quedar fuera de nuestra atención. Como botón de muestra al respecto cabe citar las monografías de E. MOREU CARBONELL sobre *El examen en el nuevo sistema educativo español. Régimen jurídico de los exámenes académicos*, Comares, Granada, 2003 y de I. JIMÉNEZ SOTO, *Derechos y deberes de la comunidad universitaria*, Marcial Pons, Madrid, 2009 o el estudio específico de J. OLIVÁN DEL CACHO sobre «La evaluación del profesorado universitario a través de las encuestas: en particular, el problema del anonimato», RAP 139 (1996). Yo mismo me he ocupado de algunas cuestiones jurídicas vinculadas a la organización de la docencia universitaria en el trabajo «El Régimen Jurídico de los Departamentos universitarios. Acotaciones de la jurisprudencia», RAP 142 (1997).

también la literatura o la música y canciones), la función tutorial, la atención hacia alumnos con necesidades especiales, etc.

En todo este frondoso material se encuentran por supuesto sugerencias y reflexiones de interés para contrastar la propia experiencia y enriquecerla. Pero creo que hay que estar precavidos hacia una excesiva obsesión o culto hacia la innovación en sí, que suele estar vinculada a un entusiasmo desmesurado por las tecnologías de la información, sin valorar adecuadamente todo el potencial que se sigue alojando en los instrumentos docentes tradicionales, bien planteados y acomodados a las circunstancias del momento presente.

Al respecto cabe apuntar que, al margen de una preocupación por la mejora continua de la docencia detectable en el profesorado universitario —que resulta sana y encomiable—, esta actitud de énfasis en la innovación docente (acaso excesivo: algunos autores hablan de «novolatría» para referirse a ella) se encuentra alimentada por ciertos estímulos externos que se han ido introduciendo (necesidad de cubrir o «rellenar» un apartado de los currículos del profesorado universitario requerido para su promoción, vinculación de ciertos complementos retributivos a las actividades que tienen que ver con la formación e innovación docentes, etc.) que pueden conducir a una hipertrofia al respecto artificialmente sostenida y a unos «avances» en la calidad docente más aparentes que reales.

Tengo para mí por tanto que la atención hacia los valiosos estímulos que provienen de la experimentación de métodos novedosos —que pronto dejan de serlo (73)— no debe llevar a postergar la preocupación por la *calidad intrínseca* de la docencia, vinculada necesariamente con la riqueza de los contenidos que se imparten y con los impactos de fondo que cada asignatura y cada profesor producen a medio y largo plazo en la cadena formativa del estudiante, algo que ni los propios alumnos son capaces de valorar del todo de forma inmediata ni los métodos de evaluación de la calidad utilizados convencionalmente en las Universidades detectan de manera fiable y eficaz. Ante la dificultad que ello comporta, puede fácilmente caerse en la tentación de valorar tan sólo los aspectos meramente externos o periféricos de la docencia y de concebir la innovación como sinónimo de calidad —desde una visión banalizada e incluso meramente cosmética de la calidad— canalizando hacia aquella todos los esfuerzos de mejora de la docencia.

(73) El repaso a los diversos métodos innovadores que se han ido exponiendo en la revista «Docencia y Derecho» antes aludida muestra que son muchas las fórmulas que se experimentan —que son incluso valoradas positivamente por el alumnado y por el propio profesorado que las imparte—, pero no terminan de cuajar y hacerse recurrentes. Lo cual invita a utilizarlas como herramientas complementarias de las tradicionales, no como sustitutivas de las mismas, e invita también a no abusar de los «efectos especiales».

2. Sobre las coordenadas del escenario actual

Además de los condicionantes específicos que presiden la organización docente en las diversas Universidades y Facultades, cada una de las cuales presenta sus singularidades, el escenario general en el que se desenvuelve la enseñanza universitaria en el momento presente (y en el horizonte próximo) viene dado por el «perfil» que presentan los jóvenes que pueblan nuestras aulas; perfil o características que a su vez están condicionados por el tipo de sociedad en el que han crecido y el sistema educativo en el que han estado inmersos y del que proceden, muy diferente del propio de los alumnos de hace no muchos años.

Sin que sea ésta la ocasión para un análisis en profundidad, hay algunos rasgos del alumno actual que resultan evidentes y son perfectamente conocidos: el impacto que produce sobre ellos la facilidad en el acceso a una información superabundante —en realidad, ilimitada— que llega con muy poco esfuerzo de indagación (incluso sin buscarla), pero que frecuentemente es de escasa calidad o rigor; el predominio de lo visual y de la imagen sobre el texto escrito, y en particular sobre los textos de cierta profundidad o enjundia (74); unos hábitos de ocio que de forma mayoritaria tienen cierta pobreza cultural; el predominio de lo emocional sobre lo intelectual; y la tendencia a buscar resultados inmediatos eludiendo los retos de ciclo largo que requieren disciplina y esfuerzo continuado. Desde el punto de vista del profesor, constituye sin duda un elemento característico del entorno actual la disponibilidad de muchas herramientas de apoyo a la docencia vinculadas a las TIC, y la existencia de una pléyade de experiencias de «innovación» en torno a ellas.

Sin desconocer las cualidades o aspectos positivos que lucen en las nuevas generaciones (75) y el carácter ambivalente de los fenómenos mencionados

(74) Razonando sobre el predominio de la comunicación audiovisual y el uso de nuevas tecnologías al que se han acostumbrado nuestros estudiantes, Tomás FONT I LLOVET llamó la atención hace ya algunos años («Enseñanza, aprendizaje y educación en el Derecho Administrativo», *RAP* 153 (2000), pp. 251 y ss.) sobre los riesgos que implican estos fenómenos en la medida en que generan una acumulación de información que puede ir en detrimento de la comprensión: el predominio de la imagen como forma de comunicación, apuntaba el Catedrático de la Universidad de Barcelona, disminuye el valor de la palabra como medio y de lo conceptual como elemento esencial de la formulación jurídica, de modo que «el exceso de información pone en riesgo la formación» (*ob. cit.*, p. 259). Ni que decir tiene que esta problemática se ha incrementado con ritmo acelerado durante los 22 años transcurridos desde que se escribieron las reflexiones del texto citado.

(75) Algo me ha ayudado en el camino de acercamiento y comprensión de estas generaciones el hecho de haber tenido en casa hijos en edad universitaria —tres de los cuales estudiaron precisamente en la Facultad de Derecho de Zaragoza— durante los últimos años; concretamente, desde que mi hijo mayor inició sus estudios en la citada Facultad hasta hoy mismo. Lo cual me ha acercado también a algunos de sus compañeros y amigos, proporcionándome una vía de aproximación complementaria de la «profesional» que he tenido como docente universitario.

(que presentan sus ventajas e inconvenientes), y sin desconocer lo valioso que resultan la receptividad y ganas de aprender de muchos estudiantes que pueblan nuestras aulas, no puede eludirse la constatación de las dificultades que para muchos plantea el análisis sosegado y profundo de los temas, tanto en la lectura y asimilación de contenidos, como en la elaboración de textos o discursos de alguna profundidad y rigor. Se cuenta por tanto en el momento presente con unas herramientas de aprendizaje muy potentes, pero la concentración por parte de los estudiantes y la captación de su atención encuentran también obstáculos poderosos que dificultan el estudio ordenado y continuado que requieren los aprendizajes que dejan huella.

A mi juicio, el reto que plantea al educador este escenario (con carácter general y también en la Universidad) no es otro que trabajar con receptividad —crítica y selectiva— hacia las nuevas herramientas, pero sin renunciar a lo mejor de los elementos tradicionales debidamente actualizados en el terreno del aprendizaje de las Humanidades y las Ciencias Sociales, esto es, sin incurrir en planteamientos estrictamente acomodaticios a modas y tendencias que pueden resultar confortables para los alumnos pero que conllevan el peligro de generar dinámicas reduccionistas de contenidos y profundidad que maquillan la complejidad de las materias (76). Por el contrario, entiendo que no se deben eludir

(76) Los riesgos que genera el empleo masivo de las herramientas audiovisuales e Internet en el contexto educativo, familiar y escolar, han venido siendo advertidos por pedagogos y estudiosos de la educación en una línea de pensamiento crítico que comparto plenamente. Cabe citar, entre otras muchas, las aportaciones de Catherine L'ECUYER, *Educación en el asombro*, Plataforma Editorial, 2012, Agustín DOMINGO MORATALLA, *Educación y redes sociales. La autoridad de educar en la era digital*, Ed. Encuentro, Madrid, 2013, Gregorio LURI, *La escuela no es un parque de atracciones. Una defensa del conocimiento poderoso*, Ariel, 2020, y Michel DESMURGET, *La fábrica de cretinos digitales. Los peligros de las pantallas para nuestros hijos*, Ed. Península, 2020. Como reflexiones de alcance más general, referidas al impacto de la eclosión de Internet y las pantallas en nuestra mente y en nuestras sociedades —no sólo los niños y jóvenes, sino también los adultos—, véase Giovanni SARTORI, *Homo videns. La sociedad teledirigida*, Ed. Taurus, 2012, Nicholas CARR, *Superficiales ¿Qué está haciendo Internet con nuestras mentes?*, Ed. Debolsillo, 2018 y *La pesadilla tecnológica*, Ed. El Salmón, 2019, y Bruno PATINO, *La civilización de la memoria de pez: pequeño tratado sobre el mercado de la atención*, Alianza, 2020.

Comentando el libro citado de M. DESMURGET (*La fábrica de cretinos digitales*), José BOZA OSUNA (*Blog de la Asociación de Usuarios de los Medios de Aragón*, «Desmurget, fabricando cretinos digitales», 2 de noviembre de 2021) cuestiona la «fraseología ciberoptimista utilizada por vendedores de humo digital», y subraya al respecto lo siguiente:

«la literatura científica seria, nos habla de la toxicidad de las pantallas; nos dice que lo digital es nocivo para el desarrollo del cerebro; que los chavales saben más, pero comprenden menos; [...] que los que fabrican tecnología, protegen a sus propios hijos de ella [...] En definitiva, que la realidad de los estudios científicos de la psicología y la neurociencia muestran una serie indudable de efectos tóxicos por el abuso de las pantallas en todos los ámbitos de desarrollo: en el corporal (madurez cardiovascular y obesidad), en el emocional (agresividad, depresión), en el cognitivo (empobrecimiento del lenguaje, el pensamiento y la concentración) o en el escolar...» .

el esfuerzo y las metas exigentes, tanto para alumnos como para profesores, aunque obviamente sin situarlas en el terreno de lo impracticable aquí y ahora. La auténtica lealtad hacia los alumnos, y el auténtico servicio a los mismos, no busca su aplauso inmediato —el «éxito» en un sentido convencional— sino la mejora de sus capacidades y la apertura de caminos de aprendizaje de ciclo largo, sin desdeñar las metas de cierta ambición que quizás solo sepan valorar en su justa medida pasado algún tiempo.

No cabe duda de que la facilitación del acceso a la información que se ha producido en el universo digital, en cantidad y rapidez, conlleva una ganancia enorme —un paso de gigante— en los procesos de aprendizaje (en la edad escolar y fuera de ella), pero es evidente que no todo son ventajas y que ello constituye un arma de doble filo sobre lo que debemos estar precavidos: puede dejar en segundo plano los aspectos cualitativos de la información y produce una engañosa sensación de poderío en el acceso al conocimiento capaz de adormecer —por infrautilización o atrofia— ciertos procesos y habilidades cognitivas. Lo que no ha aumentado obviamente es nuestra capacidad para la asimilación de la información y para la valoración crítica de la misma, ante lo cual la labor del profesor en la orientación de los alumnos referida a la selección, sistematización y crítica de esa información frondosísima eleva el grado de su importancia, haciéndose imprescindible.

Se hace necesario, por tanto, priorizar el suministro de pautas metodológicas adecuadas ante el maremágnum digital —sabiendo que no estoy hablando de aproximaciones meramente teóricas pues «se hace camino al andar»— tanto en las asignaturas ordinarias de los grados y másteres, como, especialmente, en los trabajos final de titulación y en los procesos de transición a la investigación. Y seguir impulsando las actitudes básicas que están detrás de la maduración intelectual y el acceso al conocimiento significativo, según acredita una larga experiencia: el estudio y la reflexión como hábitos continuados, el esmero o cuidado en los procesos de búsqueda y asimilación de la información, la comprensión e interesamiento por los temas, que requieren necesariamente lecturas sosegadas y generosidad en la atención y en los tiempos de dedicación evitando la obsesión por los resultados inmediatos, etc.

IV. ALGUNAS PAUTAS DE ORDEN METODOLÓGICO EN TORNO A LA ENSEÑANZA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

1. Preliminar

Hechas las consideraciones que anteceden sobre la docencia universitaria en general y sobre el contexto en el que se desenvuelve actualmente la enseñanza del Derecho, procede completarlas con el enunciado de algunas indicaciones sobre cuestiones metodológicas referidas específicamente a la

enseñanza del Derecho Administrativo. Antes de hacerlo, me parece oportuno dejar sentadas dos observaciones preliminares.

1) El aprendizaje del Derecho Administrativo no es en realidad muy distinto al de otras ramas del Derecho, si bien debe afrontar algunas dificultades específicas que derivan de su perfil singular.

Así, resulta destacable la acentuación de algunos rasgos que son comunes al material normativo de nuestros días y dificultan su manejo. Entre ellos, *la hipertrofia de la producción legislativa* y *la fugacidad* que predomina en la normativa en vigor, cuya redacción carece en muchos casos de la claridad y coherencia deseables, lo que tiene que ver sin duda con la aceleración y precipitación que se ha impuesto en los trabajos legiferantes, sujetos a un ritmo trepidante muchas veces por meros imperativos políticos cortoplacistas (77). También es muy relevante la *complejidad del reparto competencial entre los diversos legisladores* en el ámbito del Derecho Administrativo, lo cual determina la concurrencia de diversos niveles territoriales en la producción normativa: junto a la complejidad del reparto de los poderes legislativos entre el Estado y las CCAA que deriva de la Constitución y los Estatutos de Autonomía, hay que mencionar la irrupción cada vez más incisiva del Derecho de la UE en numerosos sectores de la ordenación jurídico-administrativa, la creciente incidencia de los Tratados Internacionales, así como el espacio nada marginal que corresponde en la práctica a las Ordenanzas municipales en numerosos sectores que impactan sobre los derechos y deberes de los ciudadanos.

De este modo, sucede que el Derecho Administrativo se configura como un ordenamiento marcadamente «multinivel»: no son pocas las materias del orden jurídico-administrativo cuyo conocimiento cabal exige un rastreo no solo de la legislación comunitaria y nacional, sino también de la emanada por las 17 CCAA, que incorporan elementos de diferenciación no siempre justificados, e incluso por las entidades locales y, en particular, por los miles de Ayuntamientos existentes, que, con independencia de sus dimensiones, disponen de una considerable capacidad reguladora de las actividades que se desarrollan en el respectivo término municipal (78).

(77) Lamentablemente, la claridad y calidad formal de la producción jurisprudencial deja también mucho que desear en no pocos casos, lo que probablemente tenga también que ver con el ritmo de trabajo que se impone a los órganos judiciales, algo que no es específico del orden administrativo.

(78) La accesibilidad a la frondosísima normativa en vigor viene facilitada sin duda por los buscadores de Internet, la publicación en línea de los Diarios Oficiales y la difusión de las Ordenanzas municipales a través de los correspondientes sitios *web*, pero ello no aminora la envergadura que tiene el reto de alcanzar un conocimiento cabal de la regulaciones vigentes en numerosas materias y el elevado consumo de tiempo y energía que conlleva alcanzar conclusiones claras en la resolución de consultas sobre los regímenes aplicables en las mismas.

No cabe duda de que en este «océano» abigarrado e inabarcable que forma la normativa en vigor —que, lejos de configurar un auténtico «sistema» normativo u «ordenamiento» jurídico, adquiere en ocasiones tintes caóticos—, se sitúa en un primer plano el reto pedagógico de proporcionar a los estudiantes las claves de búsqueda, y los principios para la conexión e integración de las normas dentro de un sistema de fuentes particularmente complejo y deslavazado; situación que no es ciertamente patrimonio exclusivo del Derecho Administrativo pero que adquiere en él las proporciones más exacerbadas (79).

2) No es posible concebir el Derecho Administrativo como un sector o rama del Derecho dotada de límites precisos —acotados y cerrados—, sino que es característica propia del mismo su *apertura a otras ramas del Derecho*, con potentes vinculaciones o «puentes» con las mismas, y el carácter borroso de sus contornos.

Por supuesto hay conexiones muy importantes con el Derecho Europeo y el Derecho Internacional, tal como ha quedado apuntado, pero también con el Derecho Civil (régimen de los bienes públicos y de la contratación pública), con el Derecho Penal y Procesal Penal (infracciones y sanciones administrativas), con el Derecho Laboral (régimen de los empleados públicos) y con el Derecho Procesal Civil (proceso contencioso-administrativo, práctica de las pruebas en el procedimiento administrativo). Por otra parte, resulta obvio el estrecho parentesco que tiene con el Derecho Financiero y Tributario y con el Derecho de la Seguridad Social en la medida en que los mismos constituyen ramas o sectores específicos del Derecho público dotados de singularidad y autonomía, pero fuertemente emparentados con el Derecho Administrativo como Derecho público general.

Todo lo cual debe estar presente en la manera de concebirlo, de estudiarlo y de explicarlo: quien pretenda tener un conocimiento cabal del Derecho Administrativo no puede estudiar solo el Derecho Administrativo, sino que tiene que tener en cuenta el contexto aludido y las múltiples vías de conexión con otras disciplinas jurídicas. Presentar las cosas de otra manera sería distorsionar la realidad (80).

(79) No es de extrañar por ello que los administrativistas hayan venido dedicando particular atención a la cuestión. Valgan sólo al efecto tres botones de muestra: los trabajos de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Civitas, Madrid, 1999, L. MARTÍN-RETORTILLO, *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del Derecho*, Civitas, Madrid, 2004 y J. BERMEJO VERA, *El declive de la seguridad jurídica en el ordenamiento plural*, Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, Zaragoza, 2005 (Discurso de ingreso en dicha Academia leído por el autor con contestación del prof. E. García de Enterría).

(80) Especialmente cuando la enseñanza del Derecho Administrativo se proyecta sobre Facultades o titulaciones distintas de la de Derecho es conveniente adoptar un enfoque abierto a otras perspectivas jurídicas, sin circunscribirse a los límites convencionales de las disciplinas académicas. Así, los alumnos de las titulaciones de Economía, de Trabajo Social, o de Arquitectura e Ingeniería de la edificación requieren enfoques amplios o integrales que les aporten una visión cabal de las cosas más allá de los límites académicos del Derecho Administrativo. Este es en efecto el enfoque que debe prevalecer en asignaturas como Derecho público de la Economía, Derecho de la acción social o Derecho de la construcción y el urbanismo impartidas en tales titulaciones.

Hechas estas observaciones previas, apunto a continuación algunas pinceladas sobre distintos aspectos del trabajo docente.

2. La importancia del trabajo docente en el aula

No tengo ninguna duda sobre el gran valor añadido que aporta el ejercicio de la docencia presencial, acaso revalorizada tras el paréntesis marcado por las limitaciones vinculadas a la pandemia de la Covid-19. La cercanía que implica la enseñanza en el aula resulta insustituible dado que el contacto directo entre profesor y alumno —visual y auditivo— ofrece, si se aprovecha bien, unas oportunidades de comunicación en ambos sentidos que no alcanza a ofrecer la docencia a distancia, incluso la realizada a través de conferencias pregrabadas o mediante videoconferencias. La cita que implica la clase, como encuentro recurrente y programado, conlleva en efecto un potentísimo impulso para las tareas de enseñanza/aprendizaje y un poderoso estímulo para alumnos y profesores (81). En particular, aprovechar las oportunidades que ofrece la docencia en aula es muy importante para lograr que los alumnos, o al menos una parte de ellos, lleguen a interesarse por la materia abordada (82), algo que no suele suceder inicialmente en relación con las asignaturas de Derecho Administrativo, salvo en alumnos de cierta edad con experiencia profesional previa.

Y ello vale tanto para las llamadas «clases teóricas» como para las llamadas «clases prácticas» que, en lo sustancial, gozan de las mismas características, sin perjuicio de los obvios elementos diferenciales. Diferencias derivadas de que la clase práctica gira necesariamente en torno a un caso concreto, real o hipotético —tengo una clara preferencia por los casos tomados de la realidad circundante, que ilustran eficazmente sobre la misma y anticipan las situaciones en las que podrán verse involucrados los alumnos en su andadura profesional (83)— resultando consustancial a la misma un diálogo o debate al respecto sobre la base de un trabajo previo de preparación por parte del alumnado. Pero en ambas modalidades lo esencial se mantiene: el contacto

(81) Las herramientas *on line* constituyen sin duda un valioso complemento a la docencia presencial, y ofrecieron en su momento una alternativa oportunísima a la misma en la etapa de confinamiento vinculada a la pandemia, pero no alcanzan a ofrecer todas las potencialidades que aporta la presencialidad.

(82) Es notorio que hay una suerte de «círculo virtuoso» entre conocimiento e interés, en el sentido de que el interés por las cosas impulsa su conocimiento, pero a la vez, en la medida en que una materia se va conociendo más, se hace más interesante para quien consigue adentrarse en ella.

(83) A título meramente ilustrativo se adjunta como apéndice uno de estos casos tomados de la realidad circundante, opción que necesariamente nos aboca a una cierta complejidad, relativa no solo a la respuesta a las cuestiones planteadas sino también al propio enunciado del supuesto de hecho.

directo presencial y una comunicación o diálogo entre profesor y alumnos, que resulta necesariamente asimétrico, pero que no es en modo alguno unilateral.

Obviamente, es fundamental para el buen aprovechamiento de estas oportunidades que ofrece la clase presencial la adecuada preparación de la misma, tanto de la preparación que podemos calificar como «remota» o general, proporcionada por la experiencia docente e investigadora en torno a la materia, como la preparación «próxima» o inmediata: adecuada selección de contenidos, ordenación sistemática clara de los mismos y presentación acomodada al «perfil» concreto de los destinatarios que consiga interesar y abrir horizontes nuevos para ellos. También por supuesto, una preparación de los materiales de apoyo y referencias que complementen y permitan ulteriores profundizaciones por parte del alumnado (84).

El peligro a afrontar está por supuesto, especialmente para un profesor veterano, en el riesgo que representa la «rutinización» o pérdida de «frescura» y estímulos para una renovación continua de contenidos, materiales y métodos, si bien cabe señalar que hay «antídotos» que, bien utilizados, deberían neutralizar este riesgo.

En este sentido quiero apuntar que las propias indagaciones vinculadas a la labor investigadora, y a la maduración intelectual derivada de la misma, proporcionan valiosos elementos de renovación y contraste en relación con las asignaturas a impartir. Y, por otra parte, la continua aparición de novedades en torno a las materias que explicamos —muchas veces desbordante y desalentadora— ofrece aspectos positivos que contribuyen a neutralizar el riesgo de incurrir en la inercia repetitiva. Me refiero obviamente de forma especial al incesante cambio normativo, pero también a la continua aparición de novedades jurisprudenciales y de aportaciones doctrinales en diferentes formatos (monografías y libros colectivos, revistas especializadas, blogs e informes de diversa índole) que enriquecen y matizan nuestra visión de las cosas y por tanto los «mensajes» que trasladamos a los alumnos. Y el propio seguimiento de la actualidad que nos permiten los medios de comunicación nos aporta elementos valiosos para construir un discurso acomodado a la cambiante realidad de las cosas y, especialmente, a la frondosa conflictividad que suscitan no pocas de las materias que constituyen el objeto de nuestra enseñanza.

(84) La cuidadosa preparación de las clases no debe impedir un margen de flexibilidad, con espacios abiertos a las improvisaciones propiciadas por las circunstancias temporales y espaciales de cada clase y por las percepciones que obtenemos a raíz de los mensajes verbales y no verbales que emiten los alumnos. Esto es, resulta saludable una cierta espontaneidad vinculada al hecho de que los alumnos van cambiando (aun dentro de un mismo curso académico) y en alguna medida también cambiamos los profesores: vamos evolucionando en función de nuestro itinerario intelectual y de nuestras experiencias dentro y fuera de la Universidad. En definitiva, se impone un cierto equilibrio entre planificación o preparación previa y los espacios para la improvisación creativa vinculada a los estímulos que derivan de cada situación concreta.

De este modo, sucede que la preparación de la docencia concreta que impartimos proporciona un estímulo muy poderoso para «estar al día», es decir, para seguir atentamente las novedades que se van produciendo en los terrenos aludidos (normativa, jurisprudencia, doctrina, y actualidad reflejada en los medios) (85).

3. Las herramientas en línea

La utilización de herramientas *on line* dentro de las plataformas o «campus» virtuales que ofrecen las Universidades se ha convertido sin duda en un instrumento de trabajo esencial en la labor docente universitaria, con un alcance ciertamente diferente según se conciban como un instrumento complementario de la docencia presencial o bien como un sustitutivo de la misma.

1) En el primer caso, se trata de apoyar y enriquecer los procesos de enseñanza/aprendizaje mediante la puesta a disposición de los alumnos de materiales docentes de diversa índole (casos prácticos, esquemas docentes, textos doctrinales, etc.), además de utilizar el aula virtual como una eficazísima vía de comunicación con ellos.

Soy partidario en todo caso de una cierta sobriedad en los materiales que se ponen a disposición de los alumnos, evitando incurrir en excesos al respecto. Y ello en primer lugar porque es obvio que su capacidad de asimilación es limitada, pero también porque la priorización de la comunicación a través de las plataformas virtuales puede tener el efecto práctico de desincentivar y dejar en segundo plano la clase presencial como lugar preferente y privilegiado de encuentro y de aprendizaje, esencial para una relación educativa significativa. Esto es, puede convertirse para muchos alumnos en un sustituto de la docencia presencial, lo que no es en modo alguno el objetivo perseguido (86).

En definitiva, estamos ante un excelente complemento que apoya y refuerza la docencia presencial, pero sólo de ello, salvando naturalmente los casos excepcionales en los que concurren circunstancias impeditivas de la asistencia a clase.

2) Obviamente las cosas son diferentes si se trata de asignaturas con docencia exclusivamente *on line*. En este caso las plataformas virtuales deben ofrecer a los alumnos matriculados orientaciones suficientes para un recorrido completo en el aprendizaje de la asignatura y un abanico de materiales de estudio lo más

(85) Un valor no marginal pueden tener las actividades docentes presenciales de carácter complementario tales como las conferencias sobre materias vinculadas con las propias del temario, los seminarios voluntarios de alumnos con presentación de ponencias por parte de los mismos, y los talleres sobre herramientas de trabajo y pautas de organización del estudio del Derecho Administrativo. Pese a la importancia que pueden tener, especialmente para los alumnos con mayores inquietudes y aspiraciones, entiendo que no procede entrar en detalles al respecto dadas las características de este texto.

(86) Del mismo modo que el abuso del correo electrónico como forma de comunicación entre alumnos y profesor puede inhibir o dejar en segundo plano las oportunidades de diálogo directo que ofrecen los encuentros recurrentes y presenciales en el aula. Es también obviamente un resultado a evitar.

amplio posible que permitan itinerarios y niveles diferentes, acomodados al perfil concreto de cada alumno. Desde los materiales de información/formación básica de asimilación necesaria a los que, con un carácter opcional, ofrecen posibilidades de ampliación y profundización a utilizar según los intereses y situación profesional de los estudiantes. Ni que decir tiene que, en este caso, la elaboración de las orientaciones aludidas y la selección y presentación de los materiales de estudio ocupan una posición central en la labor docente. Y juega también un papel muy importante el ejercicio de la función tutorial a la que me refiero a continuación.

4. La función tutorial

Tengo en gran consideración la función de tutoría individualizada que de manera natural corresponde al profesor, como un aspecto muy relevante del trabajo docente. La utilización de este «servicio» de atención personal por parte de los alumnos es por supuesto desigual —buena parte del alumnado no lo hace, o tan sólo con ocasión de la revisión de exámenes una vez finalizado el período docente—, pero por nuestra parte no debe faltar una «puesta a disposición» de los alumnos que no sea puramente nominal sino real, mediante una actitud propicia y con cierta flexibilidad horaria, a veces de manera informal. Ello permite complementar el trabajo en el aula mediante mensajes, estímulos o consejos personalizados, esto es, acomodados a las características concretas de cada alumno: edad y actividades previas o simultáneas que han realizado o realizan, procedencia geográfica y contexto familiar, intereses personales y profesionales, etc.

La desorientación y falta de referencias claras no es pequeña en la fase de la vida en la que se encuentran la mayor parte de nuestros alumnos y el espacio que se abre en relación con ello, tanto a propósito de las concretas asignaturas que se cursan como más allá de las mismas, es muy amplio (87). Obviamente la función tutorial adquiere particular relevancia en la dirección los Trabajos Final de Grado y de Máster (TFG y TFM), así como en las asignaturas de Prácticas externas; actividades de aprendizaje que se ubican en el tramo final de los correspondientes estudios y en las que el valor añadido del profesor se sitúa en el terreno de la orientación y seguimiento individualizado, esto es, en la labor de tutoría. Y también es claro que en relación con los alumnos de Máster —con un perfil profesional, de edad y de ubicación geográfica que

(87) Desde el punto de vista del profesor, no cabe duda de que el ejercicio de la función tutorial proporciona elementos valiosos para entender la mentalidad de los alumnos —muy diferente actualmente de la de otras épocas, incluso cercanas en el tiempo, sin perjuicio de mantener elementos de continuidad— y para acercarse a los mismos, a su problemática concreta y a sus puntos fuertes y débiles en el terreno del aprendizaje. Con ello puede neutralizarse el riesgo de que un profesor con amplio bagaje de experiencias y potencial docente no consiga conectar con el alumnado actual y realizar una labor provechosa.

puede ser muy variado—, la función tutorial adquiere unas potencialidades muy grandes que en algunos casos se materializan de manera efectiva.

Pero incluso más allá de la función tutorial que se integra dentro de las actividades docentes ordinarias como una dimensión inherente a las mismas, tiene también sentido un seguimiento y orientación en la fase posterior, esto es, cuando nuestros alumnos han dejado de serlo y están fuera formalmente de nuestro espacio de responsabilidad. No son pocos los casos en los que una conexión personal con los alumnos se mantiene con posterioridad, especialmente en la fase inmediatamente posterior a la terminación del Grado en la que se buscan vías de especialización y de acceso al mercado laboral (88). Incluso sucede a veces que alumnos con los que hubo en su momento una conexión personal escasa, luego «reaparecen» y hay ocasión de ejercer alguna forma de función tutorial, ya fuera completamente del escenario que ofrecen Grados y Másteres, en una relación que se va haciendo paulatinamente menos asimétrica y más bidireccional.

5. Referencia específica a los TFG y TFM

Aunque he apuntado ya alguna idea al respecto, creo necesario expresar algunas consideraciones sobre la función tutorial en relación con los TFG y TFM, que ocupa actualmente una parte nada pequeña de la dedicación docente de los profesores universitarios.

Vaya por delante mi reconocimiento del valor añadido que tienen estas peculiares asignaturas para la formación de los alumnos, como culminación o colofón de los estudios de Grado y Máster respectivamente. Pero no pueden dejar de subrayarse también las notorias dificultades que en no pocos casos conlleva conducir al alumno hasta un resultado que resulte provechoso para él y posea un grado de dignidad suficiente desde el punto de vista académico y, en consecuencia, la importante dedicación de tiempo y energías del profesorado que absorbe. Me refiero especialmente a los alumnos de TFG, pero en algún caso también a los de TFM.

Las dificultades apuntadas tienen que ver con algunas carencias que se detectan en buena parte del alumnado actual respecto a las habilidades o

(88) En un escenario tan abierto como el existente actualmente, en cuanto a posibilidades de especialización a través de formación de posgrado y de opciones profesionales que se ofrecen para un Graduado en Derecho (la Abogacía en cualquiera de sus modalidades es una sola de ellas, pues hay muchísimas otras posibilidades en el terreno del acceso al empleo público —Administraciones e instituciones públicas de diversa índole— así como en el del ejercicio profesional en el ámbito privado), resulta crucial la labor de información y orientación sobre tales opciones. Ciertamente no es factible para un profesor disponer personalmente de una información completa y actualizada al efecto, pero sí lo es la aportación de algunas sugerencias o recomendaciones adaptadas al perfil de cada alumno.

destrezas que requieren los trabajos final de titulación; carencias que elevan la envergadura del reto apuntado, aunque también ciertamente su valor añadido en términos formativos en caso de culminación con éxito. Tales carencias o limitaciones conciernen a diversos aspectos entre los cuales se encuentran los siguientes: 1) la capacidad de lectura reflexiva de textos de cierta enjundia; 2) la continuidad y perseverancia en los trabajos de ciclo largo, 3) las búsquedas de información con criterios de rigor y profundidad sin dejarse llevar por el ansia de resultados inmediatos y sin dejarse deslumbrar por el brillo de los mensajes que llegan a través de Internet en imágenes o en letra gruesa, pero que son superficiales e incluso engañosos (89); 4) la capacidad para articular un discurso propio con una estructura interna coherente; y 5) la redacción de textos con un lenguaje dotado de un nivel mínimo de claridad y precisión. Pero quizás el obstáculo mayor que cabe detectar es la dificultad de una parte del alumnado para desarrollar un trabajo ordenado y continuado en una «asignatura» que no tiene espacios prefijados de docencia (clases) y de evaluación (exámenes) conforme el calendario académico y en la que, por tanto, cada uno debe anticipar y ejecutar su propia programación en un marco de «auto-propulsión» en el que los estímulos externos son débiles.

Así las cosas, la superación de todos estos escollos requiere un esfuerzo importante por parte de alumnos y tutores que concierne a las diversas fases que es preciso recorrer para culminar los trabajos. Desde su planificación con anticipación suficiente, a la búsqueda de un tema adecuado, la selección y asimilación de la documentación relevante y de calidad, la fijación de la estructura del trabajo, la redacción del texto —que ordinariamente requiere sucesivos borradores—, y su revisión o corrección final. Todo lo cual requiere un proceso de enseñanza/aprendizaje personalizado y paciente, salvo en algunos pocos casos excepcionales, que tiene como puntos neurálgicos la propia programación del trabajo y su compatibilización con el resto de actividades docentes o de otro tipo que lleva a cabo el alumno, así como el aprendizaje de la redacción de textos a partir de un nivel inicial que en muchos casos es bajísimo y debe superarse a través de arduas labores correctoras. Aprendizajes que son específicos de esta asignatura, y de los cuales derivan, de una parte, su dificultad, pero también su utilidad y valor en el proceso de formación de los graduandos.

En concreto, la experiencia enseña que es importante ofrecer a los alumnos de TFG, durante una fase inicial o previa, una información/formación general para

(89) A estos efectos, no cabe duda de que Internet y el mundo digital constituyen una fuente enorme de ventajas y oportunidades para el conocimiento y la investigación, pero es a la vez es un poderoso enemigo para ello, dada la facilidad aparente que crea —capaz de dirigir re-direccionar la atención del usuario que busca información y de generar en él prejuicios sutilmente inoculados—, y dada también la superficialidad o incluso la «tosquedad» de muchas de las fuentes que aparecen resaltadas.

conseguir la disposición de ánimo adecuada por parte de los alumnos y el espacio temporal y mental necesario para acometer con éxito el reto de un trabajo suficiente y provechoso; y es preciso ofrecer también en esa fase previa una explicación del sentido y finalidad de los TFG así como algunas claves metodológicas para su realización (90). Para paliar estas dificultades quizás sería deseable que por parte de la Facultad se ofrecieran unas sesiones informativas presenciales sobre los aspectos de carácter transversal y metodológico de los TFG, que luego pudieran completarse de manera individualizada por los respectivos tutores asignados, con acomodación al área de conocimiento correspondiente.

En definitiva, se requiere no pocas dosis de paciencia por parte del profesor/tutor ante la frecuente falta de resultados inmediatos; también de flexibilidad para acomodarse a las características, ritmos y altibajos de cada alumno, así como para acertar con la combinación adecuada entre el estímulo que implican las valoraciones positivas de los hitos que se van consiguiendo y los mensajes de advertencia sobre errores y carencias expresados en tiempo y forma. Todo lo cual no es por lo demás específico de los TFG, sino que resulta consustancial al ejercicio de la función docente en cualquiera de sus modalidades.

6. La evaluación de los conocimientos del alumnado

Contando con el hecho de que la función evaluadora o calificadora de los conocimientos de alumnado no es precisamente de las más gratas y atractivas que se encomiendan al profesorado —su carácter tedioso resulta en la práctica difícilmente evitable cualquiera que sea el método que se utilice, especialmente si el número de alumnos a evaluar es elevado—, y contando también con que todos los métodos de evaluación resultan imperfectos, procede simplemente constatar que constituye una función vinculada a la propia actividad docente que se encomienda al profesor como un aspecto inherente a la misma. Una función que, presupuesta esta inevitabilidad, hay que utilizar de la manera más conveniente para la consecución de los objetivos docentes —esto es, para provecho del alumnado—, además de suministrar obviamente elementos objetivos que permitan una aproximación objetiva y válida a su nivel de conocimientos y formación.

Se trata en definitiva de que el sistema de evaluación aporte los incentivos correctos, esto es, los estímulos que impulsen al alumno no solo a trabajar la materia sino a *trabajarla bien*, esto es, propicien un aprendizaje significativo y comprensivo por parte del alumno, y le hagan progresar intelectualmente en

(90) Lo cual no siempre se consigue —no está en manos del profesor garantizar este objetivo— bien porque la deseable entrevista preliminar no tiene lugar, o no tiene lugar en el momento oportuno, o porque los mensajes principales no llegan a interiorizarse por el receptor de los mismos, aun habiendo sido transmitidos adecuadamente en tiempo y forma.

el contexto concreto ofrecido por cada asignatura. Y se trata también, por otra parte, de que la evaluación constituya en sí misma un elemento de aprendizaje, el último que cierra por el momento su contacto con la asignatura.

Adicionalmente, es preciso indicar que aunque la labor evaluadora no es, como se ha apuntado, de las más gratas y enriquecedoras que asumimos los profesores, acaba ofreciendo también elementos de aprendizaje para el propio profesor, en el sentido de que permite detectar carencias o puntos oscuros en los conocimientos de los alumnos: no son pocas en efecto las ocasiones en las que un error reiterado por varios alumnos o un defecto de comprensión de un concepto o una cuestión que no es meramente individual me han permitido identificar y subsanar —en cursos posteriores— aspectos no explicados con la suficiente claridad o que requieren un mayor énfasis o esfuerzo comunicativo. De este modo, la función evaluadora forma parte del acervo de experiencias profesoras que ayudan a confirmar, en su caso, la efectiva recepción de los mensajes y contenidos principales de la asignatura y a situarnos ante la realidad concreta de los alumnos que la cursan, no siempre bien captada en el día a día de las clases. En definitiva, ayuda a desarrollar más eficazmente la labor docente explicando mejor los conceptos, las instituciones y las problemáticas abordadas en cada tema (91).

A la hora de diseñar y aplicar los concretos sistemas de evaluación, los profesores estamos en gran medida condicionados por las pautas que fija la organización docente en la que nos desenvolvemos, tanto las generales de la Universidad como de las específicas fijadas por el respectivo centro docente, departamento o área de conocimiento. Sin entrar en detalles que no procede abordar en el contexto del presente texto, apunto a continuación algunas pinceladas sobre la manera de ver las cosas que vengo aplicando en el espacio de libertad del que dispongo para diseñar las modalidades de evaluación y el modo de aplicarlas:

1) Mantengo la convicción de la importancia de una prueba práctica (caso práctico) en el examen final de la asignatura, en orden a estimular un estudio com-

(91) Creo que mi capacidad como profesor no sería en la práctica la misma sin el bagaje que me proporciona los miles de exámenes leídos a lo largo de mi experiencia docente (rara vez han bajado del centenar por curso y muy frecuentemente se han situado en torno a los doscientos). Dicha lectura me ha producido obviamente sensaciones de todo tipo calificables como «agridulces» (muchas veces, más agrias que dulces, aunque no siempre) y no poco desgaste de la vista (especialmente en el caso de las caligrafías indescifrables), pero me han dado a cambio un provechoso «baño de realidad» proporcionándome elementos valiosos para detectar los desenfoques más habituales, y adelantarme a ellos, y para no dar por hecho el conocimiento y la comprensión de datos y conceptos que a mí me parecían obvios y de innecesaria explicación. En definitiva, ha sido provechosa esta labor para descubrir errores en mi percepción sobre el nivel de comprensión y asimilación de la materia por parte de los alumnos. El «posos» que todo ello deja no es otro que la conclusión de que, sin renunciar a metas de alguna ambición, el punto de partida en las explicaciones debe de ser necesariamente modesto, presuponiendo muy pocos conocimientos previos.

prensivo y una maduración de la asignatura que permita manejar y aplicar los principales textos legales de la misma. Con ello no me alejo ni un ápice de la tradición en la que yo mismo me formé como estudiante de Derecho Administrativo hace ya más de cuatro décadas y en la que me he movido desde siempre en las diversas responsabilidades docentes que he asumido. Tan sólo añadiría el matiz de que ello no debe llevar a desdeñar la formación conceptual o teórica (algunos alumnos incurrían en este error, lo que no es en modo alguno de recibo), sin la cual un correcto desenvolvimiento por el proceloso mundo de las leyes está abocado al fracaso.

2) Por lo que se refiere a la prueba de conocimientos teóricos, me inclino personalmente por los modelos tradicionales consistentes en la simple respuesta a cuestiones concretas incluidas en el programa impartido o de relación o conexión entre las mismas. Lo que habitualmente proporciona datos para captar el nivel de información y comprensión de la misma por parte del alumno, así como su capacidad de expresión y precisión (92).

3) En las circunstancias en las que actualmente se desenvuelve la docencia universitaria resulta muy recomendable establecer formas de evaluación que estimulen un trabajo continuado del alumno durante el curso. Parece por ello conveniente, e incluso necesario, que, al margen del estímulo al trabajo continuado que deriva de la asistencia a clases teóricas y prácticas, se programen actividades evaluables durante el cuatrimestre. Actividades que, además de estimular ese estudio continuado, permiten al profesor detectar «señales de alerta» sobre deficiencias o insuficiencias en el aprendizaje cuando todavía hay tiempo para corregirlas.

7. La singularidad de la dirección de tesis doctorales

A caballo entre docencia e investigación —dado que conlleva algunos aspectos de docencia personalizada, pero también de acompañamiento en la primera andadura de los doctorandos como investigadores (93)—, la dirección de tesis ha absorbido una parte no pequeña de mi actividad académica, especialmente durante algunas etapas. Y es razonable pensar que así puede seguir sucediendo en la medida en que se trata de una de las actividades en las que mayor valor añadido puede aportar un profesor «sénior».

Tan solo algunos apuntes generales sobre este aspecto de la actividad universitaria —por lo demás obvios— me parece oportuno expresar en este contexto para completar el repaso a diferentes aspectos de la labor docente de un profesor universitario.

(92) No soy en cambio partidario, en las asignaturas de Derecho, de los exámenes tipo test, vinculados necesariamente a cuestiones con una plantilla única de respuestas correctas sin posibilidad de razonamientos, argumentaciones o matices por parte del alumno, que son muy importantes en el ámbito jurídico y en particular en el Derecho Administrativo. Lo cual limita considerablemente la índole de las preguntas que pueden plantearse a través de tal modalidad de exámenes.

(93) De hecho, la tesis doctoral es investigación, si bien la lleva a cabo el doctorando, con la orientación y el seguimiento del director de la misma.

Obvio resulta en efecto en primer lugar recalcar el importante esfuerzo que exige la elaboración de una tesis a doctorandos y directores, lo que se manifiesta en el dilatado espacio temporal que requiere dicha elaboración, así como en el hecho de que no sean pocos los proyectos o iniciativas que se inician, pero que no llegan a culminarse por razones de diversa índole. La dirección de las mismas constituye una labor necesariamente artesanal y singularizada, que es preciso acomodar a las características y situación de cada doctorando, siendo posible distinguir en principio dos grandes tipos de situaciones que en la práctica se plantean y que requieren un tratamiento diferente: la de quienes acometen el doctorado como una primera etapa de una eventual dedicación a la Universidad como profesor y la de quienes lo hacen ya en una etapa de madurez profesional fuera de la Universidad como un reto personal que complementa y enriquece su formación intelectual.

En cualquier de los dos casos la dirección de tesis exige la adecuada disposición de ánimo para impulsar y estimular su elaboración desde el escrupuloso respeto a la libertad y el estilo de cada doctorando y desde unas actitudes básicas de generosidad, esto es, con una dedicación horaria que no cuantifica ni limita las horas de trabajo invertidas, y de apertura hacia las situaciones que van surgiendo en itinerarios que no son fácilmente planificables. Pero genera a la vez el gozo de compartir, en un nivel sustancialmente diferente al del alumnado de los Grados y Másteres, los propios recorridos y hallazgos intelectuales y de encontrar espacios de diálogo muy cualificados que resultan sin duda enriquecedores también para el director.

Por otro lado, el proceso de elaboración, defensa y, en su caso, publicación de una tesis, implica la creación de un vínculo personal muy potente entre doctorando y director que normalmente excede de los límites temporales marcados por los plazos administrativos de realización del doctorado (que se inician con la admisión a un Programa de Doctorado y terminan con el otorgamiento del título de Doctor). Tiene necesariamente unos antecedentes —no es nada recomendable adentrarse en la dirección de una tesis sin un conocimiento previo suficiente del aspirante a Doctor— y no termina normalmente con el cierre del ciclo de «producción» de la tesis, sino que tiende a prolongarse de manera estable con posterioridad, como una variante de la «amistad académica» que va adquiriendo diferentes tonalidades en escenarios cada vez menos asimétricos.

En estos términos, con los que me identifico plenamente, explica Fernando López Ramón el ideal de magisterio que está llamado a ejercer el director de una tesis doctoral:

«El verdadero magisterio de una persona no significa imposición ni limitación de capacidades o libertades ajenas. No es autoritarismo, puede que sea jerarquía libremente aceptada y mantenida, fundada en conocimientos y experiencias. No es medio de dominación, sino respeto y aun admiración no buscada, espontánea-

mente surgida entre espíritus libres. No es rigidez ni encorsetamiento: más bien exigencia, rigor, seriedad. No es atavismo, ya que quizá sea la única forma viable del progreso científico general. La falta de buenos maestros impide el desarrollo de la vida universitaria fomentando el provincianismo cultural, con su obsesión por problemas nimios y con sus secuelas de favoritismos injustificados» (94).

V. FINAL

Completado el itinerario que nos habíamos propuesto recorrer, me permito terminar con dos percepciones personales de carácter general que emergen de las reflexiones realizadas, a modo de colofón y cierre de las mismas.

1) Redescubrir las buenas semillas que uno lleva dentro resulta siempre un ejercicio grato y provechoso. El «reencuentro» con algunos de mis maestros y referentes intelectuales me ha hecho recuperar la conciencia del valor que tiene el legado recibido y de la dimensión que alcanza mi deuda con ellos. Y me ha permitido también confirmar el sentido que sigue teniendo, acaso hoy más si cabe, caminar por las sendas que abrieron y proponer a las actuales generaciones de universitarios algunos mensajes que derivan de ese legado. Desde el reconocimiento por supuesto de que los referentes apuntados son solamente algunos ejemplos que derivan de un determinado itinerario personal, entre otras muchas líneas de pensamiento y testimonios valiosos que podrían proponerse.

Resulta obvio en todo caso que el reto requiere un esfuerzo de «traducción» o presentación puesta al día. Así, no estoy seguro de que sea realista o practicable recomendar a los alumnos de hoy, por mencionar alguna de las fuentes a las que me he referido, la lectura de *El defensor*, de Pedro Salinas (1948), o de la *Antropología Metafísica*, de Julián Marías (1970), cuya temática y estilo es por lo demás bien diferente; de hecho, debo reconocer que no me atrevo a hacerlo, salvo en casos excepcionales: pese a que son libros escritos en un lenguaje plenamente inteligible en los momentos actuales, resultan lejanos y probablemente poco atractivos para la gran mayoría, lo que explica que sea difícil encontrarlos en el actual mercado editorial. Pero sí estoy convencido de que tiene pleno sentido buscar la manera de recuperar y trasladar al escenario presente algunos mensajes o «hallazgos» de estos y otros autores

(94) Vid. F. LÓPEZ RAMÓN, «Reflexiones sobre el doctorado en Derecho», *Revista Vasca de Administración Pública*, 99-100, 2014, p. 1955. También comparto las consideraciones que realiza sobre las condiciones que deben requerirse a las personas que aspiran a realizar el doctorado en el ámbito jurídico (*op. cit.*, pp. 1953-1955). Entre ellas, «el gusto por la lectura y la inquietud por el conocimiento de los entresijos de las fuentes del Derecho», así como la voluntad de realizar «el especial esfuerzo de raciocinio que implica el trabajo científico, sabiendo que la recompensa va a ser sobre todo de tipo intelectual».

cuya obra nos ha hecho ser mejores personalmente y como sociedad. Lo cual requiere, además de encontrar el lenguaje y el tono adecuados, entender ese legado como algo vivo que debe acomodarse a unos entornos muy cambiantes, profundamente diferentes de los que vivieron los autores aludidos pese a ser relativamente recientes.

Su recuperación y «puesta en valor» deberá servir por lo demás como contrapeso o antídoto eficaz frente a la aceptación acrítica y gregaria de los nuevos «mantras» que tienden a imponerse a veces con pretensiones refundacionales o adanistas —como pueden ser las visiones apocalípticas del cambio climático, la victimización colectiva vinculada al «España nos roba» o las ocurrencias disparatadas en torno a la denominada «identidad de género», o los que sucedan a éstos—. Y será también anclaje sólido para desenmascarar las incoherencias que encierran en algunos discursos que nos circundan (95).

2) En el terreno de las cuestiones metodológicas de la docencia universitaria, no creo que puedan formularse unas determinadas pautas docentes que garanticen el acierto y los buenos resultados de forma genérica, sino que es necesaria una actitud flexible y un esfuerzo de adaptación continua a las características concretas de cada ámbito académico, de cada grupo y de cada curso. Obviamente cada uno debe buscar su estilo personal dentro de su propio recorrido o itinerario como docente universitario, en el contexto concreto organizativo en el que se desenvuelve (Facultad, Titulación, Departamento, Área de conocimiento).

Las únicas claves que a mi juicio pueden enunciarse con un carácter general no son otras que la generosidad en la *dedicación* a la labor docente, plasmada en una preparación adecuada tanto remota —investigación, experiencia docente previa— como próxima o inmediata de cada actividad de enseñanza —clases teóricas y prácticas u otras— y una *ilusión* en el empeño, renovada en cada curso académico, que arranca de la convicción de la grandeza del reto y de la necesidad de su continua reinención adaptativa. Y ello unido por supuesto a algunas dosis de paciencia y de capacidad de espera ante las diferencias en los puntos de partida, en la motivación y en los ritmos de aprendizaje de los alumnos. A partir de ahí la experiencia propia y las circunstancias del contexto (del alumnado y de la organización docente de cada centro) van marcando el camino. En este sentido, creo que la concreta

(95) Apunto tan solo dos ejemplos al respecto: ¿Se puede promover una verdadera educación para todos desde la mentalidad del aprobado general que maquilla el fracaso escolar? ¿Resulta consistente con la preocupación por la juventud y la «próxima generación» (*Next Generation*) que se utiliza como bandera en los discursos oficiales la enorme expansión del endeudamiento público que se está produciendo —en España y en la UE— y la generosa ampliación de los compromisos estructurales de pago asumidos por nuestro sistema público de pensiones? ¿Quién tendrá que afrontar las cargas que resultan de todo ello?

interacción que se produce con el alumnado en cada curso académico constituye la mejor fuente de motivación y estímulo para el profesor.

APÉNDICE: UN EJEMPLO DE CASO PRÁCTICO DOCENTE

A efectos meramente ilustrativos de la importancia que se concede a las clases prácticas en la tradición universitaria en la que me he movido, incluyo a continuación un ejemplo de caso práctico concebido con un carácter eminentemente docente, esto es, como elemento de aprendizaje durante el curso (los casos prácticos pensados a efectos de examen deben ser necesariamente más sencillos y tener un carácter más transversal). El caso no es hipotético, sino que está tomado de una realidad cercana en el tiempo y en el espacio, de modo que no elude la complejidad que es propia de muchas situaciones de la vida real y exige una redacción del enunciado que describa la situación abordada con cierta extensión y detalle (96).

Caso práctico relativo a la expropiación forzosa del inmueble ubicado en la calle Ofelia Nieto 29 de Madrid (97)

El día 27 de febrero de 2015 se produjo el desalojo forzoso y derribo de una vivienda situada en el madrileño barrio de Tetuán (calle Ofelia Nieto 29) que se ubicaba en un edificio de 2 plantas con 254 m² construidos. El desalojo puso fin a una actuación expropiatoria llevada a cabo por el Ayuntamiento de Madrid en esa zona de la ciudad que había dado lugar a un enconado conflicto entre la Administración municipal y los moradores de la vivienda, apoyados éstos en la última fase del conflicto por un activo y beligerante movimiento vecinal de defensa del mantenimiento de la vivienda frente al propósito del Ayuntamiento de culminar una operación de mejora urbanística del barrio que se había iniciado ya en el año 2004.

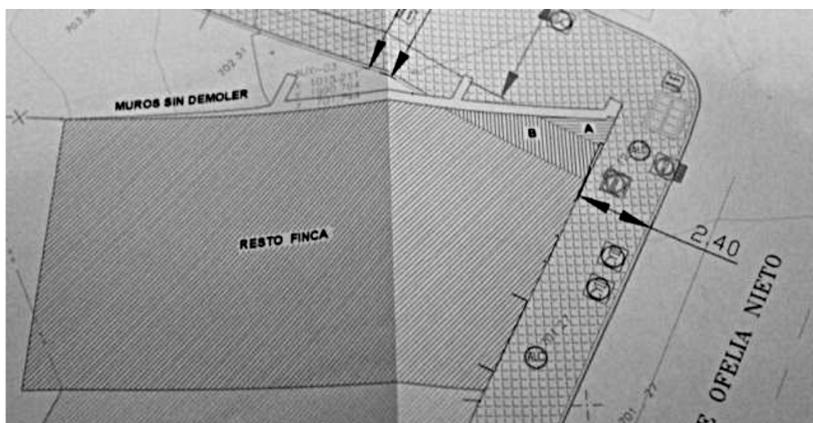
Desde el punto de vista de la aplicación de la potestad expropiatoria, los hitos fundamentales producidos en este conflicto hasta la ejecución del derribo del inmueble fueron, en apretada síntesis, los siguientes:

(96) El caso se utilizó como material docente en los cursos 2016-2017 y 2017-2018 dentro de la asignatura Derecho Administrativo Especial del Grado de Derecho, lo que explica que el énfasis esté puesto más en los aspectos expropiatorios del asunto que en los urbanísticos, sin perjuicio de que resulte imprescindible referirse también a estos últimos.

(97) Los datos e informaciones que se resumen a continuación están tomados de los siguientes documentos: Sentencia del TSJ de Madrid de 27 de marzo de 2012 (Roj: STSJ M 7115/2012), Acta de la Junta de Distrito de Moncloa-Aravaca de 19 de junio de 2013, y artículo de J. ABELLÁN BORDALLO, «El conflicto de Ofelia Nieto 29 y la construcción de una contranarrativa urbana», en la Revista *Anuari del conflicte social*, Universidad de Barcelona, 2014. Asimismo, se han tenido en cuenta crónicas e informaciones publicadas en diversos medios de comunicación, que dieron cuenta de los aspectos más mediáticos del conflicto.

I. La revisión parcial del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid llevada a cabo en 2004 había dispuesto una nueva configuración urbanística para una zona concreta del distrito de Tetuán ocupada por pequeños edificios de una vivienda, con una o dos plantas cada uno de ellos, construidos durante los años 40 y 50 del pasado siglo (en total 19 edificios/viviendas), dentro de una ubicación que en aquella época tenía un carácter claramente periférico. El objetivo pretendido por la revisión del Plan no era otro que dar una mayor calidad urbanística a la zona y establecer una nueva ordenación coherente con la configuración que el resto del barrio tenía ya entonces. A tal efecto, la Administración Municipal delimitó una Unidad de Ejecución —a ejecutar por el sistema de expropiación— con la correspondiente relación de fincas incluidas y de propietarios de las mismas: en conjunto 19 fincas y 30 titulares de bienes y derechos a expropiar. Del total de 17.450 m² incluidos en la actuación, la nueva ordenación contemplaba una ampliación del viario existente y de las zonas verdes (3.575 m² y 2.565 m² respectivamente), un nuevo espacio para equipamiento (2.200 m²) así como dedicar el resto de la superficie a parcelas de uso residencial con edificios de más altura en congruencia con la asignada a los demás edificios de viviendas existentes en la zona.

Aprobada definitivamente dicha Unidad de Ejecución por acuerdo de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid de 27 de mayo de 2004, el Ayuntamiento consiguió llegar a acuerdos con la mayoría de las familias afectadas (18 de ellas, de un total de 19) a través de una negociación en la que les ofreció sumas de dinero situadas en el entorno de los 300.000 €, así como su realojo en viviendas protegidas de la EMVS (Empresa Municipal de Vivienda y Suelo). Solamente en un caso las negociaciones no llegaron a culminar en un acuerdo: los moradores de la vivienda situada a la calle Ofelia Nieto 29 (en la confluencia con la calle Sánchez Preciados) rechazaron la propuesta formulada por el Ayuntamiento; razón por la cual éste decidió seguir los trámites del procedimiento expropiatorio para hacerse con la finca ocupada por dicha vivienda (una parcela de 164 m² ocupada por una vivienda en dos plantas que sumaban 254 m² construidos) y completar así la actuación.



Entretanto, el acuerdo con los demás propietarios permitió ejecutar la mayor parte de la actuación urbanística prevista en la revisión del Plan General con la ampliación del

viario y de las zonas verdes existentes, salvo en lo relativo a la finca cuyos moradores no aceptaron el acuerdo, que quedó fuera de contexto en la nueva ordenación, pues una pequeña parte de la misma —6 m²—, quedaba incrustada en el nuevo viario en forma de esquina que invadía la acera y debía transformarse en zona peatonal, y el resto de la finca formaba parte de una parcela edificable de uso residencial conforme a la nueva ordenación.

II. A partir de ese momento se desarrolló un largo conflicto entre la familia afectada y el Ayuntamiento en el que aquélla planteó, infructuosamente, diversas acciones judiciales para oponerse a la expropiación y, por otro lado, consiguió en un segundo momento un amplio respaldo de grupos de activistas vinculados a la lucha contra los desahucios y la reivindicación del derecho a la vivienda.

Por parte de la familia (integrada en el momento de la expropiación por 10 moradores de tres generaciones distintas), además de pretender una indemnización muy superior a la ofrecida por el Ayuntamiento, se cuestionaba la operación expropiatoria misma, y la inclusión de su vivienda en ella, por entender que la actuación urbanística en la que se encuadraba no respondía a un interés público real sino más bien a planteamientos especulativos detrás de los cuales había intereses de empresas constructoras. También se invocaba el perjuicio irreparable que les producía tener que abandonar su vivienda y el barrio en el que habían vivido desde hacía más de 50 años, dado que les resultaba inviable adquirir una nueva vivienda similar en dicho barrio.

Por parte de la Administración municipal se esgrimía el interés público inherente a la ejecución del planeamiento en vigor y se aducía no sólo que la finca ocupaba una pequeña parte del viario de nueva creación como espacio peatonal (6 m²), sino que el mantenimiento de la edificación existente hacía inviable la edificación de la parcela en la que se ubicaba conforme a la nueva ordenación. Asimismo, se señalaba que de no ejecutarse la expropiación se produciría un enriquecimiento injustificado por parte de los afectados y un tratamiento privilegiado de los mismos respecto a los demás propietarios, pues la finca pasaría a tener una edificación mucho mayor —más del triple— sin haber efectuado cesiones ni contribución alguna a los gastos de urbanización.



III. Los hitos fundamentales del procedimiento expropiatorio fueron los siguientes:

El Jurado Territorial de Expropiación de la Comunidad de Madrid fijó el justiprecio inicialmente en la cantidad de 358.000 € mediante resolución de 15 de noviembre de 2006. Importe que se situaba más cerca de la cifra ofrecida por el Ayuntamiento en su hoja de aprecio (212.000 €) que la pretendida por los propietarios de la vivienda (1.800.000 €) y que fue confirmado en reposición por el mismo Jurado con fecha 26 de mayo de 2008.

Contra dicho acuerdo se interpusieron sendos recursos contencioso-administrativos, tanto por el expropiado como por la Administración municipal, que fueron resueltos por Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ de Madrid dictada el 27 de marzo de 2012 (Roj: STSJ M 7115/2012), que estimó parcialmente el recurso interpuesto por el Ayuntamiento, reduciendo el justiprecio a la cantidad de 326.000 €.

No obstante, de forma paralela se había solicitado la retasación del inmueble por parte de las personas expropiadas, de acuerdo con lo previsto en el art. 58 de la LEF; pretensión que se resolvió favorablemente por sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo de Madrid nº 22 dictada el 7 de mayo de 2010. En cumplimiento de la misma volvieron a seguirse los trámites contemplados en los arts. 24 y ss. de la Ley Expropiatoria, determinándose un nuevo justiprecio por el Jurado, que esta vez ascendía a la cantidad de 399.000 €, cuyo importe fue considerado aceptable por el Ayuntamiento y no fue recurrido por las partes.

Intentado el pago del justiprecio por parte del Ayuntamiento, los afectados renunciaron al mismo, así como al realojo que les fue ofrecido por los servicios de la EMVS, que mantuvieron diversas reuniones con ellos al efecto. También se les citó por los Servicios Sociales municipales, sin lograr que comparecieran. Así las cosas, la Administración municipal optó por consignar el justiprecio en la Caja General de Depósitos de acuerdo con lo previsto en el art. 50.1 LEF, a la vez que iniciaba un procedimiento administrativo de desahucio conforme a lo previsto en la legislación de patrimonio de las Administraciones Públicas y en la normativa de régimen local. Dicho procedimiento fue asimismo impugnado por los propietarios del inmueble, primero en reposición y luego en vía contencioso-administrativa, donde solicitaron la suspensión cautelar del lanzamiento, cosa que consiguieron inicialmente. Pero tal suspensión fue levantada con posterioridad por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo.

IV. Sobre la base de todo ello, el desalojo forzoso del inmueble se fijó para el día 14 de agosto de 2013, fecha en la que los agentes de la Policía Local se personaron en el mismo con la intención de ejecutar el lanzamiento. No obstante, los agentes optaron por desistir del intento al comprobar que los activistas habían organizado una «acampada» en la azotea de la casa durante la noche anterior y que había un muy nutrido grupo de personas en el inmueble con intención de resistirse. La aludida «acampada» se mantuvo de manera permanente con posterioridad, llegando a alcanzarse en algunas noches el número de 150 personas pernoctando en la casa.

Posteriormente, pasado año y medio desde este intento frustrado, el desahucio volvió a intentarse sobre la base de un Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 28 de Madrid dictado el 18 de febrero de 2015; Auto que autorizó la entrada domiciliaria durante los 20 días siguientes, en jornada laboral y horario diurno. Así las cosas, el 27 de febrero, a las 07.15 horas, la Policía municipal se personó de nuevo en el inmueble consiguiendo esta vez su objetivo de desalojar a los moradores y sus

pertenencias, procediéndose acto seguido a la demolición de la casa por la acción de una excavadora cuya actuación fue protegida por los agentes de la Policía. Aunque hubo algunos activistas y vecinos que se opusieron, los agentes lograron vencer su resistencia tras una refriega que se saldó con algunas detenciones y la atención por el SAMUR a tres personas, entre ellas dos policías, por contusiones leves.



V. Con posterioridad, durante el mes de diciembre de 2015 —producido por tanto el relevo en la Alcaldía de Madrid tras las elecciones de mayo de dicho año—, la familia desalojada consiguió, tras diversos intentos, ser recibida por la Alcaldesa de la ciudad, para hacerle llegar directamente su pretensión de revertir la titularidad del terreno expropiado. Por parte de las autoridades municipales se les explicó que la legislación vigente no permite devolverles la titularidad del terreno tras una expropiación que se produjo de manera legal y que no existe ningún instrumento jurídico para hacerlo. No obstante, la Alcaldesa anunció su intención de construir viviendas sociales en dicho terreno y de adjudicar a la familia expropiada tres de ellas en propiedad, comprometiéndose a estudiar formas de ayuda para la misma durante el tiempo que dure la construcción del nuevo edificio. Esta solución no fue aceptada por la familia, que ha seguido aspirando a la devolución del terreno y a la reconstrucción de la casa.

Cuestiones a analizar

- 1) Indique qué procedimiento expropiatorio se siguió en el supuesto. Señale también cuál es en el caso la *causa expropriandi*, cómo se produjo su declaración y si se trata de una causa de utilidad pública o de interés social.
- 2) Indique en qué momento procedimental se resolvió sobre la necesidad de ocupación y si se aplicaron al efecto las previsiones contenidas en los arts. 15 y ss. LEF.
- 3) Valore jurídicamente los argumentos esgrimidos por la familia para oponerse a la expropiación. Indique también cómo y cuándo pudo oponerse a la actua-

ción urbanística de la que trae causa la expropiación forzosa y a la inclusión de su vivienda en la misma. Valore asimismo en términos jurídicos la posición mantenida por el Ayuntamiento de Madrid.

- 4) Indique qué es el Jurado Territorial de Expropiación de Madrid al que se alude y dónde está regulado. Considere la cuestión de si, una vez fijado inicialmente el justiprecio en el año 2006, el Ayuntamiento pudo proceder al pago o consignación del mismo y a la ocupación del inmueble sin esperar a que se resolvieran los recursos frente al mismo. Y señale también si, tras la negativa de los propietarios a recibir el justiprecio, era necesario seguir el procedimiento administrativo de desahucio como paso previo al lanzamiento.
- 5) ¿Qué reglas de valoración del suelo y la edificación objeto de expropiación se aplicaron en el caso: las contenidas en la Ley del Suelo y Valoraciones de 1998 o las de la Ley de Suelo de 2007? ¿Qué edificabilidad debió tenerse en cuenta a estos efectos, la que tenía la finca antes de la revisión del Plan General del año 2004 o la resultante de la nueva ordenación que se trata de ejecutar mediante la expropiación? ¿Se contempla alguna compensación por el valor afectivo de la vivienda? ¿Debió incluirse también algún concepto indemnizatorio por gastos de traslado y mudanza?
- 6) ¿Considera ajustada a Derecho la actuación de la Policía? Señale dónde está prevista y regulada la autorización otorgada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo y qué función cumple. ¿Debió avisar previamente la Policía municipal a los moradores del momento en que iba a proceder al desalojo forzoso de la vivienda?
- 7) Razone sobre la naturaleza jurídica que tienen los terrenos expropiados tras su adquisición por el Ayuntamiento en virtud del destino que les corresponde de acuerdo con el planeamiento vigente. ¿Pueden ser objeto de enajenación? ¿Podrían ser adjudicados directamente a una empresa promotora para la construcción de nuevas viviendas?
- 8) Con respecto a la pretensión de la familia de que se le devuelva el terreno expropiado, ¿qué previsiones legales resultan de aplicación? Indique si, conforme a las mismas, hay algún supuesto en que procedería la reversión del suelo.

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR Y LAS DEBILIDADES DEL SISTEMA (*)

MARÍA JESÚS GALLARDO CASTILLO
Catedrática de Derecho Administrativo
Universidad de Jaén

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA RESPONSABILIDAD DEL LEGISLADOR POR VULNERACIÓN DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA: 1. Requisitos sustantivos. La positivación de las exigencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. A) El establecimiento inicial de la responsabilidad patrimonial por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea como principio inherente al sistema del Tratado (1991). B) La construcción definitiva del principio e introducción de un nuevo requisito: infracción suficientemente caracterizada (1996) 2. Requisitos formales: de la no traslación del sistema de inconstitucionalidad al sistema de vulneración del Derecho de la Unión Europea a la completa homologación entre ambos. 2.1. Primera etapa: no traslación del sistema de inconstitucionalidad a DUE. 2.1. Segunda etapa: Rectificación del TS de su propia doctrina y consecuente traslación del sistema de inconstitucionalidad al sistema de anti-comunitariedad. 2.3. Tercera etapa: la reacción de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público. 3. La imposibilidad o la excesiva dificultad que se instaura en la Ley 40/2015 para el ejercicio de la acción de responsabilidad: La vulneración del principio de efectividad. 4. El definitivo «aldabonazo» contra la responsabilidad patrimonial del legislador por vulneración del Derecho de la Unión Europea y la urgente necesidad de su reforma: La STJUE de 28 de junio de 2022. III. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL LEGISLADOR POR LEYES INCONSTITUCIONALES. 1. El Tribunal Constitucional versus el Tribunal Supremo: la historia del largo desencuentro de sus doctrinas. 1. El excesivo rigor formal impuesto por la Ley 40/2015: Roma locuta, causa finita. 2. La ¿nueva? rectificación que diseña el Tribunal Supremo para aligerar la carga procesal exigida por la LRJSP de combatir el acto de aplicación con la posibilidad de hacerlo mediante la revisión de oficio. 3. Un supuesto no previsto por la Ley 40/2015: el caso de leyes autoaplicativas y la solución de la STS de 27 de octubre de 2020. IV. LA LLAMADA «TERCERA VÍA»: LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL LEGISLADOR POR ACTOS LEGISLATIVOS DE NATURALEZA NO EXPROPIATORIAS DE DERECHOS. 1. ¿Una indemnización a cargo de las Administraciones? 2. Que no tengan el deber jurídico de soportar. 3. Cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que en ellos se especifiquen. V. CONCLUSIONES.

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA con fecha 30/09/2022 y evaluado favorablemente para su publicación el 06/12/2022.

Este estudio se realiza en el marco del grupo de investigación «Transversalidad e interdisciplinariedad del Derecho Civil» (SEJ-235) adscrito a los centros de investigación CIDES y CEIA3.

RESUMEN: La responsabilidad del legislador, en sus tres modalidades, se encuentra regulada en la Ley 40/2015, si bien los requisitos y condiciones que en ella se prevén distan mucho de ser acordes con los principios del Derecho comunitario, con los postulados constitucionales y con la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo. En este trabajo se trata de analizar y dar cuenta de las debilidades y carencias del sistema, sumándose así a la reivindicación de reforma que viene a postular la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de junio de 2022 y la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Palabras clave: responsabilidad legislador; leyes inconstitucionales; leyes contrarias al derecho comunitario; leyes no expropiatorias de derechos.

ABSTRACT: *The three types of legislature's liability are regulated in the Law 40/2015, although the conditions and requirements are in breach with the Union Law, with the constitutional postulates and the repeated case-law of the Supreme Court. This paper analyzes the weakness and deficiencies of the system, in accordance with the claim to fulfil its obligations established by the Judgment of the Court of 28 June 2022 and the recent case-law of the Supreme Court.*

Key words: *Legislature's liability; unconstitutional laws; breach of eu law attributable to the national legislature; non-deprivative of rights laws.*

I. INTRODUCCIÓN

Bajo la denominación genérica de «responsabilidad del legislador» se dan cita distintas modalidades de leyes susceptibles de generar situaciones diversas que pueden resultar merecedoras de algún género de compensación: actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos —los que son expropiatorios generan derecho a indemnización conforme a esta figura y, por tanto, quedan fuera del ámbito de resarcimiento derivado de la responsabilidad patrimonial objeto de este estudio—, leyes declaradas inconstitucionales por el Tribunal Constitucional (TC) y leyes que resultan contrarias al Derecho de la Unión Europea (DUE), las que, a su vez, comprenden las siguientes situaciones: (a) los casos en que un Estado miembro incurre en un incumplimiento de sus obligaciones de transposición de la directivas europeas (b) los supuestos en que infringe normativa europea con efecto directo y (c) cuando comete vulneración del Derecho primario establecido en los Tratados.

El primero de los supuestos comenzó a regularse en la Ley 30/92 y, como es sabido, con su mismo tenor, ha sido recogido por la Ley 40/2015, de 1 de octubre (LRJSP) en el art. 32.3. Los dos últimos han constituido una novedad en nuestra legislación y su evolución ha ido en paralelo pero con clamorosos desencuentros, propiciados por el fuego cruzado de una jurisprudencia del TC y del TS que no ha dejado de manejar con inseguridad unos argumentos que

ha ido cambiando y moldeando en distintas etapas perfectamente reconocibles en el tiempo, como vamos a ver.

Así pues, la falta de previsión normativa de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador desde que fuera aprobada la Constitución española (CE), no dejaba de resultar llamativa por su contraste con la regulación, más o menos pormenorizada, del instituto resarcitorio en las administraciones públicas y para el poder judicial, pues suponía el mantenimiento de una zona de inmunidad absolutamente contraria al mandato constitucional. En este sentido debe reconocerse el decidido avance del legislador al haber incorporado la previsión de su deber de resarcimiento al igual que corresponde al resto de los poderes públicos, si bien la regulación que contiene la LRJSP no puede calificarse de satisfactoria, pues prevé una serie de requisitos y condiciones que dificultan su ejercicio más allá de lo razonable y contrarían consolidados pronunciamientos jurisprudenciales y algunos principios esenciales del Derecho comunitario que urge corregir. Son las debilidades de un sistema que parece haber sido diseñado para que no pueda ser usado y que necesita ser reformado con prontitud para que sea acorde a la Constitución y a sus principios inspiradores.

II. LA RESPONSABILIDAD DEL LEGISLADOR POR VULNERACIÓN DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

1. Requisitos sustantivos. La positivación de las exigencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

A) El establecimiento inicial de la responsabilidad patrimonial por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea como principio inherente al sistema del Tratado (1991) (1)

Es por todos sabido que la responsabilidad patrimonial de los Estados miembros con cargo al legislador por razón de los daños causados a los ciudadanos, ya sea por vulneración del DUE o ya sea por demora considerable en trasponer una Directiva al ordenamiento interno, no se encuentra contemplada en ningún precepto de los Tratados ni en norma alguna de Derecho derivado (2). Fue el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) quien, en la conocida Sentencia *Francovich*, vino a reconocerlo explícitamente al resolver un asunto en que, por inactividad, el Estado italiano frustró el goce de los derechos que la Directiva obligaba a incluir en los ordenamientos estatales en beneficio

(1) COBREROS MENDAZONA (2009: pp. 444 y ss. y 2006: pp. 315 a 339). Interesante también el trabajo de Álvarez Barbeito (2004: pp. 61 a 75).

(2) Para un análisis profundo y detallado *vid.* GUICHOT (2016: pp. 51 a 56).

de los trabajadores. Ante esta situación el TJUE se vio en la necesidad de salir al paso tanto de la protección del DUE para evitar que este se convirtiera en inoperante, como de la protección de los ciudadanos de la Unión para no convertir en ilusorio el disfrute de los derechos reconocidos por la normativa europea. Y lo hizo estableciendo el siguiente silogismo:

a) si, por un lado, «la plena eficacia de las normas comunitarias se vería cuestionada y la protección de los derechos que reconoce se debilitaría si los particulares no tuvieran la posibilidad de obtener una reparación cuando sus derechos son lesionados por una violación del derecho comunitario imputable a un Estado miembro»;

b) y si, por otro lado, «la plena eficacia de las normas comunitarias está supeditada a la condición de una acción por parte del Estado y, por consiguiente, los particulares no pueden, a falta de tal acción, invocar ante los órganos jurisdiccionales nacionales los derechos que les reconoce el derecho comunitario»;

c) parece evidente que «el principio de la responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares por violaciones del derecho comunitario que le son imputables es inherente al sistema del Tratado».

La Sentencia *Francovich* enuncia así el principio de responsabilidad patrimonial frente a los ciudadanos y lo hace de forma general y categórica con la consecuente indisponibilidad para los Estados, en el sentido de que estos no podrán suprimirlos ni adicionarles requisitos que los hagan ilusorios o inviables. Y bajo esta premisa la sentencia establece tres requisitos —necesarios y suficientes, según declara— para generar indemnización en beneficio del perjudicado:

«El primero de estos requisitos es que el resultado prescrito por la Directiva implique la atribución de derechos a favor de los particulares (3).

(3) La STS de 10 de marzo de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1023, rec. 9/2020), con cita de la STS de 12 de junio de 2003 (rec. 46/1999), aclaraba respecto de este requisito que «no supone otra cosa que el que la vulneración de la norma comunitaria prive al particular del disfrute de ese derecho originándole un perjuicio individualizado y por tanto indemnizable», y añade que: «ante todo debe sentarse la premisa de que la interpretación del instituto de la responsabilidad patrimonial debe ser siempre de carácter extensivo en el sentido de que ha de ser siempre favorable a la protección del particular frente al actuar del Estado, de una parte porque así lo exige el carácter objetivo de esa responsabilidad en el ámbito del derecho interno y de otra porque no es sino una forma de paliar las deficiencias que otras técnicas de protección de esos intereses presentan, no siendo en consecuencia razonable que el particular vea minorado su derecho a la tutela judicial efectiva en beneficio del Estado infractor. La interpretación pro particular de la responsabilidad se infiere con claridad del hecho de que los requisitos establecidos por el Tribunal de Justicia no excluyen la aplicación de criterios menos restrictivos derivados de la legislación estatal, lo que por otra parte resulta tremendamente importante en la esfera de nuestro ordenamiento jurídico en cuyo marco el instituto de la

El segundo requisito es que el contenido de estos derechos pueda ser identificado basándose en las disposiciones de la Directiva.

El tercer requisito es que exista una relación de causalidad entre el incumplimiento de las obligaciones que incumben al Estado y el daño sufrido por las personas afectadas».

Así, los requisitos materiales vienen determinados por el DUE y sobre ellos ningún reproche podrán alzar los Estados miembros, pero el ejercicio efectivo de la acción indemnizatoria de los particulares contra el Estado requiere de la aplicación de las reglas nacionales sobre responsabilidad patrimonial, impeorando, si fuere necesario, la tutela de los tribunales del país en cuestión, si bien apostilla el TS que «las condiciones, de fondo y de forma, establecidas por las diversas legislaciones nacionales en materia de indemnización de daños *no pueden ser menos favorables* que las referentes a reclamaciones semejantes de naturaleza interna y no pueden articularse de manera que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil obtener la indemnización» [§ 43]. (La cursiva es mía).

Este fue el primer enunciado que el TJUE formuló de los principios de equivalencia y de efectividad, sobre el que luego se volverá. Por virtud del primero, el régimen de responsabilidad por infracción del Derecho comunitario no puede ser sometido a condiciones más severas que las que resultan de aplicación a las reclamaciones *semejantes* en el ámbito del país miembro. El problema es determinar cuál es esa reclamación que guarda semejanza, algo que en modo alguno es un *prius* sino el *punctum dolens* pues, pese a su aparente sencillez, nos coloca en el umbral de un campo sembrado de cuestiones no siempre fáciles de dilucidar (4) y que no podemos entrar aquí a resolver

responsabilidad patrimonial del Estado tiene carácter objetivo, de modo que basta la existencia de un daño antijurídico e individualizado para que, de existir nexo causal entre el actuar de la Administración y el resultado producido, opere el citado instituto jurídico... En segundo lugar no cabe confundir la idea de “conferir derechos a los particulares” con la de “tener por objeto conferir derechos”, de modo que no ha de ser el objeto de la directiva la atribución de derechos a los particulares, sino que esa atribución de derechos ha de ser uno de los efectos de su adecuada transposición, de tal manera que si de las medidas que el Estado está obligado a tomar se deben derivar derechos para los particulares el requisito estará cumplido». En parecido sentido, la STS de 19 de marzo de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:1100; rec. 4777/2016).

(4) Así por ejemplo RUIZ LÓPEZ apunta las siguientes cuestiones: ¿es comparable la ubicación de la Ley en el sistema puramente interno de fuentes, a su ubicación en el sistema internormativo de fuentes resultante de la inserción del ordenamiento jurídico comunitario en el ámbito interno? ¿Es comparable la posición del legislador a la hora de desarrollar la Constitución con la que ostenta a la hora de ejecutar, en el plano interno, el Derecho comunitario derivado? O, por el contrario, en este último caso de ejecución del Derecho comunitario derivado, ¿el término de comparación no habría que buscarlo en la posición que, en el plano estrictamente interno, ocupa el Gobierno en el ejercicio de su potestad reglamentaria a la hora de concretar la voluntad del legislador? RUIZ LÓPEZ (2013: p. 26).

porque su análisis excedería el objeto de este estudio. Por virtud del segundo, la garantía del particular ha de ser efectiva y no ilusoria, para lo que no cabe aceptar el establecimiento de requisitos y condiciones excesivamente rigurosos o de imposible cumplimiento.

B) La construcción definitiva del principio e introducción de un nuevo requisito: infracción suficientemente caracterizada (1996)

Casi al lustro de dictarse la Sentencia *Francovich*, el Tribunal de Justicia de Luxemburgo dicta un pronunciamiento que constituyó un auténtico referente, pues marcó un *antes* y un *después*, hasta el punto de que la LRJSP terminó positivizando sus exigencias junto con los requisitos introducidos en la Sentencia *Francovich*.

Me refiero a la conocida Sentencia *Brasserie du Pêcheur y Factortame*, en la que se incorporó a los tres anteriores el requisito de la *violación suficientemente caracterizada*, es decir, que la infracción cometida sea una ilegalidad cualificada, esto es, una violación *manifiesta* y *grave* —correspondiendo al accionante la carga de alegar y, además, razonar sobre tal extremo que cualifica la infracción normativa (STS de 3 de octubre de 2016, ECLI:ES:TS:2016:4487, Rec. 162/2015)— y no cualquier contravención del Derecho comunitario que no pasara tal umbral. No consiste, sin embargo, en incorporar la concurrencia de culpa, pues ello iría «más allá de la violación suficientemente caracterizada» e impondría, así, un requisito suplementario de tal naturaleza que «equivaldría a volver a poner en entredicho el derecho a indemnización que tiene su fundamento en el ordenamiento jurídico comunitario» (STS 17 de noviembre de 2010, ECLI:ES:TS:2010:6884, Rec. 488/2007).

Desde mi punto de vista, el requisito lo que hace es incorporar a este sistema de responsabilidad patrimonial el conocido «margen de tolerancia», que, como sabemos, no es más una especie de «margen de error» que la jurisprudencia viene concediendo a la Administración en los casos de aplicación de las potestades discrecionales, y que viene a restringir o limitar sus consecuencias indemnizatorias cuando, en la aplicación de una norma, después declarada contraria a Derecho (5), esta permitía una interpretación subjetiva

(5) La citada STS de 10 de marzo de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1023, rec. 9/2020) afirma al respecto que: «la infracción tendrá el carácter de suficientemente caracterizada siempre que el Estado miembro no disponga de margen de apreciación, de modo que cuanto mayor sea este menor será el riesgo de que la infracción revista aquel carácter. Por el contrario, el riesgo será mayor cuanto más precisas sean las obligaciones impuestas por la norma comunitaria al Estado miembro. Por tanto, si la infracción de la norma es manifiesta, si la interpretación dada por el Estado miembro a la norma comunitaria es inaceptable por manifiestamente errónea, si la jurisprudencia del Tribunal ha aclarado situaciones análogas y

por el operador jurídico; un margen de tolerancia —o, en su caso, un margen de apreciación— que se traduce en que el particular tiene la obligación de soportar —sin derecho, por tanto, a resarcibilidad— las consecuencias dañosas de las actuaciones u omisiones que no han superado cierto nivel, ya sea de tolerancia, de error, o de apreciación, «razonado y razonable al interpretar la norma violada, mayor o menor, en función de la naturaleza y características de esta», como reconoce la STS de 17 de noviembre de 2016 (Rec. 196/2015).

En esta ocasión, con entera independencia del juicio que pueden merecer estas figuras, la dificultad se encuentra en determinar las circunstancias que permiten apreciar el margen de tolerancia o su homólogo (la violación suficientemente caracterizada). Por ejemplo, ¿la constituye la demora en la trasposición de una Directiva? El Tribunal Supremo en su sentencia de 12 de junio de 2003 terminó por calificarla «grave *per se*» y que, por ello, merecía la consideración de *vulneración suficientemente caracterizada* generadora de responsabilidad, si bien mantuvo el criterio contrario en su sentencia de 30 de abril de 2004 (6).

Ante la evidente indeterminación del requisito, el propio TJUE consideró conveniente aportar algunos *elementos de clarificación* para que, llegado el caso en que los órganos jurisdiccionales estatales hayan de conocer de una reclamación de este tipo, puedan aplicar correctamente este presupuesto (7):

- a) el grado de claridad y de precisión de la norma vulnerada,
- b) la amplitud del margen de apreciación que la norma infringida deja a las autoridades nacionales,
- c) el carácter intencional o involuntario de la infracción cometida o del perjuicio causado,
- d) el carácter excusable o inexcusable de un eventual error de derecho y
- e) la circunstancia de que las actitudes adoptadas por una institución de la Unión Europea hayan podido contribuir a la omisión, la adopción

por tanto el Estado miembro debía conocer el criterio del Tribunal y la interpretación correcta, es indudable que en estos casos la infracción será suficientemente caracterizada. Por el contrario cuando una norma pueda dar lugar a más de una interpretación conforme con el Derecho comunitario, cuando la norma resulta imprecisa y se ha actuado de buena fe por el Estado miembro, en estos casos no cabe hablar de infracción suficientemente caracterizada hábil para dar lugar a la responsabilidad patrimonial del Estado miembro». En parecido sentido, la STS de 19 de marzo de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:1100; rec. 4777/2016).

(6) La SAN de 7 de mayo de 2002 (asunto sobre multipropiedad) se pronunció a favor de la primera opción, al afirmar que el Estado español se retrasó en trasponer la Directiva 94/47, de 26 de octubre de 1994, sobre protección de adquirentes. Debía haberlo hecho en el plazo de 30 meses pero no lo hizo hasta la Ley 42/98, lo que generó daños que debían ser reparados por vía de responsabilidad patrimonial.

(7) *Vid.* IRANZO CEREZO (2020: pp. 201 a 226).

o el mantenimiento de medidas o de prácticas nacionales contrarias al derecho de la Unión.

En cualquier caso, según la *Sentencia Brasserie*, habrá una violación suficientemente caracterizada en los siguientes supuestos:

1º) cuando el incumplimiento hubiera perdurado a pesar de haberse dictado una sentencia que declare la existencia del incumplimiento estatal (ex art. 260 TFUE);

2º) cuando el incumplimiento hubiera perdurado a pesar de haber una sentencia prejudicial interpretativa de la que se deduzca el incumplimiento; y

3º) cuando existiera una jurisprudencia reiterada en la materia, de la que resulte el carácter de infracción del comportamiento estatal en cuestión.

En la práctica esto supone que para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado no es precisa, de ninguna manera, la existencia previa de una STJUE que declare el incumplimiento ex art. 260 TFUE, lo que no es cuestión baladí, como tendremos ocasión de examinar.

2. Requisito formales: de la no traslación del sistema de inconstitucionalidad al sistema de vulneración del Derecho de la Unión Europea a la completa homologación entre ambos

Se impone reconocer que en esta materia el Tribunal Supremo ha venido manejando con cierta inseguridad sus argumentos, lo que ha determinado que su doctrina haya estado marcada por hitos o etapas perfectamente distinguibles por su contradicción, pues ha pasado de rechazar de forma firme y absoluta el traslado de los requisitos exigibles en los casos de inconstitucionalidad de las leyes a esta modalidad de responsabilidad hasta todo lo contrario.

A) Primera etapa: no traslación del sistema de inconstitucionalidad a DUE

Desde un primer momento el Tribunal Supremo venía rechazando expresamente trasladar el sistema de responsabilidad estatal por ley inconstitucional al caso de la responsabilidad estatal por ley incompatible con el DUE (8) (así, la STS de 29 de enero de 2004, Rec. núm. 52/2002), argumento este que constituyó el mayor motivo de enconamiento con la doctrina del Tribunal Constitucional, que permanecía impertérrito en su conocida posición respecto del efecto *pro futuro* o prospectivo de sus sentencias (STC 45/1989). El resultado era insoslayable: no pueden ser revisadas las situaciones jurídicas consolidadas

(8) Para un análisis más detallado *vid.* GUICHOT (2016: pp. 76 a 79).

ya sean por haber sido decididas mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada o ya se trate de las derivadas de actuaciones administrativas firmes (9).

Así se reiteró posteriormente en tan elevado número de sentencias del TC que hacen ociosa su cita, lo que generó que los ciudadanos vieran desestimadas las pretensiones indemnizatorias que formulaban interesando resarcimiento por las consecuencias lesivas que entendían que les había generado una ley que posteriormente había sido declarada inconstitucional. El argumento del TC parecía incontestable: lo único que había hecho su sentencia era declarar la inconstitucionalidad de una determinada Ley, pero no la nulidad de las actuaciones realizadas en el pasado al amparo de dicha ley, pues ello equivaldría a otorgar efectos retroactivos, no prospectivos, a sus sentencias, lo que contravendría lo dispuesto en el art. 40 de su Ley orgánica, que dispone:

«Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las Leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad».

A efectos prácticos esto significaba que única y exclusivamente quien había instado en tiempo y forma la revisión del acto administrativo o, en el ámbito tributario, de una declaración-liquidación, podía aprovecharse del fallo declarativo de la inconstitucionalidad de la Ley correspondiente de la que aquellos constituyeron su concreta aplicación (10). Y, correlativamente, que quien no había recurrido vería cercenada tal posibilidad por no haber combatido —y, por tanto, haber consentido— tal actuación y sus efectos. Dicho de otra forma: el no haber utilizado la vía de «la tutela primaria», impugnando el acto cerraba el paso a la posibilidad de acudir a los tribunales para intentar la restitución de lo cumplido por mandato del acto administrativo ejecutor de la ley, después declarada inconstitucional (11).

En este «fuego cruzado» el TS abrió el camino para conseguir el efecto contrario, posibilitando y propiciando el ejercicio de la acción de responsabi-

(9) Los supuestos más frecuentes vienen siendo los pagos hechos en virtud de auto-liquidaciones o liquidaciones provisionales o definitivas acordadas por la Administración.

(10) A favor se manifiesta SESMA SÁNCHEZ (2011: pp. 1436 y 1439).

(11) BELADÍEZ ROJO (1994: pp. 342 y ss.) considera que la lógica interpretación de los arts. 39 y 40.1 LOTE es que los mismos impiden la revisión de los actos que hayan sido objeto de un proceso cuya sentencia tenga el valor de cosa juzgada, salvo los supuestos enumerados en el mismo precepto.

lidad patrimonial derivada de un acto legislativo que hubiera sido declarado inconstitucional, al considerar que *la acción de nulidad y la acción de responsabilidad son diferentes*. Y así fue como, a partir del año 2000, el Supremo fue creando una doctrina jurisprudencial favorable a reconocer la responsabilidad patrimonial del legislador para reparar los daños que iba causando una ley desde que fue dictada, no desde que se declaró la inconstitucionalidad, y hasta que dejara de aplicarse. Y ello, sin necesidad de que el ciudadano afectado hubiera combatido, administrativa y judicialmente, los actos administrativos que se habían dictado en aplicación de esta (12). Fue así como se distinguía entre la impugnación del acto y la acción de responsabilidad, con la consecuente eliminación del requisito de impugnación previa de la actuación administrativa realizada al amparo de tal ley y sin que ello constituyera óbice ni impedimento para solicitar y alcanzar después el correspondiente resarcimiento por vía del ejercicio de la correspondiente acción de responsabilidad patrimonial.

Ahora bien, no actuó, sin embargo, el Tribunal Supremo con el mismo criterio benevolente cuando se enfrentaba a un supuesto de responsabilidad por vulneración del DUE por parte de una Ley interna. Y así, en sus SSTS de 29 de enero de 2004 (rec. 52/2002) y 24 de mayo de 2005 (rec. 73/2003), entre otras, declaró que no era aplicable a este supuesto la doctrina por él sustentada cuando lo que se había instado era que se declarase la responsabilidad patrimonial con fundamento en la declaración de inconstitucionalidad de una Ley. El Tribunal Supremo, que no exigía impugnación del acto administrativo en los casos de inconstitucionalidad de una Ley, en los términos vistos, afirmaba lo contrario cuando ese mismo acto administrativo era contrario al Derecho de la Unión. En este último caso la falta de impugnación determinaba la imposibilidad de obtener resarcimiento pecuniario si con posterioridad se producía el pronunciamiento del Tribunal de Justicia de Luxemburgo reconociendo la vulneración de dicha Ley con el DUE. Mantenía así una disparidad de criterio entre los supuestos de *inconstitucionalidad* y los supuestos de *anticomunitariedad*. Para obtener un posterior resarcimiento por vía de la responsabilidad patrimonial, en el primer supuesto no exige que el particular hubiera «combatido» la actuación administrativa y, en el segundo, sí. ¿Por qué? Sencillamente porque ambas situaciones no las consideraba «semejantes».

La diferencia la justificaba en el hecho de que, en los casos de vulneración del Derecho europeo, los ciudadanos tenían en sus manos una herramienta de la que no disponían en el caso de inconstitucionalidad: el poder invocar ante la Administración y ante los Tribunales la primacía del Derecho de la Unión

(12) SSTS de 29 de febrero (rec. 49/1998), de 13 de junio (rec. 567/1998), de 30 de septiembre (rec. 481/1998), de 27 de diciembre de 2000 (rec. 521/1998), 24 de enero de 2002 (rec. 221/1998), 22 de junio de 2004 (rec. 251/2002), 25 de enero de 2013 (rec. 750/2011), entre otras.

y, a su vez, la potestad de estos de inaplicar —que no de anular— por sí mismos cualquier acto nacional contrario al Derecho comunitario, incluidas las leyes. Eso, según el TS, no ocurre en el caso de las leyes inconstitucionales. Esta imposibilidad de reaccionar primariamente contra leyes inconstitucionales justifica que en este supuesto se pueda reclamar la indemnización de los daños derivados de la aplicación de actos firmes y consentidos e incluso sobre los que pesa el efecto de cosa juzgada, y hacerlo en el plazo de un año desde la publicación de la STC que declara la inconstitucionalidad. Es una forma de no hacer pechar al ciudadano con las consecuencias lesivas de una situación —el dictado de una Ley— que le resulta irresistible al no disponer, porque el ordenamiento no lo prevé, del instrumento necesario para combatirlo, pues carece de legitimación y carece de la acción correspondiente para impugnarla. Una Ley, cuyo efecto inherente no es otro que el deber de cumplirla en sus estrictos términos y de la que se presume su adecuación a la Constitución hasta que el TC diga lo contrario.

Para el TS no es esta la situación en la que se encuentra el ciudadano en los supuestos de vulneración del Derecho europeo, pues en este caso sí es titular de una acción para invocar ante los tribunales la contradicción entre el ordenamiento estatal y el Derecho de la Unión —según la conocida construcción del principio de la primacía aplicativa del derecho supranacional— y, por lo tanto, podía (y debía, tenía la carga de hacerlo) recurrir el acto de aplicación que considerara incumplidor del Derecho de la Unión.

Esta interpretación no fue recibida con favorable acogida porque sus consecuencias y efectos resultaban excesivamente dispares en comparación con las situaciones de inconstitucionalidad. Pese a la aparente solidez de su argumento, al Supremo le debió quedar «mala conciencia» e inmediatamente planteó al Tribunal de Justicia comunitario una cuestión prejudicial acerca de si esta forma suya de proceder, por la que daba distinto tratamiento y solución a uno y otro supuesto, era o no acorde a los principios de equivalencia y de efectividad (ATS de 1 de febrero de 2008, rec. 153/2007) (13).

B) Segunda etapa: Rectificación del TS de su propia doctrina y consecuente traslación del sistema de inconstitucionalidad al sistema de anticomunitariedad

La respuesta llegó con la STJUE de 26 de enero de 2010 (TJCE 21/2010, C118/08, Transportes Urbanos). En ella se advirtió que la interpretación que estaba efectuando el Tribunal Supremo no era correcta, puesto que el *principio de equivalencia* exige que el conjunto de normas aplicables a los recursos,

(13) Para mayor abundamiento, ALONSO GARCÍA (2009: pp. 175 a 188).

incluidos los plazos establecidos, se aplique indistintamente a las reclamaciones basadas en la violación del Derecho de la Unión y a las fundadas en la infracción del Derecho interno, por lo que concluyó con esta declaración: «el Derecho de la Unión se opone a la aplicación de una regla de un Estado miembro en virtud de la cual una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado basada en una infracción de dicho Derecho por una ley nacional declarada mediante sentencia del Tribunal de Justicia dictada con arreglo al art. 226 CE solo puede estimarse si el demandante ha agotado previamente todas las vías de recurso internas dirigidas a impugnar la validez del acto administrativo lesivo dictado sobre la base de dicha ley, mientras que tal regla no es de aplicación a una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado fundamentada en la infracción de la Constitución por la misma ley declarada por el órgano jurisdiccional competente».

El concreto y escueto razonamiento de la Gran Sala es que, teniendo las dos reclamaciones «exactamente el mismo objeto, a saber, la indemnización del daño sufrido por la persona lesionada por un acto o una omisión del Estado» (aptdo. 36), la única diferencia que los separa consiste en qué Tribunal declara la infracción jurídica (aptdo. 43) y esta diferencia «no basta para establecer una distinción entre ambas reclamaciones a la luz del principio de equivalencia» (aptdo. 44).

Ello motivó, como no podía ser de otra manera, que el Supremo volviera sobre su doctrina y procediera a su rectificación, en el sentido de exigir idénticos requisitos tanto cuando la reclamación encontrara su fundamento en la infracción de la Constitución como cuando era en la vulneración del Derecho de la Unión. En definitiva, al no haber necesidad de combatir la resolución afectada de inconstitucionalidad o de anticomunitariedad se optó por la más favorable de las dos opciones y fue así como para uno y otro caso dejó de exigirse la necesidad de combatir la actuación administrativa correspondiente para después solicitar resarcimiento por ella.

C) Tercera etapa: la reacción de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público

El legislador de 2015 debió entrar en pánico y decidió cortar de raíz la más que probable avalancha de reclamaciones patrimoniales por mor del favorecedor criterio que acababa de inaugurarse. Por tanto, poco duró esta situación «expansiva», ya que se acabó normativamente con ella al promulgarse la Ley 39/2015 (LPAC) y, sobre todo, la LRJSP con un objetivo claro: restringir la extensión y amplitud que acababa de instaurar el Tribunal Supremo, aunque forzado por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo. Ante tal situación el legislador de 2015 decide aplicar el principio de equivalencia (esta era la exigencia del TJUE) pero en el extremo opuesto: igualando ambos sistemas

(por inconstitucionalidad y por infracción del DUE) pero «por abajo», es decir, incorporando rigurosas exigencias procesales consistentes en: (a) exigir en ambos casos *haber utilizado los medios de impugnación procedentes frente a la actuación administrativa en la que* (b) *haber invocado la vulneración* (de la CE o del DUE) y (c) presentar la reclamación patrimonial en el plazo de un año a contar desde la sentencia que declare la inconstitucionalidad o la vulneración del Derecho comunitario. Una auténtica yincana para el ciudadano reclamante de responsabilidad y cuyo premio final solo prevé que la reparación resarza los daños producidos en los cinco años anteriores desde que es dictada la sentencia, no pudiendo alcanzar los efectos indemnizatorios a los daños producidos más allá de este periodo.

Adelanto ya mi desacuerdo puesto que, con independencia del juicio que merezca el diseño de tan restrictivos presupuestos procesales, el resultado mal se aviene con criterios de mínima justicia material, puesto que el ciudadano podría haber logrado cumplir con total solvencia y rigor todos ellos —interposición de recursos, invocación de inconstitucionalidad o vulneración del Derecho de la Unión, sentencia desestimatoria y posterior sentencia del TC o del TJUE declarando la inconstitucionalidad o anticomunitariedad— y, sin embargo, ver rechazada su pretensión indemnizatoria porque los daños se produjeron más allá de esos cinco años que establece la LRJSP en su art. 34.1, sin que ningún comportamiento procesal poco diligente pueda reprochársele al litigante ciudadano.

La reacción de la Unión Europea no se hizo esperar y decidió actuar ante tan desincentivadora regulación, iniciando procedimiento de infracción contra el Reino de España el 14 de junio de 2017 con el envío por parte de la Comisión de la correspondiente Carta de Emplazamiento y con el posterior Dictamen motivado que emitió el 26 de enero de 2018 (14) en que advertía que la regulación de la LRJSP suponía:

- a) De una parte, el establecimiento de condiciones menos favorables para la responsabilidad por infracción del Derecho de la Unión que la que deriva de la contravención de la Constitución (principio de equivalencia).
- b) De otra, implicaba articular un mecanismo que dificultaba excesivamente exigir la responsabilidad del Estado por violación del Derecho Comunitario (principio de efectividad).

Tras las alegaciones al Dictamen por el Estado español, primero el 26 de marzo de 2018 y, de forma complementaria, el 21 de diciembre de 2018, finalmente la Comisión decidió recurrir al Tribunal comunitario. En efecto, esta

(14) Realizan un profuso análisis de este procedimiento PLASENCIA SÁNCHEZ y DE PEDRO MARÍN, en RECUERDA GIRELA (dir.) (2019: pp. 641 a 664).

exigencia establecida por dicha LRJSP respecto a las reclamaciones por responsabilidad patrimonial basadas en la aplicación de una norma contraria al DUE es la que constituye el objeto directo e inmediato del ya mencionado recurso por incumplimiento (as. C-278/20) interpuesto el 24 de junio de 2020 por la Comisión Europea contra España, que finalmente ha prosperado en STJUE de 28 de junio de 2022 (15), la cual, como después se tendrá ocasión de analizar, no aprecia vulneración del principio de equivalencia pero sí del de efectividad, ya que exigir que el ciudadano haya recurrido en vía jurisdiccional y, además, que haya alegado la infracción del DUE, puede ser perfectamente entendido como un requisito que hace prácticamente imposible o excesivamente difícil el derecho del ciudadano a obtener el resarcimiento patrimonial pretendido.

3. La imposibilidad o la excesiva dificultad que se instaura en la Ley 40/2015 para el ejercicio de la acción de responsabilidad: La vulneración del principio de efectividad

Como acaba de razonarse, la LRJSP ha previsto las mismas exigencias procedimentales para ambos casos. Rigurosas todas ellas y con dudoso acomodo al principio de igualdad, sí, pero las mismas para ambos casos. Obviamente esta igualación excluye que pueda alzarse cualquier reproche por vulneración del principio de equivalencia. Pero, ¿es acorde con el principio de efectividad?

Recordemos que el principio de efectividad aparece configurado del TJUE como una exigencia indisponible para los Estados (SSTJUE de 30 de septiembre de 2003, Köbler, C-224/01, ap. 58; de 13 de marzo de 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, C-524/04, ap. 123; y de 20 de octubre de 2011, Danfoss, C-94/2010, ap. 33), de tal forma que, según la STJUE de 13 de marzo de 2007 (C-524/04), estos asumen el deber de poner a disposición de los ciudadanos un «recurso efectivo» a través del cual resulte posible articular válidamente sus pretensiones resarcitorias, pues «a falta de normativa comunitaria, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y configurar la regulación procesal de los recursos judiciales destinados a la salvaguarda de los derechos que el Derecho comunitario confiere a los justiciables».

Con carácter general estas reclamaciones se efectuarán, en principio, en función de los requisitos de fondo y de forma establecidos por las distintas legislaciones nacionales reguladoras de la materia y, no existiendo un mecanismo interno, son los jueces y tribunales nacionales los encargados de velar por la primacía del Derecho comunitario y arbitrar la solución que resulte

(15) FERNÁNDEZ FARRERES analiza esta sentencia desde una visión crítica en un sugerente estudio reciente (2022).

procedente a la pretensión resarcitoria que por su vulneración resulte. El efecto negativo de esta obligación que impone el TJUE de que sean los Estados miembros los encargados de fijar las condiciones de ejercicio de la acción de responsabilidad es que esta diversidad conduce necesariamente, como señala JANER TORRENS (16), a una falta de aplicación uniforme del principio de responsabilidad extracontractual. La única exigencia es que tales requisitos de fondo y de forma no resulten menos favorables que aquellos otros que se exigen a reclamaciones similares del Derecho interno, ni pueden hacer imposible o extremadamente dificultoso en la práctica el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario.

Nada de esto parece cumplirse en los arts. 32.5 y 34.1.2º LRJSP. Tales preceptos incurren en una *mímesis* (17) con la responsabilidad patrimonial por inconstitucionalidad diseñada en el art. 32.4 LRJSP que puede calificarse de gravemente errónea, pues pone de manifiesto su desconocimiento del sistema de aplicación judicial del Derecho de la Unión al introducir unas reglas procedimentales muy poco coherentes con él y que olvidan otras casi elementales:

a) «Haber obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño»

La LRJSP parte de una premisa errónea —al menos, así se deduce de la literalidad del art. 32.5—: que para que se produzca el supuesto de responsabilidad del Estado legislador en caso de infracción del Derecho de la Unión se precisa sentencia del TJUE que así la declare. Obviamente, puede producirse este supuesto, pero no es condición *sine qua non* porque ni es imprescindible ni se requiere en todos los casos.

Como ha resaltado con razón la doctrina, es por ello por lo que en caso de vulneración del DUE se aprecia cómo el particular, desde el punto de vista procesal, está en mejor situación jurídica que cuando se trata de denunciar la inconstitucionalidad de una ley. Como es bien sabido, los particulares no necesitan acudir al juez nacional para que este inste la cuestión prejudicial ante el TJUE ni tampoco sentencia de este Tribunal para obtener un pronunciamiento sobre la ilegalidad de la norma por vulneración del DUE, que puede provenir perfectamente del juez nacional (18), lo que procede no

(16) JANER TORRENS (2002: p. 103).

(17) GUICHOT (2016: p. 99).

(18) La STS de 20 de septiembre de 1996 (10628/1991) recuerda los siguientes principios a cumplir por los jueces nacionales: «a) el Juez nacional es garante no solo de los principios estructurales básicos del derecho comunitario que representan su efecto directo y su primacía, sino también, desde su posición de órgano cuyas decisiones crean jurisprudencia, de la unidad de aplicación del Derecho comunitario; b) las cuestiones prejudiciales de interpretación y de validez aparecen, a veces, vinculadas, ya que pueden formularse

solo en los casos de que esta vulneración tenga su origen en una «acción» del Estado miembro sino también, y muy especialmente, como reconoció la STS de 26 de mayo de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:2143, Rec. 352/2019), cuando sea debida a «ausencia de transposición» de la norma europea, o de «transposición parcial o insuficiente» o por «la falta de la adopción de las medidas de adaptación del Derecho nacional a una directiva para alcanzar el resultado prescrito en ella».

Esta circunstancia no es nueva, pues hace más de dos décadas lo había dicho con una claridad prístina el Tribunal comunitario. Así, la STJCE de 5 de marzo de 1996 (TJCE 1996, 37), *Factortame* y *Brasserie du Pêcheur* (C-46/93 y 48/93), reconoció que:

«los derechos a favor de particulares derivados de las disposiciones comunitarias que tienen efecto directo en el ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros, no pueden depender de la apreciación por parte de la Comisión de la oportunidad de actuar en contra de un Estado miembro ni de que se dicte por el Tribunal de Justicia una eventual sentencia en la que se declare el incumplimiento».

Por ello, el TJUE insiste en que la responsabilidad patrimonial no está condicionada a un previo pronunciamiento suyo que declare la incompatibilidad de la ley nacional con el DUE, pues este goza de primacía y efecto directo, lo que lo hace innecesario. Así, la STJUE de 26 de enero de 2010 declaró que:

«la reparación del daño no está subordinada al requisito de la sentencia del TJUE que declare con carácter prejudicial la existencia de tal infracción».

Y, en igual sentido se expresó la STS de 8 de noviembre de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:5888, Rec. 689/2009):

«no se puede supeditar la reparación del daño a la exigencia de que el Tribunal de Justicia haya declarado previamente la existencia de un incumplimiento del Derecho comunitario imputable al Estado».

Siendo así, el juez nacional puede pronunciarse sobre la ilegalidad de la norma por vulneración de aquel, y:

conjuntamente y, con frecuencia, el examen de la validez de un acto o norma comunitaria plantea un problema previo de interpretación; c) la cuestión de validez no puede suscitarse en relación con los propios Tratados constitutivos o Derecho comunitario originario; y d) en el supuesto de impugnación de la validez de un acto o norma comunitaria derivada, el órgano jurisdiccional nacional “no tiene facultad de declarar su invalidez” (STJCE 22 octubre 1987, Foto Frost, 341/1985), o, en otras palabras, tiene competencia para desestimar las objeciones que se formulen contra su validez, pero, por el contrario, no la tiene para apreciar y declarar su invalidez, sin acudir a un pronunciamiento prejudicial del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas».

1. Si el resultado de este juicio es la anticomunitariedad de la disposición cuestionada podrá declararla inaplicable, ya sea posterior o anterior a la norma de Derecho de la Unión y sea cual sea el rango que tenga la norma nacional (STC 145/2012 y SSTJUE de 9 de marzo de 1978, as. Simmental, 106/77, rec. p 629, ap. 24; de 22 de junio de 2010, as. Melki y Abdeli, C-199/10 y C-189/10, rec. p. I-5667, ap. 43; y de 5 de octubre de 2010, as. Elchinov, C-173/09, ap. 31), e incluso puede reconocer la responsabilidad patrimonial (19) si ha sido solicitada y concurren los requisitos para ello (daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o un grupo de personas). Debe recordarse, no obstante, que el juez tiene potestad para inaplicar la norma contraria al DUE pero no para anularla.
2. Si el resultado de este juicio es la conformidad de la disposición cuestionada, el particular podrá instar que el juez nacional promueva el planteamiento de la cuestión prejudicial (20).

Tal es la relevancia de los principios de primacía y efecto directo del DUE que los tribunales no son los únicos que tienen la competencia y potestad para velar por ellos, pues esta obligación alcanza *a todos los poderes públicos*, y, por tanto, la Administración (incluidos los organismos reguladores), si bien no está habilitada para plantear cuestiones prejudiciales al TJUE, puede —debe— inaplicar la norma vulneradora del DUE (STJUE de 22 de junio de 1989, as. Costanzo, 103/88, rec. p. 1839, ap. 30 a 33; y de 9 de septiembre de 2003,

(19) ALONSO GARCÍA (2009: pp. 203 a 223).

(20) Podrá solicitarla el particular pero su planteamiento ante el TJUE corresponde al discrecional criterio del juez nacional (art. 267 TFUE), quien debe apreciar tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia como la pertinencia de las cuestiones que plantea al TJUE. Ahora bien, cesa la obligación de plantear la cuestión cuando la Sala puede resolver por sí mismo coherentemente el problema de interpretación y/o de validez suscitados en relación con la norma comunitaria (STS de 20 de septiembre de 1996) (rec. 10628/1991).

La finalidad e importancia del planteamiento de la cuestión prejudicial y la sentencia que la resuelve fue resaltada por el Tribunal Supremo en su sentencia 17 de noviembre de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:6884; rec. 488/2007): «la Comunidad Europea, como comunidad de derecho que es, necesita que sus normas se apliquen de forma uniforme en todos los Estados miembros y es, precisamente, la cuestión prejudicial, y la sentencia que la responde, el instrumento procesal idóneo para conseguir una interpretación y una aplicación uniforme de las normas comunitarias por parte de los tribunales nacionales, a los que corresponde, como jueces comunitarios, la aplicación en los correspondientes procesos del ordenamiento jurídico comunitario, y esa interpretación y aplicación uniforme solo podrá conseguirse proporcionando a las sentencias del Tribunal de Justicia el carácter de vinculantes pues de otro modo esa finalidad esencial del mecanismo prejudicial quedaría frustrada. Abundan en los criterios anteriores evidentes razones de seguridad jurídica pues la aplicación dispar de una misma norma comunitaria en diferentes Estados miembros pondría en cuestión la propia construcción y funcionamiento de la Unión Europea».

as. CIF, C-198/01, rec. p. I-8055, ap. 50) o bien, si procede y es posible, otorgarle una interpretación conforme al Derecho de la Unión.

Así viene a afirmarlo la STS de 16 de noviembre de 2021 (núm. 1336/2021), que, rechazando el paralelismo que había mantenido la parte actora entre la situación de inconstitucionalidad y anticomunitariedad, sostuvo la inutilidad del recurso administrativo —y, por tanto, también de la reclamación económico-administrativa— para lograr una declaración de inconstitucionalidad y aprovechó para dejar hechas dos consideraciones de interés. En primer lugar, que corresponde a la Administración la correcta aplicación del Derecho de la Unión Europea y, en consecuencia, llegado el caso, inaplicar la norma interna contraria al mismo. La segunda consideración es que la Administración (y, por tanto, los tribunales económico-administrativos) no son órganos judiciales, por lo que no les corresponde el planteamiento de una cuestión prejudicial, lo que no empece para *ser garantes* de la primacía y eficacia plena del Derecho de la Unión, pues ello «no les exime de la obligación de garantizar la aplicación del Derecho de la Unión Europea al adoptar sus resoluciones e inaplicar, en su caso, las disposiciones nacionales que resultan contrarias a las disposiciones de Derecho de la Unión dotadas de efecto directo, ya que esa obligación recae sobre el conjunto de autoridades nacionales competentes y no solamente sobre las autoridades judiciales».

No menos significativa es la STS 1016/2020, de 16 de junio, que tras reconocer la conexión entre el Derecho interno y el de la Unión Europea y reflexionar sobre el tratamiento que merecen los actos dictados en virtud de leyes que contravienen este último, termina afirmando que «el centro de atención del proceso sitúa el problema en la efectividad material de los instrumentos que nuestro ordenamiento interno ofrece para que el Derecho de la Unión alcance materialmente su primacía, *sin trabas ni obstáculos*». Y reconoce que nuestro sistema impugnatorio es excesivamente rígido a la hora de ofrecer a los ciudadanos una vía adecuada y amplia para restablecer el derecho infringido ante una manifestación clara y patente del Derecho de la Unión, afirmando, con cita de la STJUE de 13 de enero de 2004 (as. C-453/00, Kühne & Heitz NV) que «si el principio de cosa juzgada no opera como límite infranqueable para la aplicación del derecho de la Unión Europea, porque se predica esta incluso de las sentencias firmes, con mayor medida habrá de ser aplicada, en virtud del principio de efectividad, para los casos de la mal llamada firmeza administrativa» (21).

(21) CALVO VÉRGER, BIB 2017\1704: La obligación que asume el juez nacional de descartar la aplicación de una legislación nacional que hubiese establecido un tributo contrario al ordenamiento comunitario ha de conducirlo, en principio, a declarar la procedencia de las solicitudes de devolución del tributo de que se trate. Véase, a este respecto, lo declarado en la Sentencia del TJUE de 22 de octubre de 1998 (TJCE 1998, 251) (C-10/97 a C-22/97).

Por esta razón, no es de fácil comprensión que la LRJSP haya hecho oídos sordos a tan consolidada jurisprudencia, nacional y europea, careciendo de sentido que, contrariamente a ella, haya hecho depender el derecho a la indemnización de una sentencia comunitaria que declare la infracción y, para mayor dificultad en orden a obtener el resarcimiento, limitar después su eficacia en el tiempo a los cinco años de su publicación. Después se volverá sobre esta cuestión.

Por tanto, entiendo que la LRJSP contiene una visión parcial —y, por tanto, incorrecta— del asunto, pues el pronunciamiento que exige con carácter general solo se produce en los dos siguientes casos:

- Cuando el TJUE declara la existencia de la vulneración al DUE a través del *recurso por incumplimiento instado por la Comisión* (arts. 258 y 259 TFUE).
- A partir del *planteamiento de un cuestión prejudicial interpretativa* por parte de un órgano jurisdiccional nacional ante el TJUE (art. 267 TFUE), de la que resulte la incompatibilidad (o no) de una norma nacional con el DUE.

Es obvio que en ambos casos se facilita extraordinariamente el juicio que merece el grado de cumplimiento o la infracción del Derecho de la Unión y se elimina la incerteza sobre el cómputo del plazo de prescripción, cuyo inicio cuenta en estos casos con una fecha clara, la de dicho pronunciamiento o la de su publicación, si bien con posibilidades de interrupción mediante el procedimiento de devolución de ingresos indebidos, tal y como declaró la STS 14 de julio de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:4328).

Por esta razón, porque el pronunciamiento del TJUE no es la única vía que permite al particular solicitar después resarcimiento al legislador nacional por los daños que provocó sus actos legislativos contrarios al DUE, la LRJSP no debió haberlo previsto como un requisito exigible: ni en todo caso, ni con carácter general.

No menos clamorosa es la desconsideración que manifiesta de un supuesto que no constituye ninguna excepcionalidad, como es la existencia de *normativa comunitaria autoaplicativa*, no necesitada de actuación administrativa intermedia y, por tanto, en donde resulta imposible su impugnación y, por ende, la obtención de un ulterior pronunciamiento al respecto, lo que se opone a la máxima *ad impossibilia nemo tenetur* (a nadie se le puede exigir una obligación de imposible cumplimiento).

Así lo ha dejado declarado la STJUE de 28 de junio de 2022: en tal caso este requisito «hace imposible obtener una indemnización, ya que el particular perjudicado no puede en tal caso, interponer ante un órgano jurisdiccional un recurso como el requerido». Y, sigue afirmando, que la situación no es

infrecuente (como alegó el Reino de España) ya que las obligaciones específicas que incumben a los legisladores nacionales en materia de transposición del Derecho de la UE al Derecho nacional es una actividad que causa daños directamente a los particulares.

En consecuencia, esta exclusión de la revisión de los actos firmes incurridos en violación del DUE, derivación necesaria de la restrictiva previsión del art. 32.5 LRJSP, constituye una inaceptable limitación del principio de responsabilidad de los Estados que pudiera dar lugar a una transgresión del principio de efectividad al generalizar para todos los casos en que ese ejercite la acción de responsabilidad por daños que hayan resultado consecuencia de la infracción del DUE la previa declaración de tal infracción por parte del TJUE.

b) El derecho a reclamar prescribirá al año de la publicación en el *Boletín Oficial del Estado* o en el *Diario Oficial de la Unión Europea*

Si el control de conformidad de la ley con el DUE corresponde a todos los tribunales nacionales que tengan que decidir un asunto en que se plantee el conflicto (como también corresponde al resto de los poderes públicos) y si no es imprescindible, sino solo posible, el pronunciamiento judicial del TJUE sobre el incumplimiento, el plazo de prescripción para formular la reclamación patrimonial debe comenzar a computar cuando se produzca o cuando se manifiesta el perjuicio y no desde una sentencia que el sistema no exige. Debería entonces corregirse el art. 67.1 LPAC incorporando un tratamiento separado de ambos supuestos: desde la sentencia para que el caso en que esta haya tenido lugar y desde la producción del daño en caso contrario.

c) Los daños indemnizables son los 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»

Esta regla no solo no encuentra su fundamento ni su razón de ser en la jurisprudencia europea, sino que es contraria a su continua reiteración de reconocimiento del ejercicio *sin cortapisas ni límites temporales* de la acción de responsabilidad del Estado por incumplimiento del DUE. En consecuencia, contra este requisito cabe alzar los siguientes reproches:

1) Esta limitación temporal que introduce la LRJSP se opone al principio general del Derecho comunitario que impone al Estado miembro la obligación de responder de los perjuicios causados al ciudadano por la incorrecta aplicación del DUE, lo que, a su vez, es una derivación directa de su primacía y de la necesidad de garantizar una aplicación uniforme del mismo en todos los países miembros.

2) Esta limitación temporal se opone a la aplicación retrospectiva y, por tanto, a los efectos *ex tunc* de las sentencias anulatorias de disposiciones generales. Son varios y destacables por su rotundidad los pronunciamientos que, desde antiguo, viene declarando el TJUE en este sentido: Por una parte, la STJUE de 14 de diciembre de 1982 (22) (asunto 314-316/81 y 83/82), recordada después por el propio TC en sentencia 145/2012, de 2 de julio, en la que se dejó afirmado:

«La naturaleza declarativa de las sentencias del TJUE que resuelven recursos por incumplimiento no afecta a su fuerza ejecutiva ni empece sus efectos *ex tunc*. (...) una consolidada jurisprudencia abunda en la obligación de garantizar que dichas sentencias se lleven a efectos incluso eliminando las consecuencias pasadas del incumplimiento (STJUE del 13 de julio de 1972, asunto contra Italia 48/71)».

Como declaró la STJCE de 5 de marzo de 1996 (asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93, Brasserie du Pêcheur), «admitir que la obligación de indemnización a cargo del Estado miembro interesado pueda limitarse únicamente a los daños sufridos con posterioridad a que se haya dictado una Sentencia del Tribunal de Justicia en que se declare el incumplimiento de que se trate equivaldría a volver a poner en entredicho el derecho a indemnización reconocido por el ordenamiento jurídico comunitario». En consecuencia, «la obligación, a cargo de los Estados miembros, de reparar los daños causados a los particulares por las violaciones de Derecho comunitario que les son imputables no puede limitarse únicamente a los daños sufridos con posterioridad a que se haya dictado una sentencia del Tribunal de Justicia en la que se declare el incumplimiento reprochado».

De forma concluyente se expresó en tal sentido la STJCE de 6 de octubre de 2005 al afirmar que «no procede (...) limitar los efectos en el tiempo de la presente Sentencia» y, en igual sentido, la STJUE de 27 de febrero de 2014 (TJCE 2014, 1), asunto Transportes Jordi Besora, S.L., C-82/2012, que dejó declarado que es competencia del TJUE limitar los efectos de tales pronunciamientos, que podrá hacerlo solo con carácter excepcional, por

(22) Igualmente las SSTJUE de 2 de febrero de 1988 (As. C-309/85, Blaizot) 14 de diciembre de 1995 (As. C-312/93, Peterbroek), 14 de enero de 1997 (asuntos acumulados C-192/95 a C-218/95, Comateb y otros) y de 30 de marzo de 2006 (As. C-184/04, Uudenkaupungin kaupunki) recuerdan que dicho Tribunal tiene como misión aclarar y precisar, cuando es necesario, el significado y el alcance de una norma de Derecho comunitario, tal como debe o habría debido ser entendida y aplicada desde el momento de su entrada en vigor y declaran que de ello «resulta que la norma que ha sido interpretada por este Tribunal puede y debe ser aplicada por el Juez incluso a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la Sentencia».

motivos de seguridad jurídica (23) y siempre que concurran los siguientes presupuestos: uno, la buena fe del Estado que adoptó la normativa contraria al DUE y dos, la situación objetiva de incerteza con respecto a la norma comunitaria vulnerada. Solo en aquellos casos en los que el sentido de la norma comunitaria ofrezca dudas razonables, ya sea por su redacción imprecisa, ya sea porque no haya sido aclarada por el TJUE, o bien porque las instituciones comunitarias hayan incitado a error a los Estados Miembros, el TJUE —y solo el TJUE— podrá aplicar esta excepcionalidad. Tan sólida y rotunda es esta doctrina jurisprudencial que las repercusiones económicas y financieras para el Estado infractor no bastan por sí solas para justificar la limitación de los efectos de sus sentencias y solo cabe argüir esta causa cuando va acompañada, además, de un número elevado de relaciones jurídicas constituidas de buena fe. Operar de forma distinta, según el TJUE, equivaldría a que las infracciones más graves y persistentes en el tiempo, reciban un trato más favorable por el solo hecho de haber generado las consecuencias económicas más cuantiosas y favorecería las infracciones del Derecho de la Unión cometidas por mucho tiempo (STJUE de 22 de octubre de 1998 (C-10/97 a C-22/97)).

3) La limitación temporal del art. 34.1 2º LRJSP no tiene en consideración el comportamiento procesal de la parte, a quien una mera dilación en el dictado de la misma privaría de la indemnización que pudiera corresponderle pese a que no se aquietó ni es responsable de «la gestión del tiempo» en el curso de la impugnación por parte de los agentes que en él intervienen y que obedece a otras circunstancias de las que depende la mayor o menor demora en el dictado de la sentencia (planteamiento de cuestión prejudicial ante el TJUE, interposición de recursos administrativos o económico-administrativos, demora en resolverlos...). En definitiva, se termina por «infligir» un castigo o hacer recaer los efectos negativos del retraso en el tiempo sobre el ciudadano, que no puede hacer nada para evitarlo en el dictado de la sentencia (24).

En consecuencia, como ha afirmado con acierto Ibáñez García, los arts. 32.5 y 34.1.2º LRJSP generan «un aliciente perverso para el legislador», que no tendría nada que perder al dictar normas contrarias al DUE, ya que solo a partir de un hipotético pronunciamiento que reconozca la contradicción con el Derecho comunitario se podría obtener indemnización por los daños que se produjeron, socavando así «el efecto disuasorio que la acción de responsabi-

(23) Así lo reconoció la STS de 17 de diciembre de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:6884, rec. 488/2007).

(24) Igualmente crítico con esta circunstancia se manifiesta Irazo Cerezo (2020: pp. 201 a 226).

lidad patrimonial del Estado legislador tiene para una correcta incorporación y aplicación del Derecho de la Unión Europea en España» (25).

4. El definitivo «aldabonazo» contra la responsabilidad patrimonial del legislador por vulneración del Derecho de la Unión Europea y la urgente necesidad de su reforma: La STJUE de 28 de junio de 2022

Ya se ha afirmado más arriba que la Comisión Europea manifestó su desacuerdo con el tratamiento normativo que la LRJSP había dado a la responsabilidad patrimonial por vulneración del DUE al entenderlo contrario al principio de equivalencia y al principio de efectividad. Tras sustanciarse el correspondiente procedimiento para resolver dicho recurso por incumplimiento de la Comisión Europea contra España (as. C-278/20), el TJUE ha dictado sentencia con fecha 24 de junio de 2022 en la que no aprecia vulneración del principio de equivalencia pero sí del principio de efectividad, ya que exigir que el ciudadano haya recurrido en vía jurisdiccional y, además, que haya alegado la infracción del DUE, puede ser perfectamente entendido como un requisito que hace prácticamente imposible o excesivamente difícil el derecho del ciudadano a obtener el resarcimiento patrimonial pretendido.

Así pues, declara la STJUE que es contrario al principio de efectividad:

1. Supeditar la reparación a la exigencia de una declaración previa por parte del TJUE (ap. 104).
2. Obligar a los perjudicados a ejercitar sistemáticamente todas las acciones de que dispongan (ap. 123).
3. Cuando el daño deriva de un acto u omisión del legislador contrario al DUE, sin que exista una actuación administrativa que el particular pueda impugnar, la citada disposición hace imposible obtener una indemnización, ya que el particular perjudicado no puede, en tal caso, interponer ante un órgano jurisdiccional un recurso como el requerido. Se descarta que el particular perjudicado que se encuentre en tal situación esté obligado, mediante un comportamiento activo, a provocar la adopción de un acto administrativo que pueda impugnar a continuación (ap. 127).
4. Procede declarar que la parte de las alegaciones de la Comisión relativa al *dies a quo* del plazo de prescripción del art. 67.1 Ley 39/2015 resulta fundada, dado que dicha disposición solo contempla los supuestos en los que existe una STJUE (ap.161). Ahora bien, el TJUE declara que limitar el alcance de la indemnización a los 5 años anteriores «es poner trabas» a que los particulares perjudicados puedan, en todos los casos, obtener una reparación adecuada de su perjuicio (ap. 165). Este requisito hace imposible o excesivamente difícil obtener una indemnización (ap. 166).

(25) IBÁÑEZ GARCÍA (2017: pp. 137 y 138).

III. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL LEGISLADOR POR LEYES INCONSTITUCIONALES

1. El Tribunal Constitucional *versus* el Tribunal Supremo: la historia del largo desencuentro de sus doctrinas

Ya se han expuesto más arriba los puntos de desencuentro entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional en cuanto a la necesidad o no de haber combatido mediante la correspondiente impugnación el acto administrativo de aplicación de la Ley posteriormente declarada inconstitucional, para que el damnificado pueda obtener resolución estimatoria a la pretensión indemnizatoria que eventualmente decidiera formular. Este desencuentro culminó con la decidida eliminación de tal exigencia —también para el caso de vulneración del Derecho de la Unión—, lo que motivó una expansiva tendencia a la presentación de reclamaciones patrimoniales. Tan generosa apertura fue matizada por el propio TS, al introducir una poderosa excepción: que el TC declare el efecto temporal de su pronunciamiento de inconstitucionalidad (26) (27). Obviamente

(26) La STS de 18 de septiembre de 2003 (rec. 122/2002) precisaba que es relevante para determinar la posible existencia de responsabilidad del Estado-legislador la declaración expresa del Tribunal Constitucional acerca del alcance de la declaración de inconstitucionalidad que pronuncia: así, mientras que los supuestos de ausencia de declaración permiten a los Tribunales ordinarios pronunciarse sobre la existencia de responsabilidad patrimonial y fijar una indemnización que permita compensar los daños causados por el acto de aplicación de la Ley inconstitucional, no ocurre lo mismo cuando el TC excluye cualquier tipo de acción revisoria. RUIZ LÓPEZ (2013: pp. 16 y 17.).

(27) De ahí que, como afirma GONZÁLEZ ALONSO el pretendido automatismo entre «declaración de inconstitucionalidad» y «antijuricidad» resulte falaz, más una apariencia que una realidad. Y, siendo así, no cabe mantener la afirmación de que exista el binomio inconstitucionalidad igual a indemnización, puesto que: Primero la antijuricidad de la ley no es el único requisito que debe concurrir para que se pueda declarar la responsabilidad patrimonial del Estado legislador. A través de su jurisprudencia, ha afirmado que es necesario que esta vulneración de la CE por el legislador genere un daño indemnizable. No hay por tanto, indemnización sin daño. Esta exigencia está conectada con el modo de concebir la responsabilidad patrimonial «como institución que viene a tutelar la integridad patrimonial de los administrados frente a las intromisiones de los poderes públicos, atendiendo a la reparación de las lesiones producidas a los particulares en sus bienes y derechos». En consecuencia, la jurisprudencia del TS también ha admitido que puede haber inconstitucionalidad sin responsabilidad. Y, en segundo lugar, además, aunque concurra daño, no habrá responsabilidad patrimonial si el TC limita los efectos de la declaración de inconstitucionalidad. El TS ha dejado en manos del TC el mantenimiento, o mejor, la efectividad, de esa doctrina, de tal manera la llave para activar o no la procedencia de la declaración de responsabilidad patrimonial del Estado legislador por emanar leyes inconstitucionales depende en última instancia del propio TC, que puede limitar las consecuencias indemnizatorias de la declaración de inconstitucionalidad al determinar el alcance de sus efectos. Dicho de otro modo: cuando el TC decide acerca de la constitucionalidad también está resolviendo sobre la responsabilidad patrimonial del Estado legislador. De esta manera, la delimitación de los efectos de la inconstitucionalidad declarada actúa como una premisa o un presupuesto necesario para activar la responsabilidad del Estado legislador. GONZÁLEZ ALONSO (2016: pp. 392 y 393).

si el TC declara los efectos *ex nunc* de su sentencia, esta no podrá aplicarse a situaciones anteriores que quedaron firmes y periclitadas (SSTS de 1 y 8 de julio de 2003 (rec. 18/2002 y 33/2002), 18 de septiembre de 2003 (rec. 122/2002), 2 de febrero de 2004 (rc. 9/2002), 12 y 14 de junio de 2004 (28) (rec. 145/2002 y 155/2002). Y cuando la propia STC no contenga pronunciamiento alguno al respecto, corresponderá a los jueces y tribunales, ante quienes se suscite tal cuestión, decidir acerca de la eficacia retroactiva o prospectiva de la declaración de inconstitucionalidad. Así, a falta de norma legal expresa que lo determine y sin un pronunciamiento concreto en la sentencia declaratoria de la inconstitucionalidad, afirmaron las SSTS de 5 de junio de 2001 (rec. 470/1998), 27 de junio de 2001 (rec. 281/1998), de 18 de septiembre de 2003 (rec. 122/2002), de 5 de julio de 2004 (rec. 250/2002) y de 24 de mayo de 2005 (150/2004), serán los jueces y tribunales quienes, en el ejercicio pleno de su jurisdicción, resolverán sobre la eficacia *ex tunc* (29) o *ex nunc* de tales sentencias declaratorias de inconstitucionalidad. (30) Esto determina que habrá de estarse a este pronunciamiento expreso del TC acerca del alcance de la sentencia de inconstitucionalidad que pronuncia (31), de tal modo que la expresa prohibición del Tribunal Constitucional veda cualquier otra acción de distinta naturaleza de la que sugiere el concepto de revisión,

(28) Estas sentencias denegaron la pretensión indemnizatoria de los recurrentes puesto que la STC que había declarado la inconstitucionalidad había declarado expresamente que solo las situaciones no firmes podían ser objeto de revisión. No obstante, el propio TS ofrecía una salida al perjudicado que no había recurrido: la revisión de oficio.

(29) ALONSO GARCÍA (2015) advierte de las consecuencias que han generado la extensión de estos fallos: «En primer lugar, un importante problema económico, por la elevadas cuantías indemnizatorias que se han debido atender en ciertos casos (por ejemplo, el resarcimiento de los daños debidos a los fallos relativos a las máquinas tragaperras obligó a dictar una Ley especial de concesión de un crédito extraordinario: la Ley 9/2002, de 24 de abril, con el consiguiente quebranto para las arcas públicas). Pero también genera problemas de ejecución material, como es la obligación que se impone a la Administración pública de revisar todos los actos administrativos nacidos al amparo de la ley declarada nula, y aun cuando haya prescrito el plazo para su impugnación, operación especialmente complicada en los casos, no infrecuentes, de indemnización por leyes de naturaleza impositiva en los que ya se ha superado el plazo de 4 años de que dispone el pagador del tributo para que se le reintegren las liquidaciones indebidas».

(30) Criticó con dureza esta interpretación GARCÍA DE ENTERRÍA (2003: pp. 95 y ss.). En igual sentido LEGUINA VILLA (1993: pp. 414 y 415): tanto si el TC declara expresamente la eficacia de su fallo con efectos *pro futuro*, como «si guarda silencio del alcance temporal de su fallo ni de la reparabilidad de los perjuicios que la ley inconstitucional haya podido producir, la ejecución de la sentencia constitucional no comporta derecho alguno al resarcimiento».

(31) SSTS de 17 de julio de 2003, rec. 115/2002, 21 de junio de 2004, rec. 283/2002, 31 de enero de 2006, rec. 315/2004, 18 de mayo de 2006, rec. 46/2005, 22 de febrero de 2005 y 31 de enero de 2006, rec. 338/2004). Por tanto, apostillaban las SSTS de 2 de febrero de 2004 (rec. 9/2002) y 11 de octubre de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:4499; rec. 48/2015).

lo que no solo alcanza a la acción resarcitoria sino también a la revisión de oficio porque «entenderlo de otro modo desnaturalizaría la decisión del Tribunal Constitucional».

En este contexto se aprobó la LRJSP (32), que puso fin a tan generosa interpretación jurisprudencial y lo hizo con la literalidad de un precepto, el art. 32.4 que, estoy convencida, no es más que el resultado de una reacción desproporcionada del legislador para poner freno a tan expansivo efecto resarcitorio. Un precepto que constituyó, como ha afirmado la doctrina (33), una auténtica enmienda a la totalidad de dicha doctrina jurisprudencial, frente a la que luego, como veremos, ha vuelto a reaccionar el TS, aligerando la carga procesal que exige la LRJSP de combatir infructuosamente la resolución administrativa antes de que se dicte la sentencia que reconozca la inconstitucionalidad de la Ley para obtener ulterior resarcimiento.

Pero comencemos por el principio. Como se viene insistiendo, el TS, en la jurisprudencia dictada a principios de 2000 y en contra del criterio del TC, no exigía la carga de recurrir el acto administrativo de aplicación. Las razones que apoyan esta doctrina pueden sistematizarse en las siguientes:

En primer lugar, la antijuricidad queda puesta de manifiesto con la declaración de inconstitucionalidad de la Ley y, con ella, la inexistencia de un deber de soportar el perjuicio que aquella generó (STS de 29 de noviembre de 2013, rec. 269/2011), lo que es enteramente independiente del hecho de que el interesado haya utilizado o no los mecanismos impugnatorios a su alcance contra el acto administrativo de aplicación y de que este haya o no adquirido firmeza (34) (STS de 13 de junio de 2000, rec. 567/1998).

En segundo lugar, otro argumento es la inexistencia de un recurso directo ante el TC para combatir la ilegalidad constitucional de la norma aplicada.

(32) Vid. el interesante trabajo de GALÁN VIOQUE (2015), quien ya apuntaba los aspectos críticos de su regulación.

(33) GUICHOT (2016: p. 91).

(34) MORENO FERNÁNDEZ (2009), afirma que la desaparición sobrevenida del soporte legal que legitimaba la obligación de pago de un tributo, por declaración de inconstitucionalidad de la Ley que así lo disponía, debe provocar, *eo ipso*, el deber de restituir a los ciudadanos. Y ello porque el pago de un tributo al amparo de una norma luego declarada contraria a la Constitución convierte a los actos de aplicación en «actos nulos de pleno derecho», incluso aunque los mismos sean firmes, bien por no haber sido impugnados en tiempo y forma, bien por haberlo sido, pero haber recaído ya una resolución firme. En estos supuestos cabrá acudir a los procedimientos especiales de revisión, tales como la revisión de actos nulos de pleno derecho o la revocación por infracción manifiesta de la Ley o por aparición de circunstancias sobrevenidas, y, en todo caso, a la acción de responsabilidad patrimonial del Estado, tal como preconizó el Tribunal Supremo.

Para un mayor análisis de esta jurisprudencia del TS, *vid.* MORENO FERNÁNDEZ (2003 y 2007).

En esta circunstancia pivota un argumento de peso del Tribunal Supremo: el interesado no dispone de instrumentos jurídicos para reaccionar y corregir dicha antijuricidad, de manera que se ha visto obligado a soportar un detrimento injusto, sin tener el deber jurídico de hacerlo ni contar con posibilidades de impugnarlo para evitarlo. Por tanto, ese daño es irremediablemente antijurídico y debe ser objeto de reparación a través del instituto de la responsabilidad patrimonial. Ciertamente es que frente a la sospecha de la inconstitucionalidad de una ley, el ciudadano dispone de la posibilidad de suscitar ante el órgano jurisdiccional la duda de constitucionalidad de la norma de aplicación para que sea el Tribunal quien eleve la consiguiente cuestión de su inconstitucionalidad ante el TC, tal y como le habilita el art. 163 CE y 35 de LOTC. Pero también es cierto que, como advierte García de la Rosa (35), no es frecuente que se logre persuadir al órgano jurisdiccional de la bondad de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, por un lado por la dilación que sufriría el proceso principal, por lo que ha sido generalizada la opción de fórmulas interpretativas conformes a la CE y, por otro, por la presunción de constitucionalidad de las leyes, que constituye un poderoso argumento que desincentiva al ciudadano a la hora de impugnar la actividad administrativa de aplicación de una Ley en base a una presumible infracción constitucional (36).

En tercer lugar, la teoría de la *actio nata*, que permite sostener que el plazo para reclamar comienza con la sentencia que declara la inconstitucionalidad de la ley.

Y, por último, la acción de responsabilidad patrimonial y la revisoria por causa de nulidad son distintas (37) (SSTS de 29 de febrero de 2000,

(35) GARCÍA DE LA ROSA (2018: pp. 249 a 271).

(36) Por todas estas razones, la STS de 13 de junio de 2000 (rec. 567/1998) concluía con la mayor rotundidad que «la interpretación contraria supondría imponer a los particulares que pueden verse afectados por una ley que reputen inconstitucional la carga de impugnar, primero en vía administrativa (en la que no es posible plantear la cuestión de inconstitucionalidad) y luego ante la jurisdicción contencioso-administrativa, agotando todas las instancias y grados si fuera menester, todos los actos dictados en aplicación de dicha ley, para agotar las posibilidades de que el tribunal plantease la cuestión de inconstitucionalidad. Basta este enunciado para advertir lo absurdo de las consecuencias que resultarían de dicha interpretación, cuyo mantenimiento equivale a sostener la necesidad jurídica de una situación de litigiosidad desproporcionada y por ello inaceptable».

(37) Como ha afirmado recientemente la STS de 31 de marzo de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1335; rec. 836/2020), «la acción de responsabilidad ejercitada es ajena al ámbito de la cosa juzgada derivada de la sentencia. El resarcimiento del perjuicio causado por el poder legislativo no implica dejar sin efecto la confirmación de la autoliquidación practicada, que sigue manteniendo todos sus efectos, sino el reconocimiento de que ha existido un perjuicio individualizado, concreto y claramente identificable, producido por el abono de unas cantidades que resultaron ser indebidas por estar fundado aquél en la directa aplicación por los órganos administrativos encargados de la gestión tributaria de una disposición legal de

rec. 49/1998, de 13 de junio, rec. 1622/2003 y 18 de mayo de 2006, rec. 46/2005, 3 noviembre de 2006, rec. 80/2005, de 5 de diciembre de 2006 con voto particular discrepante, rec. 239/2005 y 15 de septiembre de 2010, ECLI:ES:TS:2010:4689 y 8 de febrero de 2011, ECLI:ES:TS:2011:408, entre otras). Y son distintas porque «el resarcimiento del perjuicio causado por el poder legislativo no implica dejar sin efecto la confirmación de la autoliquidación practicada, que sigue manteniendo todos sus efectos, sino el reconocimiento de que ha existido un perjuicio individualizado, concreto y claramente identificable» (STS de 29 de febrero de 2000, rec. 49/1998). Y, si son distintas —y obviamente compatibles (38)—, como afirmó la STS de 12 de junio de 2001 (rec. 476/1998), el hecho de no haberse agotado los recursos administrativos y jurisdiccionales «no es obstáculo para considerar como antijurídico el daño causado y, por consiguiente, para ejercitar con éxito la acción por responsabilidad patrimonial derivada del acto inconstitucional».

Frente a estos argumentos, la doctrina (39) comenzó a alzar razones de seguridad jurídica y sus derivados, especialmente la prescripción, la firmeza de resoluciones administrativas y judiciales, o que los ciudadanos perjudicados por una actuación administrativa antijurídica —entendida como aquella que provoca un daño que no están obligados a soportar— deben estar obligados a impugnarla (tutela primaria), para obtener así una tutela judicial de sus derechos (solicitando indemnización, devolución de ingresos indebidos...). Y, por último, aunque ciertamente el ciudadano carece de acción y legitimación para reaccionar contra las Leyes, no está tan inerme ante la ley inconstitucional que se le aplica. Por tanto, si no explora las vías impugnatorias de que dispone, de alguna forma, está coadyudando a la producción del daño del que luego reclama ser indemnizado (40).

2. El excesivo rigor formal impuesto por la Ley 40/2015: *Roma locuta, causa finita*

Es evidente que, de las dos opciones anteriormente expuestas, el art. 32.4 se ha decantado por la última. Y lo ha hecho introduciendo unas rigurosas exigencias totalmente antagónicas a la doctrina del TS que tan aperturista y favorable a la responsabilidad del legislador se había mostrado aun en los

carácter inconstitucional no consentida por la interesada. Sobre este elemento de antijuridicidad en que consiste el título de imputación de la responsabilidad patrimonial no puede existir la menor duda, dado que el Tribunal Constitucional declaró la nulidad del precepto en que dicha liquidación tributaria se apoyó».

(38) Profundiza en su diferenciación ORDÓÑEZ SOLÍS (2012).

(39) DOMÉNECH PASCUAL (2008: p. 416).

(40) A mayor abundamiento, LEIVA LÓPEZ (2021: pp. 188 y 189).

casos en que no hubiera mediado impugnación previa. Pero si tan válida pudiera resultar una u otra opción, pues no faltan razonables argumentos que pueden avalarlas y es esta una cuestión de política legislativa, lo que parece que está fuera de toda duda es que los términos textuales con que el precepto diseña los requisitos de procedibilidad de la acción presentan algunos problemas de aplicación práctica que conviene tener en cuenta:

a) Que el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño

Como ya se ha avanzado, la LRJSP exige como presupuesto para obtener una ulterior indemnización con cargo a la inconstitucionalidad de la ley que el ciudadano haya impugnado previamente el acto de aplicación de la Ley. El requisito va más allá de constituir un mero presupuesto procesal, puesto que se convierte en una característica definitoria de primer orden de la reclamación patrimonial. En efecto, como afirma ALONSO GARCÍA, al introducir este requisito la Ley viene a concebir esta acción resarcitoria como una acción subsidiaria de la pretensión inicial, una suerte de «segundo juicio», pues solo puede ser iniciado después de que el sujeto lesionado haya impetrado «tutela primaria» para combatir la legalidad de la actuación administrativa proveniente de la ley, luego declarada inconstitucional (41).

Ciertamente el precepto no exige que el reclamante haya agotado la vía judicial contra el acto impugnado, sino «solo» que haya litigado y que lo haya hecho sin éxito, pues exige al propio tiempo que la sentencia obtenida sea desestimatoria a su pretensión y que haya ganado firmeza. Pero aun así parece evidente y hasta inevitable aventurar, como hace GARCÍA DE LA ROSA (42), «el peligro futurible del aumento de una litigiosidad preventiva antes inexistente», un efecto de multiplicación de pleitos, en la mayoría de los supuestos, superfluos, como respuesta a este poderoso estímulo si es que el particular quiere evitar ver cerrada la posibilidad de plantear una posterior reclamación patrimonial.

(41) ALONSO GARCÍA (2021, p. 185).

(42) GARCÍA DE LA ROSA (2018): «Piénsese en el caso de un ciudadano afectado por la aplicación de una Ley que considera contraria a la CE, que no obstante es consciente de que sobre la norma legal pesa una sospecha judicializada de inconstitucionalidad, que ha motivado el planteamiento de la correspondiente cuestión, pendiente de resolución ante el TC. Este ciudadano podía antes optar por aguardar el resultado de dicho proceso constitucional, y en el caso de que definitivamente se declarase la norma aplicada contraria a la CE, estaba legitimado para formular su reclamación de responsabilidad patrimonial directamente. Sin embargo, en este momento, ese mismo ciudadano, en esta situación, está obligado a reproducir en vía administrativa y judicial el planteamiento del precedente judicializado, para poder optar en un futuro a la acción de responsabilidad patrimonial».

b) Que se hubiera alegado la inconstitucionalidad posteriormente declarada

A la anterior exigencia de carácter procesal se añade una exigencia de contenido, pues no basta con haber impugnado el acto de aplicación, sino que además es necesario hacer valer como motivo del recurso la inconstitucionalidad de la norma de la que constituye su aplicación el acto impugnado.

Ciertamente el cumplimiento de esta exigencia no está al alcance de cualquiera. Las razones de inconstitucionalidad no requieren la concurrencia de ilegalidad manifiesta ni son tan ostensibles que resulten fácilmente detectables por cualquier ciudadano, salvo que esté dotado de una especial clarividencia jurídica y de una finura extraordinaria.

Así vino a reconocerlo la reciente STS de 31 de marzo de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1335; rec. 836/2020) que, con cita de las sentencias núm. 1158, 1186, 1351 y 1384/20, reconoce sin ambages 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 tanto que «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». (La cursiva es mía).

Pero, al margen de esta circunstancia, la previsión normativa de esta exigencia ofrece dudas prácticas sobre algunas cuestiones que el precepto deja irresueltas (43):

La primera es cuál es el momento procesal en que ha de invocarse este motivo de inconstitucional de la Ley. Teniendo en cuenta que la Administración, que ha de limitarse a aplicar las normas, carece de competencia para pronunciarse sobre ella, parece innecesario alegarlo en vía administrativa. Como reconoció la STS 815/2018, los recursos no son un fin en sí mismos, sino un instrumento para la más efectiva y eficaz defensa de los derechos de los administrados frente a las administraciones públicas, que es su auténtico

(43) GARCÍA DE LA ROSA (2018).

objetivo. Pero, dado que el planteamiento o no de la cuestión de inconstitucionalidad —dice la sentencia— pertenece al ámbito de decisión del órgano judicial, el omitido recurso de reposición hubiera resultado «de todo punto inútil e ineficaz para satisfacer la pretensión anulatoria o de nulidad» (FD 4, apartados 6, 12 y 13).

Siendo esto así, si ya el propio recurso administrativo es inoperante en los casos en que se dude de la constitucionalidad de una ley, parece que va de suyo que no pueda argüirse con éxito razón alguna que impida formularse por vez primera esta alegación ante el órgano jurisdiccional, máxime cuando así autoriza a hacerlo el art. 56.1 de LJCA. Tampoco parece que pueda existir inconveniente alguno para hacerlo en un momento procesal ulterior una vez iniciado el proceso, pues se trata de una cuestión de orden público apreciable de oficio (arts. 163 CE y 35 LOTC) y lo que el órgano judicial puede hacer de oficio en cualquier momento antes de dejar los autos conclusos para sentencia, puede ser impulsado por las partes en cualquier momento.

En segundo lugar, cabe plantearse si es necesario que resulten coincidentes la causa de inconstitucionalidad invocada y la posteriormente detectada por el Tribunal Constitucional, puesto que los motivos pudieran ser divergentes. La Ley no distingue o, al menos, no lo exige de forma expresa y no parece que deba hacerlo la resolución que se dicte al resolver la eventual reclamación patrimonial que pudiera plantearse y, menos aún, para fundamentar en esta causa su desestimación.

c) 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

El cumplimiento de los anteriores requisitos no garantiza al ciudadano el éxito de la reclamación patrimonial posteriormente planteada o, al menos, que la resolución alcance a reconocer el derecho a ser resarcido de los daños que le produjo, puesto que si estos son anteriores a cinco años desde la publicación sentencia del Tribunal Constitucional que declara la inconstitucionalidad de la ley no podrán ser reconocidos porque así lo ordena el art. 34.1 LRJSP, lo que, como bien denuncia GARCÍA ALONSO (44), 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 este se haya reconocido judicialmente. La situación, lejos de ser excepcional, es más que previsible habida cuenta de la duración de los procesos y de la demora en culminarlos debido a circunstancias que escapan al control del recurrente y de su conducta procesal. La sensación de injusticia que late ante este panorama es aún mayor si se repara en que esta limitación de los efectos

(44) ALONSO GARCÍA (2021: p. 200).

en el tiempo, siendo la norma igual de inconstitucional, producirá «tratamientos injustificadamente dispares respecto de ciudadanos en circunstancias idénticas, con la sola distinción de haber soportado la aplicación de la Ley inconstitucional en momentos diferentes» (45), lo que indudablemente vulnera el principio de seguridad jurídica y de igualdad ante la ley, que en buena lógica impone que los efectos inherentes a esta mutación normativa sean iguales para todos. Se produce así «una suerte de pre-caducidad o caducidad previa del derecho, que depende de factores tan aleatorios y variables como la extensión de los periodos de pendencia ante el TC de los procesos constitucionales, al punto de que una respuesta regular a estos procesos superior a los cinco años desde la entrada en vigor de la leyes cuestionadas, desactivaría en muchos casos la medida así concebida por el legislador» (46).

Con una clara intención de aliviar tan rigurosas exigencias, la STS de 22 de octubre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:3384, rec. 6717/2019) ha realizado una interpretación benevolentemente extensiva al concepto «daños producidos» a que hace referencia el art. 32.1 LRJSP, afirmando que con esta expresión no se hace referencia a «cuando materialmente se generaron» sino a los que son «incuestionables y definitivos por no estar sujetos o pendientes de revisión», siendo desde ese momento cuando se inicia el plazo y ese momento es cuando se dicta la resolución judicial desestimatoria:

«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».

3. La ¿nueva? rectificación que diseña el Tribunal Supremo para aligerar la carga procesal exigida por la LRJSP de combatir el acto de aplicación con la posibilidad de hacerlo mediante la revisión de oficio

La discrepancia expuesta está, sin embargo, lejos de zanjarse, pues el TS ha retomado su referida teoría expansiva por vía de la interpretación, poniendo así en solfa la restrictiva opción legislativa del art. 32.4 LRJSP.

La STS de 31 de marzo de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1335; rec. 836/2020) y antes de ella, la STS de 22 de octubre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:3384, rec.

(45) GARCÍA DE LA ROSA (2018). En parecido sentido, GALÁN VIOQUE (2015).

(46) GARCÍA DE LA ROSA (2018).

6717/2019) no solo redefinen el concepto de «daños producidos» sino que vienen a recuperar uno de los argumentos con que defendía la innecesariedad de combatir el acto administrativo de aplicación de la ley posteriormente declarada inconstitucional: que la ley goza de presunción de constitucionalidad. Un argumento que, según el TS, convierte en una carga desproporcionada «y por ello inaceptable» la exigencia consistente en que el particular tenga que impugnar y alegar la inconstitucionalidad posteriormente declarada. Dicho de otro modo, no puede imponerse a los particulares la carga de recurrir unos actos administrativos que gozan de presunción de legitimidad por su conformidad con la Ley que le sirve de cobertura, que en principio, también goza de ella.

Por este motivo, entiende el TS que, a los efectos de obtener la sentencia firme desestimatoria, no solo es posible el recurso directo contra la actuación administrativa antes de que esta gane firmeza, sino que también será admisible que el acto administrativo sea firme y consentido (al no haberse recurrido) y que, con posterioridad, se solicite contra este una revisión de oficio, pudiendo aducirse esa posible inconstitucionalidad en el recurso que se interponga contra la desestimación de la revisión de oficio.

Este «remedio procesal» no es nuevo. Así, a título de ejemplo, la STS 15 de junio de 2004 (rec. 249/2002) afirmó que si no hubieran impugnado jurisdiccionalmente las resoluciones administrativas (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. En estas circunstancias caben dos opciones: o bien «simultánea o sucesivamente, de no tener éxito dicha revisión (...) exigir responsabilidad patrimonial derivada de actos del legislador», o bien «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 solo subsidiariamente permitirle demandar la reparación o indemnización compensatoria por responsabilidad patrimonial, [tanto más] 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».

La solución ofrecida no deja de ser una forma un tanto artificial de provocar el «reinicio de la causa» puesto que, como es sabido, el art. 106 LPAC exige que la revisión de oficio se fundamente en una causa de nulidad de pleno derecho y la posible futura declaración de inconstitucionalidad no constituye, en puridad, ningún motivo que la provoque (47). Por tanto, la desestimación de

(47) Cabe, sin embargo, interpretar, como lo hiciera nutrida jurisprudencia del TS (v.gr. STS de 17 de junio de 2011, rec. 175/2000) que la Ley 30/1992 y después la Ley

esta pretensión anulatoria por vía de revisión de oficio es más que previsible pero habrá conseguido su objetivo, que no es otro que mantener abierta la causa llevándola a presencia del juez de lo contencioso, que si dicta sentencia desestimatoria y esta deviene firme se le otorga al justiciable el requisito propio para solicitar indemnización en el caso de que el TC termine reconociendo la inconstitucionalidad de la ley.

Por consiguiente, como afirma ALONSO GARCÍA (48), 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 inerte, salvo que se aprecie la violación artículo 24 CE.

Para que ello sea así esta sentencia viene a reconocer que «el artículo 32.4 de la LRJSP, a los efectos de permitir instar válidamente la acción de responsabilidad, debe comprender todas las formas de impugnación —y no solo el recurso directo contra la actuación administrativa— que permitan al interesado manifestar su disconformidad con el acto que le provoca el daño y que den lugar al control jurisdiccional que refleje una sentencia firme».

Merece, desde luego, un juicio favorable esta flexibilización del criterio establecido, al permitirse que, quienes ya no pueden interponer los recursos ordinarios contra el acto administrativo, puedan cumplir con el requisito exigido en el art. 32.4 LRJSP mediante la utilización de la vía de la revisión de oficio, ejercitable en cualquier momento, lo que les coloca en situación de obtener una sentencia firme que dé respuesta al recurso que se interponga contra la desestimación de aquella.

Cabe significar que esta posibilidad de plantear la revisión de oficio se contempla solo para casos en que la sentencia del TC declare la nulidad total y de pleno derecho del precepto o preceptos que provocan el daño en cuestión (como sucede en el caso de la sentencia de 22 de octubre de 2020), ya que, de declararse la nulidad parcial de los preceptos, como se puso de manifiesto en la STS de 6 de marzo de 2020 (rec. 5923/2018), no sería

39/2015 prefiguran un procedimiento para la revisión de disposiciones y actos nulos de pleno derecho, y, entre las primeras, la propia Ley incluye las que vulneren la Constitución, y aunque este precepto no predica tal nulidad de los segundos, salvo que lesionen derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional [apartado 1.a)], es evidente que si la disposición a cuyo amparo se dicta o ejecuta el acto es nula de pleno derecho, éstos quedan afectados por idéntico vicio invalidante y, por consiguiente, son también radicalmente nulos de pleno derecho (artículo 9.3 de la CE).

(48) ALONSO GARCÍA (2021: p. 206).

admisible revisar de oficio actos firmes por haber sido consentidos al tiempo de la publicación de la sentencia de inconstitucionalidad (49).

4. Un supuesto no previsto por la Ley 40/2015: el caso de leyes autoaplicativas y la solución de la STS de 27 de octubre de 2020 (50)

Como es por todos sabido, las leyes autoaplicativas son aquellas que contienen una actividad típica ejecutiva, esto es, aquellas susceptibles de aplicarse al caso concreto sin necesidad de hacerlo a través de acto administrativo alguno. Al igual que sucede en el caso de la responsabilidad por vulneración del Derecho comunitario, el art. 32 LRJSP ha obviado la regulación de este supuesto, limitándose a hacerlo respecto de leyes que requieren de una actuación administrativa que las aplique, lo que se deduce de la exigencia de su impugnación previa con resultado infructuoso. Ante este olvido del legislador, dada la imposibilidad de cumplir el requisito establecido en el art. 32.4 LRJSP, al ser una ley de directa aplicación y no existir actividad administrativa intermedia impugnabile ni, por ende, obtener un pronunciamiento desestimatorio, el Tribunal Supremo en sentencia de 27 de octubre de 2020 (núm. 1404/2020) directamente lo elimina por ser de imposible cumplimiento (*ad impossibilia nemo tenetur*). Asimismo reconoce el derecho a solicitar y obtener resarcimiento por los daños ocasionados por una ley autoaplicativa, posteriormente declarada inconstitucional.

No siendo viable su previa impugnación y obtención de sentencia desestimatoria considera que ha de realizar una interpretación que podríamos calificar como «integradora», en el sentido de que llega a inaplicar un requisito legal, en aras de «no permitir ámbitos inmunes al principio de responsabilidad de los poderes públicos».

IV. LA LLAMADA «TERCERA VÍA»: LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL LEGISLADOR POR ACTOS LEGISLATIVOS DE NATURALEZA NO EXPROPIATORIAS DE DERECHOS

Ocurre con frecuencia que en su labor hermenéutica los tribunales mejoran en fondo y en forma el texto de las normas, haciéndoles decir —esto es, hacer entender o deducir de ellas— lo que en modo alguno aparece en su tenor literal. Así entiendo que ha sucedido con este supuesto de responsabilidad patrimonial del legislador. Los términos en que se expresa el art. 32.3 LRJSP

(49) LEIVA LÓPEZ (2021: pp. 191 y 192).

(50) LADO CASTRO-RIAL (2021, pp. 289 a 298).

son conocidos, pues no han variado desde que por primera vez se reconociera esta modalidad de responsabilidad del Estado legislador en el art. 139.3 de la Ley 30/1992:

«Asimismo, los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas de toda lesión que sufran en sus bienes y derechos como consecuencia de la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos que no tengan el deber jurídico de soportar cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que en ellos se especifiquen».

Los términos textuales del precepto, su imprecisa redacción y las múltiples cuestiones y problemas prácticos que generaron, merecieron que no recibiera favorable acogida desde el principio. LEGUINA VILLA (51) afirmó de él que es una *disposición innecesaria*, puesto que antes de su existencia el legislador ya podía hacer lo que ahora le permite hacer: fijar medidas de reparación o compensación por los perjuicios que los cambios legislativos pueden ocasionar a determinados círculos de destinatarios. Por eso mismo, concluía, porque no era preciso plasmar una previsión similar, al incorporarse en la Ley resulta perturbadora (52). GARRIDO FALLA (53) calificó al precepto de *equivoco* porque se apoya en principios jurídicos discutibles y por expresarse de forma negativa en tanto que, afirmaba, debería haber sido redactado en forma positiva, estableciendo los supuestos en que procede la indemnización, que no pueden ser otros que la ruptura de la confianza legítima y la vulneración del principio de igualdad de cargas ante la Ley. En efecto, el precepto es indefectiblemente confuso puesto que su literalidad ha conseguido que su interpretación nunca fuera unánime (54) y porque se encuentra vacío de contenido por la contradicción que encierran sus propios términos, pues la única interpretación integradora que cabe admitir se opone a lo que literalmente dispone. Definitivamente, es un precepto que genera más incertidumbre que certezas. Un precepto, como afirma ALONSO GARCÍA (55), de *indeterminado significado*, en el que subyace una regla tan ambigua en su interpretación y en la determinación de su alcance

(51) LEGUINA VILLA (1993: pp. 408 y ss.).

(52) De igualmente «perturbadora» la ha calificado MARTÍN REBOLLO (2002): el precepto «establece que, como regla, no hay responsabilidad derivada de actos legislativos salvo que así se establezca en dichos actos. Pero que parece decir lo contrario cuando parte de la afirmación positiva (hay responsabilidad solo cuando así se establezca) que sugiere, en una primer lectura, un criterio más amplio que el que en verdad estaba en la mente del legislador. Por eso mismo, porque no era preciso plasmar una previsión similar, la incorporación en la Ley 30/1992, resulta perturbadora».

(53) GARRIDO FALLA (1993: pp. 125 y ss.).

(54) Buena prueba de ello es la síntesis que de las distintas interpretaciones realiza GALÁN BLOQUE (2001: pp. 310 y ss.).

(55) ALONSO GARCÍA (2021: p. 181).

que no puede dejar de sorprender 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 legislador» lo haya mantenido y reiterado. Por ello cabe reconocer que la LRJSP ha desaprovechado la oportunidad de darle una redacción coherente con la que eliminar las dudas que generó, en doctrina y jurisprudencia, cuando fue dictado. A saber: 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 interpretarse el silencio del legislador en cuanto a la indemnización y la voluntad tácita que, en su caso, ha querido expresar con dicha omisión, la cuantía de la indemnización, de la que se desconoce si ha de limitarse a la fijada en la propia disposición legislativa o si, por el contrario, puede el juez ampliarla o incluso cuestionar los supuestos y las condiciones en las que esta ha de hacerse efectiva (56). Estas y otras consideraciones son las que resultan del análisis seccionado de las condiciones que impone el tenor literal del art. 32.3 LRJSP.

1. ¿Una indemnización a cargo de las Administraciones?

Como ya dejé afirmado en otro lugar (57), la primera cuestión que podemos plantearnos es el papel que desempeña la Administración en esta modalidad de responsabilidad del legislador. ¿Se trata de la responsabilidad de este por dictar la ley o se trata de una específica manifestación de responsabilidad de la Administración por aplicarla? En puridad, el precepto no se dispone a regular la responsabilidad del Estado legislador por declarar en una ley un sacrificio especial que requiera ser indemnizado, sino la responsabilidad de las administraciones públicas por ejecutar lo que ha previsto el legislador.

Podría argumentarse a favor de esta dicción literal que ciertamente la mera aprobación de una ley con contenido ablatorio no provoca un daño y, mucho menos, un daño revestido de las características de efectividad, concreción e individualización para hacerlo resarcible. Es obvio que este solo se producirá cuando la ley sea ejecutada, labor que corresponderá de ordinario a la Administración, lo que, por otra parte, es cosa obligada por consecuencia del principio de legalidad. En efecto, la aplicación de «actos legislativos» por parte de la Administración no constituye ninguna singularidad dentro de su actuar: más bien, principio de legalidad en mano, es —debe ser— la regla general, pues ese es su cometido en cumplimiento del deber constitucional

(56) ALONSO GARCÍA (2021).

(57) GALLARDO CASTILLO (2010: pp. 704 a 706).

que le impone el art. 103 CE. Pero que ese sea el momento en que alcanza al destinatario de la norma su potencial efecto lesivo no autoriza a inferir que la obligación de resarcimiento deba corresponder a la Administración por causa de un acto que tiene su origen en otro poder público, como es el legislativo, pues ello no es más que desplazar al ámbito de la Administración algo que no le es imputable a ella. En efecto, según las reglas elementales de la responsabilidad patrimonial, si el sujeto causante del daño es el legislador, es este el responsable de indemnizarlo y no la Administración, que se limita a ser fiel cumplidora de sus mandatos. Falta así el primero y principal de sus requisitos: la imputación de aquel. Así debe ser a menos que, como entiende DE LA QUADRA-SALCEDO (58), se parta de la consideración de que el acto de aplicación o ejecución de una norma que causa el daño es una forma de participar en su producción y que, por tanto, la Administración es copartícipe o coautora, o que se entienda que lo que pretende el precepto es colocar a la Administración en simple sujeto pagador de indemnizaciones que realmente corren a cargo del legislador. Pero no debe olvidarse que son conceptos distintos: una cosa es quién tiene al final que pagar y otra bien distinta es quién es propiamente el responsable.

2. Que no tengan el deber jurídico de soportar

Salta a la vista que a esta expresión, extraída de la literalidad del precepto y alusiva a la antijuricidad del daño, le falta el complemento directo, lo que causa perplejidad en cualquiera de las dos interpretaciones que admite: (a) Si se considera que va referida a «daños» (término que no se contiene en la norma y al que, por tanto, no puede remitir) el ámbito de aplicación del precepto sería las leyes inconstitucionales, únicas susceptibles de producir un daño antijurídico. Pero este supuesto está descartado puesto que no está cubierto por él sino por el apartado 4º del art. 32. Por tanto, necesariamente se refiere a Leyes constitucionales (59). (b) Si va referido a las leyes, la pregunta resulta obligada: ¿acaso el efecto inherente a toda ley no es la obligación que surge en el ciudadano de cumplirla, esto es, de soportarla? (60).

Pero, más allá de esta cuestión, el 32.3 LRJSP es contradictorio *in terminis* pues el tenor literal del precepto presenta un único presupuesto de hecho, que no se tenga el deber jurídico de soportar (no se sabe bien qué ni por qué, pero que no se tiene el deber jurídico de soportar), ante lo que prevé una doble opción: que la ley prevea o que no prevea indemnización. *Tertium non habet*.

(58) DE LA QUADRA-SALCEDO y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO (2000: pp. 19 a 42).

(59) En este sentido, ARRÓNIZ MORERA DE LA VALL (2008: p. 63).

(60) GARRIDO FALLA (1993: p. 128).

La primera opción es conforme a la Constitución pero no la segunda. Y siendo así se están haciendo convivir en un mismo precepto dos reglas absolutamente contrarias: que *no se tenga el deber jurídico de soportar* y que la *Ley obligue a soportarlo* —efecto inherente a toda norma— y hacerlo sin indemnización. De existir una ley en estas condiciones sería irremediabilmente inconstitucional (61), por lo que este hecho, por sí solo, debe ser suficiente para que un precepto de esta naturaleza obligue a indemnizar sus consecuencias lesivas.

Para salvar la inconsistencia de tal disposición y la inconstitucionalidad en que incurriría, la doctrina ha terminado por considerar que lo que, seguramente, quiera expresar el precepto, es que esa determinación de cuándo se está obligado y cuándo no se está obligado a soportar un daño derivado de la pura aplicación de una Ley —y, por tanto, cuándo se tiene derecho a recibir indemnización y cuándo no— no lo ha de definir este precepto sino el propio acto legislativo en cuestión, que lo hará en función del tipo de derecho o bien afectado y del conjunto de las circunstancias concurrentes. En consecuencia, como afirmé al comienzo, por vía de una interpretación bienintencionada de una doctrina y una jurisprudencia benevolente se acaba confirmando un significado al precepto que no se destila ni se vislumbra ni se deduce de sus términos literales, pues tal remisión, en puridad, ni la prevé expresamente ni parece que pueda presumirse, a juzgar por el siguiente requisito: la cláusula indemnizatoria.

3. Cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que en ellos se especifiquen

Como acaba de afirmarse, la literalidad del precepto se presentaba tan desconcertante que había que otorgarle otra interpretación que le salvara de la inconstitucionalidad. La primera es la que acaba de exponerse, lo que permite considerar que el precepto no otorga una suerte de cheque en blanco al legislador otorgándole esa doble opción (indemnizar o no indemnizar) sino que, siendo una sola la solución legal posible —incluir la cláusula indemnizatoria si la ley es lesiva—, se hará «ley por ley» y «caso por caso». En definitiva, aun con tan desafortunada redacción, la doctrina está dispuesta a admitir que el precepto utiliza la figura jurídica de la remisión normativa, remisión de esta ley al acto legislativo concreto que se dicte.

Desde luego que esta interpretación —única posible que salva de inconstitucionalidad al precepto— encierra varias obviedades: (a) que si la ley no es lesiva, no procede incorporar cláusula indemnizatoria alguna porque no hay nada que indemnizar (b) que no toda actuación legislativa que afecte

(61) DE LA QUADRA-SALCEDO y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO (2000).

a los derechos o situaciones previas de los particulares es merecedora de indemnización y (c) que se atribuye al legislador sectorial el margen de libertad necesario para establecer cuándo procede. La apelación al legislador para que determine la procedencia o no de la indemnización pretendería solo dejar claro que no cualquier modificación del *statu quo ex ante* da derecho a ella, pues ello impediría la labor transformadora que puede y tiene derecho a ejercer el legislador, provocando el inmovilismo o sacralización de las situaciones individuales que petrifique el ordenamiento jurídico (62).

Ahora bien, el corazón del problema se encuentra, no en que la ley no sea lesiva y entonces proceda ese silencio respecto de las posibles repercusiones indemnizatorias, sino en que la ley sea lesiva y también guarde silencio al no incluir la correspondiente cláusula indemnizatoria. Ante esta situación cabrían varias interpretaciones: o que el silencio equivale al rechazo de la indemnización, lo que le aboca a su inconstitucionalidad por contravenir el art. 33.3 CE al haber privado de derechos sin prever su correspondiente indemnización; o bien, que el silencio no equivale a su intención de rechazar la indemnización, sino al contrario, que es equivalente a su voluntad tácita de ajustarse a las normas generales de la responsabilidad patrimonial (63). Esta ha sido la interpretación que ha venido dando tanto el TC [STC 28/1997, de 13 de febrero (64)] como el TS (SSTS de 17 de febrero de 1998, rec. 327/1993, 3 de marzo de 1999, rec. 6197/1994, 18 de mayo de 2000, rec. 559/1996 y 12 de abril de 2002, rec. 218/1998), que han dejado afirmado que el hecho de no establecer expresamente (dichas leyes) eventuales provisiones indemnizatorias, solo supone que habrá que estarse a lo dispuesto en la legislación común en materia de responsabilidad de la Administración:

«el silencio de la ley sobre este particular (indemnización) no puede ser considerado como una exclusión vulneradora de lo dispuesto en el art. 33.3 CE, sino que ha considerarse que este extremo quedará sometido a la normativa general del ordenamiento jurídico sobre la responsabilidad patrimonial por parte de los poderes públicos que procede otorgar a quienes, por causa de interés general, resulten perjudicados en sus bienes y derechos».

(62) ARRÓNIZ MORERA DE LA VALL (2008: p. 63). GALLARDO CASTILLO (1994: pp. 343 a 372).

(63) ALONSO GARCÍA (2021: pp. 475 y 476).

(64) En esta sentencia, dictada en la cuestión de inconstitucionalidad número 278/1991 el TC afirmaba que el hecho de que en ella no se disponga expresamente un cauce reparador, para compensar las prohibiciones y limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad que se derivan de la misma no puede ser considerado como una exclusión vulneradora de lo dispuesto en el artículo 33.3 de la Constitución, sino que ha de entenderse que ese extremo quedará sometido a la normativa general del ordenamiento jurídico sobre la responsabilidad patrimonial por actos de los poderes públicos que procede otorgar a quienes, por causa de interés general, resulten perjudicados en sus bienes y derechos.

«se ha mantenido que si la Ley no contiene declaración alguna sobre dicha responsabilidad, los Tribunales pueden indagar la voluntad tácita del legislador (*ratio legis*) para poder así definir si procede declarar la obligación de indemnizar».

Por tanto, siguiendo este criterio no puede apreciarse la inconstitucionalidad de dichas leyes por el hecho de que aquéllas no contuvieran expresamente una cláusula de responsabilidad en favor de los perjudicados «pues la necesaria integración de tales leyes en el ordenamiento jurídico conduce a colmar esa laguna con arreglo a los principios generales que regula la responsabilidad patrimonial de la Administración». En palabras del Supremo: «el hecho de que en la ley no se disponga expresamente un cauce reparador para compensar las limitaciones al ejercicio del derecho (de propiedad) significa que este extremo quedará sometido a la normativa general del ordenamiento jurídico sobre la responsabilidad patrimonial». En síntesis, el silencio del legislador sobre la indemnización no la excluye sino que puede integrarse por vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración lo que salva de inconstitucionalidad la ley.

Ahora bien, esta «loable» solución quizá haya ido más allá de lo que pretendía el legislador al diseñar la responsabilidad patrimonial del legislador. Por eso, pese a la buena intención de la jurisprudencia al plantear esta interpretación, se «abre la vía a cierta inseguridad», como bien denuncia MARTÍN REBOLLO (65), por varias razones. En primer lugar, porque se abre la posibilidad de que leyes declaradas constitucionales (ese es el presupuesto de hecho) generen perjuicios que deban indemnizarse y para ello no es necesario que la ley lo establezca expresamente sino solo que haya guardado silencio. En segundo lugar, porque lanza al ciudadano al recurso singular y aislado, caso por caso, y con resultados dispares. El control judicial ordinario no sirve para depurar genéricamente el ordenamiento porque por su propia naturaleza es casuístico, parcial y fragmentario.

Cuestión distinta es que sea el propio legislador quien excluye de forma expresa la indemnización. En tal caso, ni la Administración, ni el Consejo de Ministros ni los órganos jurisdiccionales podrían hacer otra cosa que cumplir con este designio, contra el que solo cabría acudir por los cauces legales al Tribunal Constitucional para que declare su posible inconstitucionalidad (66).

En definitiva, el art. 32.3 presenta el mismo alcance restrictivo que la disposición de la que procede, el art. 139.3 de la Ley 30/1992 —solo se indemnizará cuando la propia ley lo diga— que luego no se corresponde con su aplicación práctica, puesto que, por obra de la jurisprudencia, cabe interpretar que el silencio del legislador sobre la cuestión indemnizatoria no

(65) MARTÍN REBOLLO (BIB 2002\2101).

(66) GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ (1999: pp. 633 a 641).

impide que esta pueda acordarse, por lo que dicho silencio no es determinante de inconstitucionalidad alguna.

Si ante el silencio del legislador cabe que la Administración pueda acordar indemnización conforme a las reglas de la responsabilidad patrimonial, pudiera cobrar sentido la referencia inicial que el precepto hace a las administraciones públicas (si no como sujeto responsable sí como sujeto «no solo pagador sino también decisor» de la correspondiente indemnización), en cuyo caso *de lege ferenda* cabe proponer un añadido que, positivizando el pronunciamiento jurisprudencial, aporte cordura y coherencia al precepto:

«cuando se establezca la indemnización en los propios actos legislativos, las Administraciones públicas indemnizarán conforme a los criterios generales del ordenamiento jurídico sobre la responsabilidad patrimonial».

Lo que cabe preguntarse es si esto es lo que estaba en la *mens legislatoris* cuando redactó el precepto —del que cabe albergar la sospecha o, al menos, la duda de si lo que realmente pretendía era garantizarse espacios de impunidad— y esta interpretación no es más que un puro voluntarismo loable y bienintencionado de la doctrina y de la jurisprudencia.

V. CONCLUSIONES

La responsabilidad del legislador, por actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos, por leyes contrarias al Derecho de la Unión europea (DUE) y por leyes inconstitucionales, se encuentra regulada en la Ley 40/2015, si bien los requisitos y condiciones que en ella se prevén distan mucho de ser acordes con los principios del Derecho comunitario, con algunos postulados constitucionales y con reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Aun reconociendo el avance que ha supuesto colmar este llamativo vacío de que adolecía nuestro ordenamiento, al propio tiempo debe subrayarse que lo hace bajo la exigencia de una serie de requisitos y condiciones que dificultan su ejercicio y que van, en mi opinión, más allá de lo razonable. Por ello no debe causar sorpresa que tanto el TS como el TJUE hayan salido al paso terciando en la materia y, en reciente jurisprudencia, el primero haya ofrecido alguna solución que aminore los efectos de tan restrictiva regulación y, el segundo, haya puesto el acento en diversas cuestiones que deben ser reformadas para acomodarlas a los principios del Derecho comunitario y de su jurisprudencia.

Así, la STJUE de 28 de junio de 2022 ha apreciado vulneración del principio de efectividad en la regulación que la ley 40/2015 efectúa en relación con la responsabilidad del legislador por infracción del Derecho comunitario,

ya que exigir que el ciudadano haya recurrido en vía jurisdiccional y, además, que haya alegado la infracción del DUE puede constituir un requisito que hace prácticamente imposible o excesivamente difícil el derecho del ciudadano a obtener el debido resarcimiento patrimonial. Se constata así que el art. 32.5 LRJSP parte de una premisa errónea: que para que se produzca el supuesto de responsabilidad del Estado legislador en caso de infracción del Derecho de la Unión se precisa sentencia que así la declare. Un requisito que, conforme a reiterada jurisprudencia del TJUE, no es imprescindible en todos los casos y que, además, es de imposible cumplimiento en otros, como es el caso de las leyes autoaplicativas. No otra cosa puede deducirse de la primacía y efecto directo del DUE, cuya relevancia es de tal calibre que determina que los tribunales no sean los únicos con competencia y potestad para velar por ellos, sino que tal obligación alcanza a *todos los poderes públicos* y, por ende, la Administración, que puede (debe) inaplicar (que no anular) la norma vulneradora del DUE —y, en consecuencia, expulsar del mundo jurídico el acto administrativo, ordenar la devolución de ingresos indebidos o incluso declarar la responsabilidad de la Administración— o bien, si procede y es posible, otorgarle una interpretación conforme al Derecho de la Unión.

En mi modesta opinión, con independencia del juicio que merezca el diseño de tan restrictivos presupuestos procesales, el resultado mal se aviene con criterios de mínima justicia material, puesto que el ciudadano podría haber logrado cumplir con total solvencia y rigor todos ellos —interposición de recursos, invocación de inconstitucionalidad o vulneración del Derecho de la Unión, sentencia desestimatoria y posterior sentencia del TC o del TJUE declarando la inconstitucionalidad o anticomunitariedad— y, sin embargo, ver rechazada su pretensión indemnizatoria porque transcurrieron más de cinco años desde la producción de los daños, sin que ningún comportamiento procesal poco diligente pueda reprochársele en la instrucción y resolución del proceso ni nada pudiera hacer este para aligerarlo. La cuestión no es baladí, pues esta inopinada limitación temporal que introduce la LRJSP se opone al conocido principio general del Derecho comunitario que impone al Estado miembro la obligación de responder de los perjuicios causados al ciudadano por la incorrecta aplicación del DUE lo que, a su vez, es una derivación directa de su primacía y de la necesidad de garantizar una aplicación uniforme del mismo en todos los países miembros.

Para la valoración que, en mi opinión, merece la responsabilidad del legislador por leyes inconstitucionales, ha de partirse de los puntos de desencuentro que han venido manteniendo el TS y el TC con cargo a la necesidad o no de haber combatido mediante la correspondiente impugnación el acto administrativo de aplicación de la Ley posteriormente declarada inconstitucional. Un desencuentro entre los Altos Tribunales que culminó con la decidida eliminación de tal exigencia, lo que motivó una expansiva tendencia a la

presentación de reclamaciones patrimoniales y a la que el art. 32.4 LRJSP ha puesto freno mediante la introducción de unas rigurosas exigencias que resultan totalmente antagónicas a la doctrina del TS que tan aperturista y favorable a la responsabilidad del legislador se había mostrado aun en los casos en que no hubiera mediado impugnación previa. Pero aun reconociendo la legítima opción del legislador, algún reproche puede alzarse a los términos textuales con que el precepto diseña los requisitos de procedibilidad de la acción, pues presentan algunos problemas de aplicación práctica que deja irresueltos, tales como el momento procesal de invocación de la causa o los perniciosos efectos de la regulación del plazo de prescripción y su cómputo, que puede generar consecuencias poco entendibles por el distinto tratamiento que puedan recibir los justiciables simplemente por razón de la fecha en que se produjeron los daños cuya resarcibilidad reclaman.

Quizá con la intención de paliar tales deficiencias, en fechas recientes el TS ha retomado resueltamente su referida teoría, poniendo así en solfa la restrictiva opción legislativa del art. 32.4 LRJSP. Así lo ha hecho en las sentencias de 31 de marzo de 2022 y de 22 de octubre de 2020, que no solo se limitan a redefinir el concepto de «daños producidos» sino que vienen a recuperar uno de los argumentos con que defendía la innecesariedad de combatir el acto administrativo de aplicación de la ley posteriormente declarada inconstitucional: que la ley goza de presunción de constitucionalidad. Un argumento que, según el TS, convierte en una carga desproporcionada «y por ello inaceptable» la exigencia consistente en que el particular tenga que impugnar primariamente alegando la inconstitucionalidad de la ley, puesto que aquellos gozan de presunción de legitimidad por su conformidad con la Ley que le sirve de cobertura, la cual, también, en principio, goza de ella.

En este contexto, el TS ofrece una solución que, si bien no es nueva, viene a posibilitar la flexibilización que elimine en parte tales efectos: que, a fin de hacer posible la obtención de una sentencia firme desestimatoria (esta es la exigencia de la Ley 40/2015), no solo es posible interponer el recurso directo contra la actuación administrativa antes de que esta gane firmeza, sino que también será admisible que el acto administrativo sea firme y consentido (al no haberse recurrido) y que, con posterioridad, se solicite contra este una revisión de oficio, pudiendo aducirse la posible inconstitucionalidad que exige el art. 32.4 LRJSP en el recurso que se interponga contra la previsible desestimación de la revisión de oficio.

Por último, por lo que respecta a la llamada «tercera vía», esto es, a la responsabilidad del legislador por actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos, solo cabe lamentarse de que el legislador del 2015 haya desaprovechado la oportunidad de darle una redacción coherente con la que eliminar las dudas que generó, en la doctrina y la jurisprudencia, cuando

fue dictado. De cuantas objeciones puede hacersele al art. 32.3 LRJSP, cabe destacar que presenta el mismo alcance restrictivo que la disposición de la que procede, el art. 139.3 de la Ley 30/1992, al exigir la cláusula resarcitoria que prevea la correspondiente indemnización. Un alcance que luego no se acompasa con su aplicación práctica, puesto que la jurisprudencia ha admitido que cabe interpretar que el silencio del legislador respecto de la cuestión indemnizatoria no impide que esta pueda acordarse cuando el acto legislativo presente un contenido lesivo. Quizá sea esta la única solución posible para salvar de inconstitucionalidad al acto legislativo en cuestión e incluso la inconstitucionalidad del propio art. 32.3 LRJSP, pero lo que hubiera sido procedente es que la LRJSP la hubiera positivizado incorporándola a su tenor literal. De lo contrario, no es el legislador ni su producto normativo sino los tribunales quienes, en su labor hermenéutica y de aplicación de las normas les hace decir lo que en modo alguno se corresponde a su letra ni a su espíritu.

VI. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALONSO GARCÍA, M^o C. (1995): La facultad del Juez ordinario de inaplicar la Ley interna posterior contraria al Derecho comunitario, en *Revista de Administración pública*, núm. 138, pp. 203-223.
- (2015): «Los nuevos límites de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador», *GABILEX*, número extraordinario.
 - (2021): «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», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 120, 2021, p. 185.
- ALONSO GARCÍA, R. (2009): «La responsabilidad patrimonial del Estado-legislador, en especial en los casos de infracción del Derecho comunitario: a propósito del auto del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2008 y la cuestión prejudicial planteada al TJCE (C-118/08)», en *Cuadernos de Derecho Local, QDL*, Fundación Democracia y Gobierno Local, pp. 175-188.
- ÁLVAREZ BARBEITO, P. (2004): «La responsabilidad patrimonial del Estado legislador: especial referencia a la vulneración del Derecho comunitario», en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, pp. 61-75.
- ARRÓNIZ MORERA DE LA VALL, M.A. (2008): «Apuntes sobre la responsabilidad patrimonial del estado legislador: especial referencia a la declaración de inconstitucionalidad de las leyes», en *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 10, p. 63.
- BELADÍEZ ROJO, M. (1994): *Validez y eficacia de los actos administrativos*. Madrid, Marcial Pons, pp. 342 y ss.

- CALVO VÉRGEZ, J. (2017): «¿Se encuentran obligados los estados miembros de la UE a facilitar a los ciudadanos vías efectivas destinadas a articular su derecho a la reparación de los daños y perjuicios sufridos?», BIB 2017\1704.
- COBREROS MENDAZONA, E. (2006): «La pertenencia a la Unión Europea y su repercusión en la responsabilidad patrimonial», en *Revista de Administración Pública*, núm. 200, 2006, pp. 315-339.
- (2009): *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*. T. I, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 444 y ss.
- DE LA QUADRA-SALCEDO y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. (2000): «Responsabilidad del Estado legislador y poder legislativo autonómico», en *Asamblea: Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 3, pp. 19-42.
- DOMÉNECH PASCUAL, G. (2018): «La menguante responsabilidad patrimonial del Estado por leyes contrarias a Derecho», en *Corts: Anuario de Derecho parlamentario*, núm. 31, p. 416.
- FERNÁNDEZ-RODRÍGUEZ, T.R. (2018): «¿Existe un deber jurídico de soportar los perjuicios producidos por un acto administrativo declarado nulo por sentencia firme?», en *Revista de Administración Pública*, núm. 205, pp. 221-237.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2022): «Una nueva incidencia en el tortuoso proceso de configuración legal de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador: la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 28 de junio de 2022 (As. C 278/20)», en *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 221, pp. 21-50.
- GALÁN VIOQUE, R. (2001): «De la teoría a la realidad de la responsabilidad del Estado legislador», en *Revista de Administración Pública*, núm. 155, pp. 310 y ss.
- (2015): «A vueltas con la regulación de la responsabilidad del estado legislador (un nuevo intento introducido en el proyecto de ley de régimen jurídico del sector público de limitar el alcance de la responsabilidad del estado legislador, esta vez en su vertiente del ilícito legislativo)», en *Documentación Administrativa (DA)*, núm. 2.
- GALLARDO CASTILLO, M^o J. (1994): «Seis años de jurisprudencia sobre jubilaciones anticipadas. La impunidad del legislador», en *Revista de Administración pública*, núm. 133, pp. 343-372.
- (2010): *Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y Procedimiento administrativo común. Comentario sistemático a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre*, Tecnos, Madrid, 2010, pp. 704-706.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (2003): «La inexistencia de jurisdicción en los Tribunales contencioso-administrativos para decidir acciones de condena contra el legislador», en *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 117, pp. 95 y ss.

- GARCÍA DE LA ROSA, C. (2018): «La responsabilidad patrimonial del Estado legislador por declaración de inconstitucionalidad de las leyes en la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 191, pp. 249-271.
- GARRIDO FALLA, F. (1993): «La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en la nueva Ley 30/1992 y en la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1992», en *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 77, pp. 125 y ss.
- (1993): «La responsabilidad patrimonial del legislador en la nueva ley 30/1992 y en la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1992», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 77, p. 128.
- GONZÁLEZ ALONSO, A. (2016): «La responsabilidad del Estado legislador por vulnerar el Derecho Europeo o la Constitución: un análisis comparativo», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 106, pp. 392-393.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ S. (1999): «Responsabilidad del Estado legislador: pautas de la jurisprudencia para determinar la aplicación del artículo 139.3 de la Ley 30/1992», en *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 104, pp. 633 a 641.
- GUICHOT, E. (2016): «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», en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 60, pp. 51-56.
- IBÁÑEZ GARCÍA, I. (2017): «El régimen de responsabilidad patrimonial por actos del legislador, establecido en la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público, y su posible incompatibilidad con el Derecho de la UE. Argumentos expuestos a la Comisión Europea», en *Revista CEFLegal*, 201, pp. 137-138.
- IRANZO CEREZO, J.A. (2020): «La dudosa compatibilidad con los principios de equivalencia y efectividad de la regulación de la responsabilidad por incumplimiento del derecho de la Unión Europea», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 205, 2020, pp. 201-226.
- JANER TORRENS, J. D. (2002): *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos nacionales por infracción del Derecho Comunitario*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 103.
- LADO CASTRO-RIAL, C. (2021): «Responsabilidad patrimonial del Estado legislador y leyes autoaplicativas: a propósito de las STS 1404/2020, de 27 de octubre», en *Anuario de Derecho Administrativo*, Capítulo 14, pp. 289-298.
- LEGUINA VILLA, J. (1993): «La responsabilidad patrimonial de la Administración, de sus autoridades y del personal a su servicio», en la obra colectiva *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento administrativo común*. Madrid, Tecnos, pp. 414-415.

- LEIVA LÓPEZ, A. (2021): «La responsabilidad patrimonial del Estado legislador por leyes inconstitucionales o contrarias al Derecho de la Unión Europea», en *Revista Catalana de dret públic*, núm. 63, pp. 188-189.
- MARTÍN REBOLLO, L. (2002): «Responsabilidad patrimonial por actos legislativos: una discutible elaboración jurisprudencial en expansión», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 556, pp. 1-7, y en BIB 2002\2101.
- MORENO FERNÁNDEZ, J.I. (2003): «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas por la aplicación de actos legislativos», en *Repertorio de jurisprudencia Aranzadi*, núm. 15.
- (2007): «Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública derivada de la declaración de inconstitucionalidad de una Ley», en *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, UNAM, núm. 12.
 - (2009): «Del deber constitucional de pagar un tributo a la responsabilidad patrimonial del Estado-Legislador», en *El cronista del Estado social y democrático de Derecho*, núm. 3.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, D. (2012): «La nulidad (devolución de lo indebido) y la responsabilidad (indemnización de los particulares) por infracción del Derecho de la Unión Europea en el Derecho tributario español», en *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 27, Sección Artículos, LA LEY 4469/2012.
- PLASENCIA SÁNCHEZ, F. y DE PEDRO MARÍN, L. (2019): «Sobre los límites a la responsabilidad patrimonial del Estado legislador introducidos por las leyes 39 y 40 de 2015. Situación actual y expectativas de futuro a la luz del dictamen de la Comisión Europea sobre la infracción de los principios de efectividad y equivalencia», en la obra colectiva *Anuario de Derecho Administrativo*, RECUERDA GIRELA, M.A. (dir.), Pamplona, Aranzadi, pp. 641-664.
- RUIZ LÓPEZ, M.A. (2013): «Retrospectiva y alcance actual de la responsabilidad del Estado legislador», en *Revista Digital de Derecho*, núm. 6, p. 26.
- SESMA SÁNCHEZ, B. (2011): *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador por infracción del derecho comunitario (Comentario a la STS de 17 de septiembre de 2010)*, en *Diario La Ley*, núm. 7553, Sección Tribuna, pp. 1436-1439.

ACTIVIDAD INSPECTORA AUTOMATIZADA EN EL ENTORNO DIGITAL. ESPECIAL REFERENCIA AL ÁMBITO DE LAS VIVIENDAS DE USO TURÍSTICO (*)

PILAR JUANA GARCÍA SAURA
Profesora titular de Derecho Administrativo
Universidad de Murcia

SUMARIO: I. BIG DATA Y ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA AUTOMATIZADA. CAMBIO DE PARADIGMA EN LA ACTIVIDAD INSPECTORA.– II. INSPECTOR BOT O CRAWLER. APROXIMACIÓN.– III. EXIGENCIAS NORMATIVAS PARA LA LICITUD DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA AUTOMATIZADA: 1. Requisitos previos para la automatización. Condicionantes derivados de la Ley 40/2015 LRJSP. 2. Actividad administrativa automatizada en el ámbito tributario y laboral. Estudio comparativo: A) Determinación previa del órgano u órganos competentes para la definición de las especificaciones, programación, mantenimiento, supervisión y control de calidad y, en su caso, auditoria del sistema de información y de su código fuente: a) Identificación de la Administración y órgano competente. b) Identificación del órgano competente para la definición de especificaciones, programación, mantenimiento, supervisión y control de calidad del sistema de información. c) Conclusiones. B) Determinación del órgano considerado responsable a efectos de impugnación. C) Necesidad de una aprobación previa del sistema. 3. ¿Qué ocurre cuando no se cumplen estos requerimientos?.– IV. ACTIVIDAD INSPECTORA REALIZADA POR MEDIOS TRADICIONALES VERSUS ACTIVIDAD INSPECTORA AUTOMATIZADA. BREVE REFLEXIÓN.– V. CARACTERÍSTICAS DE LAS ÁREAS DONDE PUEDEN SER REALIZADAS ACTIVIDADES INSPECTORAS AUTOMATIZADAS. LÍMITES: 1. Primer límite: el carácter de la actividad. 2. Segundo límite: naturaleza de la potestad ejercida.– VI. IMPLICACIONES JURÍDICO-PRÁCTICAS DEL USO DEL WEB SCRAPING EN AUSENCIA DE ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA PROCEDIMENTALIZADA: 1. Actividad inspectora automatizada y su motivación. 2. Valor probatorio del informe generado por web scraping. Supuestos distintos: A) Web scraping realizado por funcionario público. B) Web scraping realizado por empresa ajena a la Administración Pública. El caso de la inspección sobre las VUT. 3. Necesidad de realización de actividad inspectora ulterior con posibilidad de incluir declaraciones o datos aportados por tercero.– VII. MEDIOS DE DEFENSA DEL CIUDADANO ANTE LA CAPTURA MASIVA DE DATOS. LA TRANSPARENCIA COMO ELEMENTO

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA con fecha 09/11/2022 y evaluado favorablemente para su publicación el 21/11/2022.

Este trabajo es fruto del proyecto de investigación «Datos abiertos y reutilización de la información del sector público en el contexto de su transformación digital: la adaptación al nuevo marco normativo de la Unión Europea» (ref. PID2019-105736GB-I00), financiado por Ministerio de Ciencia e Innovación – AEI (10.13039/501100011033).

CLAVE.– VIII. ¿ES POSIBLE UN PROCEDIMIENTO DE INSPECCIÓN AUTOMATIZADO EN EL ÁMBITO DE LAS VUT?. CONCLUSIONES.– IX. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: En este artículo se analiza la actividad inspectora automatizada —ya vigente en algún ámbito de la Administración— y los retos jurídicos que se están planteando con especial referencia al ámbito de las viviendas de uso turístico. Se profundiza en las actuaciones automatizadas y la figura del inspector robot o *scraper* en la Administración turística poniendo de manifiesto los retos jurídicos que se plantean.

Palabras clave: actividad inspectora; automatización; exigencias normativas; inspector robot.

ABSTRACT: *This article analyzes the automated inspection activity —already in force in some areas of the Administration— and the legal challenges that are arising with special reference to the field of tourist dwellings. It delves into the automated actions and the figure of the robot inspector or scraper in the tourism administration, highlighting the legal challenges that arise.*

Key words: *inspection activity; automation; regulatory requirements; robot inspector.*

I. BIG DATA Y ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA AUTOMATIZADA. CAMBIO DE PARADIGMA EN LA ACTIVIDAD INSPECTORA

Inmersos como estamos en una cuarta revolución industrial, la Administración se enfrenta a nuevos retos. Concretamente, la actividad inspectora de la Administración ha evolucionado en relativamente poco tiempo desde una precariedad en medios —propia de finales del siglo pasado— a la revolución tecnológica propiciada por el entorno digital en el que vivimos. Como sostiene PONCE SOLÉ, esta revolución está suponiendo un profundo impacto en las personas, la sociedad y el Derecho «*en la línea de los que generaron las revoluciones científicas y humanas de los siglos XVIII y XIX que dieron lugar al nacimiento del Derecho Administrativo, de cuyos paradigmas básicos aún seguimos viviendo en gran medida*» (1). Así, la explotación de macro-datos o *big data* con herramientas automatizadas e inteligencia artificial sirve hoy para, entre otras muchas cosas, preseleccionarnos para ser inspeccionados, o directamente sancionados... y, por lo general, ni nos enteramos. Tampoco podemos estar muy seguros de que el sector público que utiliza estas tecnologías las use correctamente. La transformación digital y las tecnologías disruptivas encabezadas por el *big data* y la Inteligencia Artificial (en adelante IA) están haciendo cambiar nuestro sector público y al Derecho.

(1) J. PONCE SOLÉ (2019: 32).

La Comunicación de 2018 de la Comisión, titulada *Inteligencia artificial para Europa*, ya resaltaba que el uso del *Big data* y la IA, permitirían la mejora de las políticas públicas y las decisiones administrativas, así como el avance hacia la consecución del buen gobierno y la buena administración (2). La IA se basa en el uso intensivo de datos facilitados por las tecnologías de *Big data* (3) que se aplica a los sistemas que manifiestan un comportamiento inteligente, pues son capaces de analizar los datos y pasar a la acción —con cierto grado de autonomía— con el fin de alcanzar objetivos específicos. Un concepto más avanzado, definiría a la IA como aquella capacidad reconocida a un sistema que le permite interpretar correctamente datos externos, aprendiendo de dichos datos y empleando esos conocimientos adquiridos para realizar tareas y alcanzar metas concretas a través de la adaptación flexible, siendo esta última la nota característica de la IA (4).

La importancia del *Big data* está comenzando a ser visible en la Administración pública mediante la creación de nuevas unidades administrativas dentro de la estructura orgánica de las administraciones, sin embargo, en nuestro país, su aparición es mucho más reciente (5). Concretamente, el ejemplo más paradigmático es el uso del *Big data* y la IA realizado en los ámbitos tributario y laboral —Seguridad Social—. Así, las Directrices Generales del Plan Anual de Control tributario y Aduanero de 2018 establecían que «*para mejorar la eficacia del uso de la información de que dispone la Agencia Tributaria se utilizarán nuevas técnicas de análisis de datos. Se desarrollarán nuevos modelos de detección de fraude basados tanto en técnicas analíticas como en el análisis de redes mediante técnicas de Big data*» (6). Por su parte, el Real Decreto— Ley 2/2021, de 26 de enero, sobre refuerzo y consolidación de medidas sociales en defensa del empleo contempla, por vez primera, el supuesto de actas de

(2) Comunicación de 2018 de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Bruselas, 25.4.2018 COM(2018) 237 final.

(3) Conjunto de tecnologías que proporcionan herramientas de procesamiento y almacenamiento de datos que pueden provenir de fuentes heterogéneas, con estructuras diferentes o sin estructurar y que son generados a gran velocidad. En definitiva, conjuntos de datos o combinaciones de conjuntos de datos cuyo volumen, complejidad y velocidad de crecimiento dificultan su captura, gestión, procesamiento o análisis mediante tecnologías y herramientas convencionales.

(4) Así es definida por D. TERRÓN SANTOS (2022: 21).

(5) El Ayuntamiento de Nueva York creó la *Mayor's Office of Data Analytics* <https://www.nyc.gov/content/oti/pages/>; en España el Ayuntamiento de Barcelona existe la Oficina Municipal de Datos <https://ajuntament.barcelona.cat/digital/es/transformacion-digital/city-data-commons/oficina-municipal-de-datos>, fecha de último acceso: 3 marzo 2022.

(6) Resolución de 8 de enero de 2018, de la Dirección General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, por la que se aprueban las directrices generales del Plan Anual de Control tributario y Aduanero de 2018, *BOE* 23 enero 2018, núm. 20.

infracción extendidas en el marco de actuaciones administrativas de inspección automatizadas (7) materializándose la regulación de un procedimiento sancionador promovido mediante actuación administrativa automatizada por infracciones de orden social y para expedientes liquidadores de cuotas de la Seguridad Social a través del posterior Real Decreto 688/2021, de 3 de agosto, de modificación del reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones (8).

Llegados a este punto, es necesario señalar el papel capital que, en la actualidad, debe jugar la Administración inspectora. Y sabido es que, en los últimos años, se ha producido un grandísimo crecimiento de la información disponible en internet. Esta mayor disponibilidad de datos facilita el desarrollo de nuevas herramientas de análisis y tratamiento de los mismos y de nuevas tecnologías para la mejora en la detección de ilícitos a través del uso de las tecnologías digitales. En particular, como señala VEGA VICENTE, dentro de estas nuevas herramientas cobran un gran protagonismo aquellas de carácter proactivo que permiten la mejora de la detección de oficio (9). Consiste en el uso de programas informáticos para introducirse en tiempo real en bases de datos o páginas web de la propia Administración o un tercero, extrayendo los datos para un análisis posterior. A estas herramientas se les suele denominar *screening* o filtrado y están diseñadas para analizar determinada información observable, circunscribiéndose, no a todos los tipos de incumplimiento sino solo a aquellos que puedan dirimirse con relativa sencillez o automaticidad como puede ser, el retraso en dar de alta a un trabajador sobrepasando los plazos legales o la falta del número registro de las viviendas de uso turístico que se publicitan en las plataformas digitales colaborativas. Así, la Administración turística puede vincular los datos obtenidos en la red (a través del análisis de los datos obrantes en las plataformas colaborativas o de las redes sociales —como por ejemplo Instagram—) con sus propias bases de datos y confirmar, en un tiempo muy reducido, si un particular comercializa su vivienda como VUT de manera ilegal.

Debemos partir de que esta actividad es ya una realidad en el mundo digital en el que vivimos. Muestra al respecto es que el Consejo Constitucional Francés en su decisión de 27 de diciembre de 2019 (10), examinando la validez de un sistema de *Big data* para apoyar la selección de objetivos de la Inspección de Hacienda permite a las autoridades Tributarias recolectar datos públicos que existían en internet sobre los sujetos obligados en búsquedas de

(7) BOE 27 enero 2021, núm. 23.

(8) BOE 5 agosto 2021, núm. 186.

(9) P. VEGA VICENTE (2022: 221).

(10) Decisión n.2019-796DC.

indicios de fraude (ej. Página web de una empresa que vende productos, pero no paga tributos, etc.). Así, en este entorno/ecosistema digital, la Administración Pública no sólo debe ser capaz de realizar lo que se viene denominando actividad administrativa automatizada, sino que se está viendo obligada a ello.

En definitiva, se trata, pues, de una actividad administrativa automatizada definida por la LRJSP (art. 41) como «*cualquier acto o actuación realizada íntegramente a través de medios electrónicos por una Administración Pública en el marco de un procedimiento administrativo y en la que no haya intervenido de forma directa un empleado público*» (11). Así mismo, el Real Decreto 688/2021, que modifica el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social la delimita como «*cualquier actuación realizada íntegramente a través de medios electrónicos por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en la que la intervención del personal con funciones inspectoras se produzca de forma indirecta*» (12) así, se establece que, procedimientos sancionadores, pueden ser iniciados por actas extendidas de forma automatizada, es decir, sin intervención directa de un funcionario actuante en su emisión pero sin perjuicio de que pueda realizarse una posterior intervención, en fase instructora, de personal con funciones inspectoras.

Nos referimos, pues, a toda actuación administrativa producida por un sistema de información adecuadamente programado sin necesidad de intervención de una persona física en cada caso singular incluyendo la producción de actos de trámite o resolutorios de procedimientos, así como de meros actos de comunicación. Sin embargo, como destaca MARTÍN DELGADO, la automatización de actuaciones administrativas «*no se refiere sólo al momento decisorio, sino a todas las actuaciones administrativas que puedan darse en el marco de un procedimiento administrativo*» (13). También la automatización puede comprender a las actuaciones llevadas a cabo por la Administración sin sometimiento a un procedimiento administrativo, nos referimos a actuaciones independientes o aisladas como las que son fruto de la actividad inspectora. Por su parte, VELASCO RICO distingue entre actividad material e informal de la Administración (14), pudiendo algunas actividades inspectoras incluirse dentro de esta última, propiciada por la eclosión, entre otros aspectos, de los conceptos de gobernanza y

(11) Esta noción no supone cambio alguno en cuanto a su concepto sobre lo previsto en la derogada Ley 11/2007 de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos, BOE 23 junio 2007, núm. 150, pero sí que se pormenorizan unos nuevos requisitos para el empleo del recurso.

(12) BOE 5 agosto 2021, núm. 186.

(13) Vid. I. MARTÍN DELGADO (2009: 368).

(14) C. VELASCO RICO (2022: 42).

de Administración en red, motivado por un entorno de alta complejidad social, económica y tecnológica. Las actuaciones informales de la Administración se vuelven imprescindibles en este escenario. En el mismo sentido se posiciona CERILLO que considera que la proliferación de la Administración en red —derivada de los grandes cambios tecnológicos—, ha provocado una mutación en la actividad administrativa favoreciendo la importancia de la actuación informal, debiéndosele atribuir a este tipo de actuaciones más valor (15).

En definitiva, la actuación administrativa automatizada basada en el uso del *Big data* por parte de la Administración en el ejercicio de la actividad inspectora y sancionadora, supone que el control pueda ser lo más exhaustivo, posible y determinante para detectar los incumplimientos de los deberes formales por parte del obligado. Esto es así en la mayoría de los casos, aunque, como se verá en este trabajo, son muchos y graves los problemas que está generando el uso de esta tecnología en el ámbito del turismo y, más concretamente, en el del control de las VUT. Esta realidad también comporta la superación de bastantes retos por parte de la Administración Pública dentro del ámbito de la automatización de sus actividades de inspección. Concretamente, este cambio de paradigma suscita cuestiones relativas, sobre todo, a la privacidad y a la protección de datos, como destaca BARRIO ANDRÉS «*qué datos se recogen y cómo se utilizan, quienes tienen acceso, cómo se retienen y durante cuánto tiempo, cómo se almacenan, en qué medida son datos personales o anónimos (...) o bajo qué condiciones se exigirá legalmente a las plataformas que compartan los datos con los poderes públicos*» (16).

En este sentido, nos vamos a referir a continuación a determinados aspectos jurídicos de carácter teórico-práctico suscitados por el uso de estos sistemas automatizados por parte de la Administración. Trataremos fundamentalmente de la problemática sobre la inspección de las VUT. De esta forma, partiendo de la conceptualización del *web scraping* y del *inspector bot* o *crawler* como paradigma de la automatización, se analizarán las exigencias normativas para la licitud de la actuación administrativa automatizada. Así, partiendo de lo establecido en la Ley 40/2015 LRJSP se realiza un estudio comparado sobre la actualidad administrativa automatizada en el ámbito tributario y laboral donde se analizan cuestiones relativas a la necesidad de determinar, con carácter previo, la identificación tanto de la Administración y órgano actuante (que puede ser el mismo o distinto del órgano u órganos competentes para la definición de las especificaciones, programación, mantenimiento, supervisión y control de la calidad), como la del órgano considerado responsable a efectos de impugnación. Así mismo, puede resultar relevante, como se verá, la nece-

(15) A. CERILLO I MARTÍNEZ, A. (2011: 85).

(16) M. BARRIO ANDRÉS (2018: 72).

sidad de una aprobación previa del sistema. Se plantea también la cuestión relativa a qué pasa cuando no se cumplen estos requerimientos. Del mismo modo, analizamos las características de las áreas donde pueden ser realizadas actividades inspectoras automatizadas como distintos aspectos jurídico prácticos suscitados por su uso: motivación, valor probatorio, necesidad de realizar actividad inspectora ulterior, y archivo del resultado de la captura masiva de datos. También se pondrán de manifiesto los distintos medios de defensa del ciudadano frente a la captura masiva de datos— basados en la transparencia. Finalmente, a la vista de lo estudiado, se plantea la posibilidad de un procedimiento de inspección automatizado donde se ponen en cuestión la garantía de los derechos de los ciudadanos, administrados por extensión, cuando las decisiones que les afectan no son tomadas por un funcionario sino por una máquina (o programa) que determina un resultado a partir de la información que se le facilita y en función de las instrucciones que previamente recibe.

II. INSPECTOR BOT O CRAWLER. APROXIMACIÓN

El *web scraping* es una técnica que consiste en la extracción de grandes cantidades de datos de páginas webs de forma automatizada. El *scraping* de webs se basa en la indexación de contenidos o, más concretamente, en la transformación de la información contenida en páginas web en información duplicada inteligible, la cual se puede exportar a otros documentos como hojas de cálculo o bases de datos. Los encargados de realizar esta labor de rastreo —*scrapear*—, son los denominados *bots* o *crawlers*, robots o programas de ordenador que navegan de forma automática por páginas webs, recogiendo los datos o las informaciones presentes en ellas (17). Gracias a estos programas se puede automatizar la obtención de información, haciéndolo de un modo rápido y seguro propiciando así una recogida masiva de datos. Son herramientas que han sufrido una gran evolución en los últimos años. En su origen, se hablaba de *web crawling* cuando, en la actualidad resulta más correcto denominarlas como *web scraping*. Esta última acepción es fruto del desarrollo de la primera. Así, el *web scraping* nace de la mano de internet, con el objetivo de organizar toda la información disponible en la red. Los primeros motores de búsqueda desarrollaron lo que se conoce como *web crawlers*, robots que tenían como objetivo el rastreo de todas las páginas web existentes con el fin de permitir a los buscadores poder ofrecer a sus usuarios la información que necesitaban, dirigiéndoles a la web oportuna. Esta es la base sobre la que se asientan los actuales buscadores. Pero, hace unos años se dio un paso más: nace el *web scraping*. Al igual que el *web crawler*, rastrea para indexar y clasificar, pero

(17) R. EGGER, M. KRONER y A. STOCKL (2022: 140).

va mucho más allá, utiliza sus *spiders* (arañas en castellano) para extraer la información y almacenarla en el formato que sea necesario, para proceder posteriormente a su análisis.

No obstante, no se debe pensar que el mero hecho de extraer datos en sí mismo es lo más valioso del *web scraping*, su verdadero interés y utilidad surge de la unión de los datos extraídos, en muchos casos de varias fuentes, del posterior análisis y las conclusiones que se obtienen (18). Ejemplo paradigmático sería el uso proactivo de esta herramienta llevada a cabo por la Administración Turística con el fin de rastrear o buscar automatizadamente en las plataformas digitales para vincular los datos obtenidos de esta forma con sus propias bases de datos y confirmar, en un tiempo reducido, si un particular comercializa ilegalmente una VUT y, en consecuencia, puede ser objeto de control administrativo mediante la apertura del oportuno procedimiento sancionador.

El uso de estas herramientas tecnológicas en el ámbito de la inspección es aún muy incipiente siendo, como se ha explicado con anterioridad, las Administraciones Tributaria y Laboral las más avanzadas. Concretamente, en el ámbito de la Administración turística, en su servicio de inspección, su uso es aun embrionario. Únicamente, el Municipio de Barcelona —que lleva utilizándolo ya varios años— y la Comunidad Autónoma Valenciana —ha comenzado en el 2021—, se encuentran en la actualidad utilizando esta herramienta o programa informático de *web scraping* haciendo posible realizar un seguimiento de la oferta de alojamiento en las plataformas *on line*.

También, distintas ciudades europeas utilizan estas herramientas, es el caso de Ámsterdam. Su Ayuntamiento se está gastando 4 millones de euros al año en vigilar los alquileres vacacionales, extrayendo datos de la web para ver si los titulares de la actividad de VUT están cumpliendo las normas actuales de un máximo de 60 días por año (19). Cuestión curiosa fue que el anuncio, por parte de dicho ayuntamiento, de que estaba creando su propio programa de *scraping* para recopilar información de plataformas y localizar propietarios que alquilaban su casa más de sesenta días (lo máximo posible según su normativa), produjo una reducción de las viviendas disponibles mucho más sustancial que la provocada por el anuncio de la firma de un Memorandum entre el Ayuntamiento de Ámsterdam y Airbnb donde éste se comprometía a bloquear los anuncios cuando superaran dicho límite de sesenta días (20).

(18) F. DÍAZ, *Web Scraping: qué es, legalidad, usos y el porqué de su valor diferencial*, Disponible en: <https://blog.datary.io/web-scraping-que-es-legalidad-usos-y-el-porque-de-su-valor-diferencial/>, fecha de último acceso: 12 enero 2022.

(19) C. PORRAS (2016: 32).

(20) Según estudio realizado por DIRK KLOOSTERBOER utilizando datos de MURRAY COX y TOM SLEE. <https://dirkmjk.nl/en/2017/06/airbnb%E2%80%99s-agreement-amsterdam-some-insights-scraped-data>, fecha de último acceso: 15 marzo 2022.

III. EXIGENCIAS NORMATIVAS PARA LA LICITUD DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA AUTOMATIZADA

Al plantear esta cuestión es preceptivo acudir a las referencias que, sobre la actividad administrativa automatizada se realizan en la legislación vigente. Se debe tener en cuenta que, si bien la legislación Tributaria fue la primera en el establecimiento de una regulación expresa de la tramitación administrativa automatizada —a tenor de la derogada Ley 30/1992—, es la Ley 40/2015 la que generaliza estas actuaciones. Pero no únicamente la Administración Tributaria realiza habitualmente este tipo de actuaciones automatizadas, en el último año la Administración laboral y de la Seguridad Social se ha dotado de las herramientas legales que le permiten la realización de este tipo de inspecciones administrativas automatizadas. Su estudio parece muy pertinente para dilucidar el régimen jurídico de la actuación automatizada.

1. Requisitos previos para la automatización. Condicionantes derivados de la Ley 40/2015 LRJSP

La legislación impone una serie de exigencias adicionales a la actuación administrativa automatizada basadas, fundamentalmente, en la Ley 40/2015 LRJSP donde se establece un régimen jurídico básico, aunque ciertamente pobre y lleno de lagunas (Arts. 41 y 42). Así mismo, debemos referirnos al Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos (21) donde se realiza un desarrollo del contenido de dicha ley.

Debemos, pues, tener en cuenta lo establecido por la Ley 40/2015 LRJSP, ya que en su art. 41 establece que, la actuación administrativa automatizada (como es la captura masiva de datos), implica cualquier acto o actuación realizada íntegramente a través de medios electrónicos por una Administración Pública en el marco de un procedimiento administrativo y en la que no haya intervenido de forma directa un empleado público. Este artículo reconoce que la Administración, antes de automatizar la actividad, deberá concretar varios aspectos con el fin de dotar de mayor transparencia a su actuación concretamente el órgano u órganos competentes para la definición de las especificaciones, programación, mantenimiento, supervisión y control de calidad y, en su caso, auditoría del sistema de información y de su código fuente.

Particularmente resulta llamativa, desde el punto de vista de la teoría del órgano y del régimen de distribución de competencias en el seno de una Administración, la redacción del art. 41.2 ya que no se refiere expresa y

(21) BOE 31 marzo 2021, núm. 77.

simplemente a la identificación del órgano que se considera autor de acto, sino que de manera más ambigua lo que exige es la indicación de cuál es «el órgano que debe ser considerado responsable a efectos de impugnación» y, eso no es lo mismo (22).

En definitiva, la utilización de programas y aplicaciones que sirven para el ejercicio de potestades públicas se encuentra sometida a una condición jurídica previa, de tal manera que, si la Administración va a hacer uso de uno de estos programas de *web scraping*, debe dictar una resolución o acto administrativo previo de carácter obligatorio. Esta exigencia se configura como garantía de que la transición de un procedimiento intelectual humano a uno automatizado, se produce sin merma de los elementos centrales del acto administrativo, entre otras cosas, su realización por el órgano competente. Debemos insistir en el hecho de que no se aprueba concretamente la aplicación informática que va a ser objeto de uso, sino las generales cuestiones referidas *supra*. Esta situación supone, desde nuestro punto de vista, una debilidad. Ciertamente, los preceptos de la Ley 40/2015 guardan silencio sobre la necesidad de una aprobación previa del sistema a pesar de que la legislación anterior sí lo obligara (23) (exigiéndose esa aprobación previa) y así sigue estando expresamente previsto en alguna legislación sectorial como en la Tributaria (a ella nos referiremos más adelante). En cualquier caso, a pesar de este silencio legal, como señalan tanto COTINO HUESO como VALERO TORRIJOS (24), la exigencia de aprobación deriva del contenido del art. 41 de la Ley 40/2015 LRJSP ya que «no tendría sentido que fuera obligatoria la definición de las características del sistema y que el órgano que tiene esa competencia no pudiera pronunciarse sobre si finalmente el sistema se ajusta o no a esas especificaciones, y eso es lo que se consigue mediante la aprobación» (25).

En este orden de cosas, como llama la atención IZQUIERDO-CARRASCO, el Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos, en su art. 13.2, aunque con una redacción un tanto confusa y sólo aplicable al «ámbito estatal» (sic.), parece confirmar la necesidad de una aprobación

(22) Un estudio pormenorizado sobre esta cuestión en ámbito social realiza M. IZQUIERDO-CARRASCO. M. IZQUIERDO-CARRASCO (2022: 276 y 277).

(23) El art. 45.4 de la derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, establecía que «Los programas y aplicaciones electrónicos, informáticos y telemáticos que vayan a ser utilizados por las Administraciones Públicas para el ejercicio de sus potestades, habrán de ser previamente aprobados por el órgano competente, quien deberá difundir públicamente sus características».

(24) J. VALERO TORRIJOS (2007: 80 y 81).

(25) M. IZQUIERDO-CARRASCO (2022: 273).

previa del sistema automatizado. Esa aprobación deberá incluir los recursos que procedan contra la actuación automatizada y se publicará en la sede electrónica correspondiente (26).

Al respecto PALOMAR OLMEDA opina que cualquier ciudadano que pudiera verse afectado por esa automatización y no estuviera de acuerdo con algunos de los criterios de funcionamiento establecidos, tendría oportunidad de realizar alegaciones e, incluso, impugnar este acto para que no despliegue sus efectos y no se automatice la actividad de una determinada forma (27).

En definitiva, como sostiene PONCE SOLÉ y quedará patente más adelante, la regulación de la actividad administrativa automatizada en España es débil, dispersa y con lagunas referidas a temas tan relevantes como el acceso a la información, proceso de creación de los algoritmos y explicación de las decisiones adoptadas por éstos (28). Así mismo, el ejercicio de esta actividad administrativa automatizada influye sobremanera sobre los derechos de los ciudadanos que ven como, indiscriminadamente, la Administración Pública comienza a utilizar estas herramientas extrayendo datos que pueden provocar efectos negativos sobre sus intereses como es la apertura de procedimientos sancionadores.

2. Actividad administrativa automatizada en el ámbito tributario y laboral. Estudio comparativo

El ámbito tributario y Laboral constituyen las áreas más avanzadas en la aplicación de sistemas automatizados. Concretamente, la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante LGT) (29) constituye una de las primeras normas que se refieren expresamente a la posibilidad de tramitación administrativa automatizada. Como se ha visto, el art. 41 de la Ley 40/2015 LRJSP posterior, viene a generalizar las actuaciones que ya se venían realizando en la Agencia Estatal de Administración Tributaria o en la Dirección General del Catastro. Así mismo, en el ámbito tributario tiene importancia el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, de aprobación del 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 (30). Con respecto al ámbito laboral se aplica el Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, modificado por el Real Decreto 688/2021, de

(26) *Ibidem*, p.268.

(27) A. PALOMAR OLMEDA (2007: 10).

(28) Para saber más sobre su régimen jurídico *Vid.* I. MARTÍN DELGADO (2009: 42); J. PONCE SOLÉ (2019: 67); A. HUERGO LORA y DÍAZ GONZÁLEZ, G. (2020: 364).

(29) *BOE* 18 diciembre 2003, núm. 302.

(30) *BOE* 5 septiembre 2007, núm. 213.

3 de agosto, que aprueba el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social (31).

A) Determinación previa del órgano u órganos competentes para la definición de las especificaciones, programación, mantenimiento, supervisión y control de calidad y, en su caso, auditoria del sistema de información y de su código fuente

La obligatoriedad de que se concreten cuáles serán los órganos administrativos competentes resulta fundamental para garantizar la seguridad jurídica y la identificación de posibles responsabilidades en la actuación administrativa automatizada. Ni que decir tiene que puede permitir, además, un control sobre la legalidad y objetividad de la actuación automatizada (32).

a) Identificación de la Administración y órgano competente

Resulta común en el ámbito tributario y en el Social referirse al hecho de que la Administración puede actuar de forma automatizada garantizando siempre, en los procedimientos y actuaciones donde se usen técnicas y medios electrónicos, la identificación de la Administración actuante y el ejercicio de su competencia (33). Esta identificación será realizada mediante sistemas de códigos o firmas electrónicas previamente aprobadas por el órgano competente y publicado en el boletín oficial que corresponda. Además, deberán ser identificados los órganos actuantes y sus titulares con el fin de garantizar la autenticidad del ejercicio de su competencia. En la identificación deberá utilizarse alguno de los siguientes sistemas de firma electrónica siendo cada Administración Tributaria la que determinará los supuestos de utilización de uno y otro sistema: 1. Sello electrónico basado en certificado electrónico que reúna los requisitos exigidos por la legislación de firma electrónica, y 2. Código seguro de verificación vinculado permitiéndose en todo caso la comprobación de la autenticidad e integridad del documento accediendo por medios electrónicos a los archivos del órgano u organismo emisor (34). En ámbito social, se utilizará el Sello Electrónico Quali-

(31) *BOE* 5 agosto 2001, núm. 186.

(32) MARTÍN DELGADO ha esbozado la posible relación de este requerimiento con las instituciones de la abstención y recusación. *Vid.* I. MARTÍN DELGADO (2009: 374-376).

(33) Así, art. 96.3 Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

(34) Así lo establece los Arts. 83 y 84 del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, de aprobación del 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, *BOE* 5 septiembre 2007, núm. 213.

ficado de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (35), optándose por el Sello Electrónico Cualificado de Organismo Público cuestión que puede resultar polémica ya que, como ha apuntado MENÉNDEZ SEBASTIÁN, cuando la actuación administrativa automatizada consista en un acto administrativo propiamente dicho —lo que ocurre en este supuesto— no puede utilizarse el sello de la Administración pública o de organismo público ya que «no servirá un sistema de firma que no identifique en concreto al órgano al que se le imputa el mismo, lo que ocurre, por ejemplo, con el sello de órgano de la institución» (36). A nuestro modo de ver, ésta es una cuestión relevante donde habrá que tener en cuenta la Teoría del órgano, así, la firma electrónica debe identificar de manera correcta el órgano concreto que dicta el acto administrativo.

b) Identificación del órgano competente para la definición de especificaciones, programación, mantenimiento, supervisión y control de calidad del sistema de información

En el ámbito tributario deben identificarse los órganos competentes para la definición de especificaciones, programación, mantenimiento, supervisión y control de calidad del sistema de información. Las exigencias en el ámbito social son prácticamente las mismas con la única diferencia que añade un requerimiento de carácter opcional: la auditoría del sistema de información y de su código fuente. La norma no concreta en ningún momento cual puede ser el contenido de la misma, los aspectos sobre los que debería recaer y tampoco señala los supuestos en los que esa auditoría debería ser obligatoria por lo que queda a la libre decisión de la Administración. A nuestro modo de ver, constituye una debilidad ya que las auditorías pueden resultar relevantes para garantizar el adecuado funcionamiento de la actuación de la Administración.

c) Conclusiones

Tanto en el ámbito laboral como tributario se establece la obligación de identificación tanto del órgano actuante (y el ejercicio de su competencia) como la de los órganos competentes para la programación y supervisión del sistema de información cuando la Administración vaya a actuar de forma automatizada. A nuestro modo de ver, la definición de las especificaciones es algo fundamental, y podría defenderse que quedara atribuida al órgano

(35) Art. 44.2 Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, de aprobación del Reglamento General sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, *BOE* 3 junio 1998, núm. 132. Tal sello fue creado por Resolución de 10 de julio de 2018 de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, *BOE* 17 julio 2018, núm. 172.

(36) E. MENÉNDEZ SEBASTIÁN (2017: 100).

que tuviera la competencia sustantiva que se quiere automatizar —ya que es algo meramente instrumental para el ejercicio de sus competencias— pero también se puede defender que sea atribuida a otro órgano: el que tenga atribuida las competencias sobre desarrollo informático en tal Administración. Así, serían diferentes órganos, a uno se le imputaría la actuación administrativa automatizada y, al otro, la definición de las especificaciones. En este sentido, IZQUIERDO-CARRASCO señala que lo razonable sería que en esta definición participe también el órgano a quien se le imputa esta decisión ya que *«a fin de cuentas, esas especificaciones y diseño informático lo que hacen es traducir al lenguaje de la máquina unas reglas lógico-matemáticas inferidas de criterios de racionalización e incluso interpretación de la normativa aplicable y de la actividad que desarrollaba ese órgano administrativo»* (sic) (37).

B) Determinación del órgano considerado responsable a efectos de impugnación

Como se avanzó, la Ley 40/2015 LRJSP no se refiere expresa y simplemente a la identificación del órgano que se considera autor de acto, sino que de manera más ambigua lo que exige es la indicación de cuál es *«el órgano que debe ser considerado responsable a efectos de impugnación»*. Efectivamente, la determinación del órgano competente para resolver los recursos que puedan interponerse también es un requisito establecidos tanto por la normativa tributaria como social (38). El Real Decreto 928/1998 que aprueba el Reglamento General sobre procedimientos para imposición de sanciones e infracciones de orden social puntualiza que el Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social deberá identificarse y garantizar la autenticidad del ejercicio de su competencia mediante el uso del Sello Electrónico Cualificado de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (39).

C) Necesidad de una aprobación previa del sistema

Además, se impone la obligación en el ámbito tributario de que, los programas y aplicaciones electrónicos, que vayan a ser utilizados, tienen que ser

(37) M. IZQUIERDO-CARRASCO (2022: 270).

(38) Arts. 96.3 Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria y 85.1 Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, de aprobación del 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, BOE 5 septiembre 2007, núm. 213.

(39) Art. 44.2 Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, de aprobación del Reglamento General sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, BOE 3 junio 1998, núm. 132. Tal sello fue creado por Resolución de 10 de julio de 2018 de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, BOE 17 julio 2018, núm. 172.

previamente aprobados por la Administración mediante resolución del órgano que debe ser considerado responsable a efectos de las impugnaciones de los correspondientes actos administrativos. Cuando se trate de órganos distintos de la Administración Tributaria no relacionados jerárquicamente, la aprobación corresponderá al órgano superior jerárquico común de la Administración Tributaria de que se trate, sin perjuicio de las facultades de delegación establecidas en el ordenamiento jurídico (40). La relación de aplicaciones y programas utilizados deberán ser publicadas en la web de la Administración Tributaria correspondiente con el fin de que cualquier interesado pueda conocerla (art. 85.2).

Por el contrario, la legislación Social guarda silencio respecto a la necesidad de que la Administración deba aprobar los programas y aplicaciones electrónicos que vayan a ser utilizados. No obstante, como ya se comentó *supra*, la doctrina más cualificada opina que la exigencia de aprobación deriva del contenido del art. 41 Ley 40/2015. En este sentido se manifiestan VALERO TORRIJOS, COTINO HUESO e IZQUIERDO-CARRASCO (41). Teniendo en cuenta el ámbito de aplicación de las leyes 39 y 40/2015 y la Disposición Adicional Decimotercera de ésta última, lo previsto en la Ley 40/2015 sobre actuaciones administrativas automatizadas debe respetarse en el orden social, aunque esa actuación se inserte en un procedimiento sancionador (42).

3. ¿Qué ocurre cuando no se cumplen estos requerimientos?

Consiguientemente, nos planteamos las consecuencias que, desde la perspectiva de la invalidez del acto administrativo, puede tener la ausencia de este requisito consistente en dictar una resolución o acto administrativo previo de carácter obligatorio donde concreten todos los aspectos requeridos por el

(40) Arts. 96.4 3 Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria y 85.1 Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, de aprobación del 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, *BOE* 5 septiembre 2007, núm. 213.

(41) J. VALERO TORRIJOS (2007: 80-81); M. IZQUIERDO-CARRASCO (2022: 273).

(42) La Disposición Adicional Primera de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, establece que «*las actuaciones y procedimientos sancionadores...en el orden social*» se regirán por su normativa específica y supletoriamente por lo dispuesto en dicha Ley. Por su parte, las matizaciones contenidas en la Disposición Adicional Decimotercera de la Ley 40/2015 sobre su ámbito de aplicación se refieren a otros aspectos del régimen de la Seguridad Social que no son los que nos ocupan. Por tanto, teniendo en cuenta el ámbito de aplicación de ambas leyes y tales matizaciones, concluimos que lo previsto en la Ley 40/2015 sobre actuaciones administrativas automatizadas debe respetarse en el orden social, aunque esa actuación se inserte en un procedimiento sancionador.

citado art. 41 de la Ley 40/2005 en el caso del uso de programas de *web scraping*. Se estaría incumpliendo una exigencia legal por lo que se podría ver comprometida la validez de los datos así obtenidos por lo que podrían estar viciados los resultados obtenidos y, por supuesto, el posible procedimiento sancionador posterior que usara como fundamento tales datos obtenidos de la actuación automatizada porque puede afectar realmente a la validez de la decisión de iniciar un procedimiento administrativo en cuyo seno se van a practicar pruebas. Profundizando sobre la validez del acto administrativo en cuestión dentro de las categorías jurídicas que la dogmática tradicional ha establecido respecto de la invalidez, a juicio de PALOMAR OLMEDA, la ausencia de este requisito cuando se trate de auténticos procedimientos decisionales, debe ser considerada como un supuesto de nulidad de pleno derecho ya que supondría el prescindir total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido (43), salvo que, expresamente y en el marco del procedimiento administrativo concreto, se pueda demostrar que tal circunstancia —la de utilizar el programa informático de *web scraping*— no ha mermado ni perjudicado la decisión adoptada que se ha confeccionado conforme a Derecho.

IV. ACTIVIDAD INSPECTORA REALIZADA POR MEDIOS TRADICIONALES VERSUS ACTIVIDAD INSPECTORA AUTOMATIZADA. BREVE REFLEXIÓN

Cuando se realiza la actividad inspectora por medios tradicionales, en realidad no hay actos administrativos previstos ya que se inspecciona y punto. El desarrollo de la función inspectora tradicional conlleva la exteriorización de declaraciones que, a pesar de ser auténticos actos jurídico— administrativos (se concretan ordinariamente en actas en las que consta una declaración de conocimiento—. Recordemos que, para GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, el levantamiento de actas constituye un ejemplo típico de declaración de conocimiento (44)), no tiene consecuencias directas e inmediatas en la esfera jurídica de la persona sometida a control, esas consecuencias «*se producirán después, cuando la Administración incoe un procedimiento sancionador, se adopten medidas de restablecimiento de la legalidad vulnerada y estos procedimientos no deben confundirse con las actuaciones de inspección*» (45). De hecho, al concluirse las actividades de inspección, pueden ocurrir varias cosas: puede iniciarse después un procedimiento de restablecimiento de la legalidad

(43) Para saber más nos remitimos a A. PALOMAR OLMEDA, 2007 donde se justifica esta tesis, desde el punto de vista jurisprudencial, de forma muy detallada.

(44) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2017: 537).

(45) D. BLANQUER CRIADO (2018: 35).

vulnerada, un procedimiento sancionador o, el archivo del asunto cuando se comprueba la obediencia al Derecho.

Por el contrario, cuando la Administración lleva a cabo la actividad de inspección a través de sistemas automatizados, sí se pueden producir de manera más o menos inmediata, consecuencias directas en la esfera jurídica de la persona sometida a control. No tenemos más que fijarnos en lo establecido en el Real Decreto 688/2021, de 3 de agosto de modificación del Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatarios de cuotas de la Seguridad Social.

Como se verá *infra*, este Real Decreto establece una regulación muy pormenorizada del procedimiento inspector automatizado con unas consecuencias más o menos inmediatas sobre la persona sometida a control, pero, esta característica del procedimiento del ámbito laboral no es, en ningún caso, extrapolable al ámbito de la actividad administrativa automatizada general por lo menos mientras que no se produzca una reforma de la LRJSP que tuviera como finalidad la regulación pormenorizada de un procedimiento de inspección— cosa que en la actualidad no existe.

Así, el Real Decreto 688/2021 establece expresamente (art. 44) que mediante la actuación administrativa automatizada «*se podrán generar las actas de infracción que resulten pertinentes en virtud de los datos, antecedentes e informes que obren en dicho sistema*», así como en las bases de datos de las entidades que le prestan su auxilio y colaboración (46). Tales actas de infracción constituyen directamente, a nuestro modo de ver, el acto de incoación del procedimiento administrativo sancionador ya que deben reflejar —con el fin de asegurar las garantías jurídicas de los administrados— los hechos comprobados como resultado de la actuación administrativa, con expresión de aquellos que sean relevantes a efectos de la tipificación de la infracción, los medios utilizados para la comprobación de los hechos que fundamentan el acta y la indicación expresa de que se trata de una actuación administrativa automatizada. Así mismo, se podrán generar también de forma automatizada las propuestas de resolución que procedan cuando no se hayan presentado alegaciones contra las actas.

(46) Como, entre otros: las autoridades, cualquiera que sea su naturaleza, los titulares de los órganos de la Administración General del Estado, de las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales; los organismos autónomos y las entidades públicas empresariales; las cámaras y corporaciones, colegios y asociaciones profesionales; las demás entidades públicas, y quienes, en general, ejerzan funciones públicas; mutualidades de previsión social; autoridades competentes en materia de transporte terrestre; Fuerzas y Cuerpos de Seguridad competentes. De conformidad con lo establecido en los artículos 16 y 24 de la Ley 23/2015, de 21 de julio, de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Una vez que las actas automatizadas se dicten, serán notificadas al presunto sujeto responsable en el plazo de diez días hábiles desde la fecha del acta, advirtiéndole que podrá formular escrito de alegaciones en el plazo de quince días hábiles contados desde el siguiente a su notificación, acompañado de la prueba que estimen pertinente, ante el órgano instructor del expediente.

Y otro aspecto importante a señalar aquí, al igual que sucede con el procedimiento ordinario, si el sujeto responsable procede al pago de la sanción propuesta en el acta en el plazo señalado para formular alegaciones, el importe de la sanción se reducirá en un 40 por ciento (47). En este caso, se dará por concluido el procedimiento. El pago llevará implícito el reconocimiento de responsabilidad y la renuncia al ejercicio de cualquier acción, alegación o recurso en vía administrativa. Y, en el caso de no efectuar alegaciones ni proceder al pago previsto, el acta de infracción será considerada como propuesta de resolución.

Únicamente en el caso de que se formulen alegaciones en las que se invoquen hechos o circunstancias distintas a los consignados en el acta, insuficiencia del relato fáctico de dicha acta, o indefensión por cualquier cosa, deberá asignarse el expediente a un actuante con funciones inspectoras, para que informe sobre las mismas. Esto resulta sumamente relevante ya que, en este caso, sí va a existir la intervención de un funcionario. Y, tras la emisión del correspondiente informe ampliatorio, se continuará la instrucción del procedimiento hasta su resolución conforme a lo establecido para el procedimiento sancionador ordinario.

V. CARACTERÍSTICAS DE LAS ÁREAS DONDE PUEDEN SER REALIZADAS ACTIVIDADES INSPECTORAS AUTOMATIZADAS. LÍMITES

1. Primer límite: el carácter de la actividad

La actuación administrativa automatizada solo podrá ser empleada en el marco de la actividad administrativa formalizada, dentro de un procedimiento administrativo, ya que la máquina —el programa de ordenador— sólo puede llevar a cabo actuaciones jurídico— formales, y nunca aquellas otras que sean netamente materiales o, en todo caso, mixtas. La actividad inspectora es una actividad más material que formal. Así, la Administración dicta actos formales, pero realiza también actividad material: la visita de inspección supone una actividad material —ya que implica un desplazamiento/visita— que se concreta más adelante en un acto formal como es el acta de inspección. Se trataría,

(47) A estos efectos y junto con el acta de infracción, se facilitará al presunto responsable la correspondiente carta de pago en la que se aplicará la citada reducción. Art.46.

por lo tanto, de considerarla como una actividad administrativa mixta y no puramente material. Este desplazamiento podría ser susceptible de ser asumido por la red, utilizando la Administración un «inspector robot» o programa de *web scraping* que, sin desplazarse —obviamente es una máquina o programa de ordenador—, puede llevar a cabo actividades inspectoras. Así, podrían ser objeto de inspección, por ejemplo, las ofertas de alojamientos turísticos que hay en la red —publicadas en determinadas plataformas—, que no cumplen con los requisitos establecidos en la legislación vigente para ejercer la actividad (por ejemplo, por no contar con el número de registro). Tras esta «visita de inspección» automatizada podría emitirse un informe/acta de inspección donde se reflejaría lo constatado. Más adelante se profundizará en un aspecto clave: el valor probatorio de estos informes.

La actividad inspectora por sí misma, no constituye, hasta el día de hoy, una actividad totalmente procedimentalizada, no existe una regulación de la secuencia estandarizada de los trámites que siempre deban despacharse. El procedimiento, en fin, se encuentra regulado deficientemente. Así las cosas, la Administración puede perfectamente, para maximizar su eficacia, hacer uso de estas herramientas en su función inspectora. De hecho, como sabemos, ya se está utilizando en el ámbito tributario y laboral. Concretamente el ámbito donde se lleva a cabo la inspección tributaria, es mucho más estandarizado y procedimentado por lo que las actas de inspección se realizan de modo automatizado, sin necesidad de una comprobación posterior por parte de un funcionario.

De hecho, el acotamiento de las infracciones que pueden ser susceptibles de actuación inspectora automatizada debe tener como base la fuente probatoria: la comisión del ilícito debe derivar de datos, antecedentes e informes que obren en la Administración correspondiente, así como en las bases de datos de las entidades que le prestan su auxilio y colaboración. Como añade IZQUIERDO-CARRASCO, debe tratarse también de ilícitos que no requieran un proceso de investigación previa e individualizada mediante visitas o comprobaciones en los locales por parte de los inspectores; o una valoración de otros elementos adicionales a los aportados por esas fuentes de información. En definitiva, aquellos incumplimientos que pueden dirimirse con relativa sencillez o automaticidad.

Pero, como se verá más adelante, este no es el caso de la inspección turística. La automatización total de la actividad de inspección sobre las VUT no es, aún, del todo posible. La razón es que, en este caso, la inspección se realiza en un único sentido. La Administración, utilizando programas *web scraping*, rastrea —inspecciona— a terceros, y concretamente, la información que haya publicada en determinadas páginas web de plataformas colaborativas, identificando así aquellos anuncios de particulares que no cumplen con la normativa. Identifica para ello, en la plataforma, la «supuesta» dirección

de la vivienda, pero, esa dirección puede no ser del todo exacta— de hecho, casi nunca lo es— debiendo la Administración practicar una segunda actividad material de comprobación *in situ* de la misma y, sólo posteriormente, puede iniciar un procedimiento sancionador. Así, el objetivo final de esta segunda actividad material de comprobación sería la obtención de una evidencia robusta que permita determinar que está teniendo lugar una posible práctica ilegal y, en este caso, se plantearía si es necesario o no obtener más evidencias para poder incoar un expediente sancionador. Precisamente, éste es uno de los principales obstáculos —el no realizar esta segunda comprobación— con el que se está encontrando el uso del programa *arañaweb* en el Ayuntamiento de Barcelona donde estos conflictos están empezando a llegar a los tribunales. Se genera, así, un exceso de falsos positivos, es decir, el programa señala la existencia de una irregularidad cuando no la hay en realidad. En estos casos, existe un riesgo de indefensión del inspeccionado o persona después sancionada por la ausencia de una posterior actividad inspectora que tenga como fin cerciorarse de la veracidad del relato contenido en el documento o datos aportados por el programa *web scraping*.

Por esta razón, con toda la información suministrada por el programa, si la Administración detecta alguna irregularidad, pasa a una segunda fase de comprobación. A través del «inspector robot», se aplican las nuevas tecnologías en el ámbito de actuación de la Administración con el fin, por un lado, de permitir el análisis masivo de datos para la detección del incumplimiento y, por otro, poder iniciar, si es el caso, un procedimiento sancionador. En todo caso, la mayoría de las actuaciones de inspección necesitan ser supervisadas por un funcionario, aunque de hecho, nos podemos encontrar a lo largo del proceso con situaciones en las que sí es posible automatizar el procedimiento (48) (como ya se ha visto en el ámbito tributario y laboral).

2. Segundo límite: naturaleza de la potestad ejercida

Es preciso señalar que, el tipo de potestades administrativas en que podrían utilizarse estas herramientas que implican una actividad automatizada de la Administración es objeto de debate entre la doctrina. Por un lado, resulta no discutida la posibilidad de que la Administración utilice estas herramientas de *web scraping* y la IA para la producción de decisiones administrativas automatizadas en relación con potestades regladas. Efectivamente, como destaca VALERO TORRIJOS, «es necesario atender a la naturaleza de la potestad ejercida, de tal modo que cuando el acto tenga carácter estrictamente declarativo o certificador cabe admitir sin problemas su completa automatización, algo que

(48) R. BONELL COLMENERO (2021: 65).

no siempre ocurre cuando aquél posea efectos constitutivos de una relación jurídica, supuesto en que habrá que tomar en consideración el carácter discrecional o reglado de la potestad» (49). En su opinión, sólo en este último caso cabe la automatización. La mayor parte de sus posibilidades de aplicación se concentrarán en la adopción de actos administrativos de trámite (50) o, en todo caso, tal y como defienden DELGADO GARCÍA y OLIVER CUELLO, en relación con procedimientos sencillos, en los que el sentido de la resolución viene determinado por la aplicación automática de unos parámetros ya delimitados y no hay margen alguno de desvío respecto de la resolución que hubiera adoptado el órgano administrativo por medios convencionales (51). Todo ello, como señala MARTÍN DELGADO, delimita el marco del empleo de estas herramientas en el proceso decisorio de potestades regladas (52).

No obstante, pensamos que no se puede descartar su utilización en el ámbito de las potestades discrecionales, en las que es necesaria una apreciación subjetiva o un juicio de valor. En tales supuestos, habrá que estar al desarrollo de la IA (53), no siendo así totalmente automatizada sino semiautomatizada ya que la ponderación final siempre debería ser humana (54).

Por todo lo anterior, el uso de estas herramientas en el ejercicio de la potestad inspectora es totalmente posible ya que se trata de una actividad de comprobación, ejercida al amparo de una potestad reglada. No obstante, debemos llamar la atención sobre el hecho de que deberá ser la concreta norma reguladora del procedimiento, la que determine su ámbito de actuación en atención a dos criterios: la ineltabilidad en la adopción de la decisión y el respeto de todas y cada una de las garantías derivadas de los principios de legalidad, seguridad jurídica y defensa de los administrados (55). En el ámbito del ejercicio de la potestad inspectora turística sobre las VUT, como se ha dicho con anterioridad, no existe una regulación de tal procedimiento sino la regulación de actos autónomos que la Administración, en ejercicio de la potestad inspectora, puede ir dictando. Así, nos surge la duda sobre si, en el ámbito de esa potestad administrativa, debería resultar obligatorio la motivación y justificación de las decisiones administrativas a la que se obliga en el art. 35 LPAC sobre la base de los datos e informaciones que pueden

(49) J. VALERO TORRIJOS (2007: 74).

(50) X. URÍOS APARISI e I. ALAMILLO DOMINGO, I. (2016: 6).

(51) A. DELGADO GARCÍA y R. OLIVER CUELLO (2006: 7).

(52) I. MARTÍN DELGADO, I. (2009: 369).

(53) En este sentido, E. BENÍTEZ PALMA y A. TERÉ PÉREZ (2021: 6).

(54) J. PONCE SOLÉ (2019: 8).

(55) La ineltabilidad en la adopción de la decisión se refiere al manejo por parte del sistema de información de los mismos criterios utilizados por las personas físicas integrantes del órgano que tiene encomendada la competencia decisoria. *Ibidem*, p.371.

facilitar las plataformas o sería necesario que la Administración realizara alguna actuación adicional.

VI. IMPLICACIONES JURÍDICO-PRÁCTICAS DEL USO DEL WEB SCRAPING EN AUSENCIA DE ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA PROCEDIMENTALIZADA

1. Actividad inspectora automatizada y su motivación

Como se ha dicho, la actividad inspectora por sí misma no constituye, hasta el momento, una actividad totalmente procedimentalizada de tal manera que los actos formales que se producen en la inspección son autónomos de un procedimiento administrativo. Así, nos surge la duda sobre si en el ámbito de esta potestad administrativa debería resultar obligatoria la motivación y justificación de las decisiones administrativas a lo que se obliga en el art. 35 LPAC y que ésta, la motivación, pueda estar constituida por los datos e informaciones que pueden facilitar los programas de *web scraping* o si sería necesario realizar alguna actividad adicional.

La motivación sirve para justificar la decisión. Permite, pues, exponer para un caso concreto, cómo se relaciona la potestad asignada con la finalidad para la cual se ha establecido la potestad reflejando el mecanismo racional utilizado para establecer esta conexión.

En el ámbito tributario, la motivación se convierte en un deber recogido en el art. 103.3 LGT: *«los actos de liquidación, los de comprobación de valor, los que impongan una obligación, los que denieguen un beneficio fiscal o la suspensión de la ejecución de actos de aplicación de los tributos, así como cuantos otros se dispongan en la normativa vigente, serán motivados con referencia sucinta a los hechos y fundamentos de derecho»*.

Pero, ¿cómo motivar las actuaciones administrativas que tengan su fundamento en la aplicación del *Big data*? Como se ha dicho con anterioridad, el *Big data* puede proporcionar indicios o servir de base para la actuación automatizada. En este caso, será la actividad posterior la que permita identificar las razones y la racionalidad de la decisión que se adopte. Lo cierto es que cuando la Administración dicta un acta automatizada de inspección —donde se constata la comisión de una infracción—, como se dijo anteriormente referente a la Inspección automatizada en el ámbito laboral, constituyen directamente, a nuestro modo de ver, un acto de incoación del procedimiento administrativo sancionador ya que deben reflejar, con el fin de asegurar las garantías jurídicas de los administrados, los hechos comprobados como resultado de la actuación administrativa, con expresión de aquellos que sean relevantes a efectos de la tipificación de la infracción y los medios utilizados para la comprobación de

los hechos que fundamentan el acta (56). Todas estas indicaciones constituirían la motivación. No obstante, para que la motivación sea suficiente debe estar basada en datos que obren en el propio sistema informático de la Administración pertinente o en bases de datos de las entidades que prestan su auxilio y colaboración a la Administración. Así, no será lo mismo, desde el punto de vista jurídico probatorio, una herramienta informática que se limite a procesar datos que ya obran en poder de la Administración Pública que otra que se dedique a escanear internet con el objeto de recolectar datos para la vigilancia y control de la normativa.

Como se ha visto, todos estos aspectos resultan más o menos claros en el ejercicio de la inspección tributaria que se encuentra procedimentalizada y muy avanzada en la actualidad en la aplicación de sistemas automatizados. Por el contrario, no ocurre así en los demás ámbitos de inspección, como en el sector de la inspección turística que es el caso que nos preocupa. En ella, el uso de sistemas automatizados de inspección (*web scraping*), a nuestro modo de ver, únicamente proporciona «indicios» que deben servir de base a la actividad inspectora de carácter material que tendrá lugar posteriormente. Esa segunda actividad inspectora es la que, a nuestro juicio, deberá identificar las concretas razones otorgando así racionalidad a la decisión que se adopte.

2. Valor probatorio del informe generado por *web scraping*. Supuestos distintos

El resultado de la investigación debe ser documentado en un acta o informe cuya principal cualidad jurídica es el reconocimiento personal de los hechos y datos mediante la percepción directa e inmediata de la realidad por el funcionario inspector con sus propios sentidos. Partiendo de este concepto clásico, está claro que cuando lo que se investigue sean actividades o servicios de la sociedad de la información, el inspector no es una persona física— sino un programa informático— y la actividad directa de apreciación de los hechos no se produce a través de sus propios sentidos («*de visu at auditu sui sensibus*») sino a través de una información o documento donde se ponen de manifiesto los resultados (posibles irregularidades) del procesamiento de datos automatizados realizados, bien por un funcionario adscrito a un órgano que utiliza el programa de *web scraping* instalado en su equipo informático, o bien por una empresa contratada por la Administración para la realización de esta actividad. Esta diferencia puede ser muy relevante a efectos jurídicos-probatorios. En este orden de cosas, nos preguntamos sobre si, serían de

(56) Art. 44 Real Decreto 688/2021, de 3 de agosto de modificación del Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatarios de cuotas de la Seguridad Social.

aplicación aquí, las presunciones de certeza que son predicables de toda acta o atestado de inspección clásica.

Como se ha apuntado con anterioridad, no será lo mismo, desde el punto de vista jurídico— probatorio, una herramienta informática que se limite a procesar datos que ya obran en poder de la Administración Pública —datos, antecedentes e informes—, o en las bases de datos de las entidades que le prestan su auxilio y colaboración, que otra que se dedique a escanear internet con el objeto de recolectar datos para la vigilancia y control de la normativa. Tampoco puede ser igual si es el propio funcionario público es el que utiliza directamente el programa de *web scraping* o si es una empresa externa contratada expresamente por la Administración para la realización de ésta actividad de búsqueda. Se pueden dar, pues, distintos supuestos con diferentes consecuencias para los efectos jurídico-probatorios de las actas o informes que se generan.

A) Web scraping realizado por funcionario público

En primer lugar, nos encontramos con la posibilidad de que sea un funcionario público el que utilice el programa *web scraping* sobre bases de datos que posee la propia Administración Pública. En este caso, la automatización plena es totalmente posible —aunque tendrían que cumplirse los requerimientos establecidos por el art. 41 de la Ley 40/2015 a los que se ha hecho referencia *supra*—. Este tipo de automatizaciones ya se está llevando a cabo en nuestra Administración como por ejemplo en el ámbito de la inspección laboral donde, como se señaló, los documentos generados por el programa de *web scraping* —las actas de infracción generadas, constituirían directamente el acto de incoación del procedimiento administrativo sancionador, pudiéndose también generar de forma automatizada las propuestas de resolución cuando no se hubieran presentado alegaciones contra las actas. Por lo tanto, en este caso es posible la automatización plena. No es el caso, como se verá más adelante, de la inspección sobre VUT.

En segundo lugar, puede ser que el funcionario público que utiliza el programa de *web scraping* lo haga, no sobre datos que ya obran en poder de la Administración Pública (caso anterior), sino sobre información que se encuentra disponible en internet —recolectando datos. En definitiva, se trataría de información que se encuentra en sitios web totalmente ajenos a la propia Administración— como páginas web de plataformas colaborativas (ej. Airbnb) o Redes sociales (ej. Instagram)— que ésta los recopila con el fin de llevar a cabo la vigilancia y control de la normativa. En ese caso, los datos obtenidos pueden no ser todo lo precisos que sería recomendable, es más, pueden ser erróneos. Los datos sobre viviendas de uso turístico que se encuentran al

alcance de cualquier persona en la web, no son datos exactos sino generales o ambiguos, nos referimos, por ejemplo, a los datos concretos de la dirección del alojamiento o la persona titular de la actividad de VUT. Los datos concretos se comunican únicamente tras la realización de la reserva, es necesaria pues, una contratación previa de la VUT para acceder a esos datos. En la base de esta falta de concreción de la información de los datos obrantes en la web se encontraría el celo que las plataformas colaborativas poseen respecto a tales datos ya que, si fueran públicos desde el primer momento, el titular de la VUT y el inquilino podrían contactar directamente y así evitar el intermediario —plataforma—, poniéndose en juego, así, el propio modelo de negocio de las plataformas colaborativas.

Ante esta situación, resulta relevante y necesario el fomento de la colaboración entre la Administración Pública y las plataformas colaborativas. Es así ineludible que éstas habiliten un acceso distinto para las Administraciones, otorgándoles acceso a un nivel más concreto y detallado de información. Determinadas plataformas ya parecen estar dispuestas a ofrecer este tipo de colaboración voluntaria. Airbnb ha creado un *Centro de Recursos para Municipios* (City Portal) donde da acceso a las Administraciones ofreciéndoles información diversa que ayude a la gestión de los destinos. El Portal de la ciudad funciona de manera muy similar a un «*pase de puerta de atrás*» a la plataforma de Airbnb con el que la Administración inspectora puede utilizar para consultar listados y acceder directamente a anuncios y otros datos pertinentes. Este nuevo recurso, que se aplica en la actualidad como experiencia piloto, es claro ejemplo de estas sinergias tendentes a propiciar los datos abiertos, en definitiva, información procesable en tiempo real para la buena gestión de los destinos, cuestión fundamental para las ciudades inteligentes. En definitiva, esta tecnología conecta directamente la plataforma de Airbnb con la Administración pública correspondiente otorgándole a ésta datos sobre el mercado de alquiler a corto plazo de su municipio y los ingresos por impuestos turísticos remitidos en lugares donde se han establecido acuerdos fiscales. En definitiva, esta colaboración voluntaria sería del todo necesaria para que se pudiera llevar a cabo una actividad inspectora automatizada. Hasta que eso no pase, los informes/actas elaborados mediante esta técnica de *web scraping* sobre datos generales que obran en la web solo tendrían consideración de «indicios» que luego la Administración tendría que confirmar mediante una actividad material. Por tanto, a día de hoy no es posible.

B) Web scraping realizado por empresa ajena a la Administración Pública. El caso de la inspección sobre las VUT

En tercer lugar, nos referimos a la posibilidad de que la actividad de *web scraping* sea realizada por una empresa, ajena a la Administración, contratada

por ella_a través de la formalización de un contrato de servicios digitales (57). Este supuesto es el más habitual en la inspección turística sobre VUT. En este caso, resulta evidente que el valor probatorio del informe/acta generada por la empresa en cuestión no puede tener la misma presunción de fehaciencia que un acta generada directamente por un funcionario público. No tenemos más que comparar lo establecido sobre la veracidad o valor probatorio en otros ámbitos asimilables. Así, la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal (58), le atribuye a Correos el servicio de notificación de actos administrativos —se trata de una sociedad mercantil, aunque de titularidad estatal—, frente a las demás empresas interesadas en entrar en el mercado de estos servicios. Así, en artículo 22.4 se afirma que «gozará de la presunción de veracidad y fehaciencia en la distribución, entrega y recepción o rehúse o imposibilidad de entrega de notificaciones de órganos administrativos y judiciales». Se trata pues de una empresa pública que forma parte del holding público Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI) (59). Esta Ley atribuye un privilegio acreditativo al personal de la mercantil Correos sobre las notificaciones administrativas realizadas, se otorga tal privilegio a testimonios de personas que no tienen la consideración de funcionario público. Es conocido que los repartidores de Correos son, en su inmensa mayoría, personal laboral sin que hayan tenido que demostrar mérito o requisito subjetivo alguno para otorgarles semejante privilegio acreditativo —la presunción de veracidad y fehaciencia—. Por todo lo anterior, haciendo una traslación al tema que nos ocupa, si es una empresa privada que contrata con la Administración la realización por sus propios medios de la actividad inspectora a través del uso de la tecnología de

(57) Para contratar este tipo de servicios de *web scraping* sobre las viviendas de uso turístico, las Administraciones han utilizado el *Contrato de Servicio de realización de detección, depuración y actualización de los datos de las viviendas de uso turístico comercializadas a través de Internet*. Con respecto al Vocabulario Común de Contratos Públicos (CPV) deben tener la denominación de *Investigación mercadotécnica y económica; sondeos y estadísticas*. La naturaleza jurídica del contrato es pues de contrato administrativo de servicios, de conformidad con lo establecido en los arts. 17, 22, 25.1.a) y 308 y siguientes de la LCSP. Dentro del extenso concepto abierto de materias objeto de contratos de servicios, se trataría no de un servicio de prestación material sino de prestación intelectual ya que en ellos estarían incluidos los servicios de investigación y estadística, como es el caso que nos ocupa.

(58) BOE 31 diciembre 2010, núm. 318.

(59) Esta Ley fue impugnada infructuosamente por las empresas de reparto de correspondencia por entender que el servicio de notificación administrativa era un servicio postal universal— Arts. 20 y 21—, por lo que el operador designado para su prestación, Correos, debería prestarlo a instancia de los demás operadores postales permitiéndoles también su práctica. El TS, en la Sentencia 1645/2018, de 10 de mayo, resuelve uno de los muchos conflictos planteados interpretando que el servicio postal de notificación administrativa no forma parte del servicio postal universal.

web scraping — caso de la inspección de las VUT—, analógicamente no se le puede otorgar el mismo valor a sus informes que a los informes/actas emitidos por funcionario público y más aun teniendo en cuenta que, la empresa contratista de este servicio, puede estar utilizando un programa de *web scraping* que no ha sido objeto de ninguna resolución de la Administración que tenga como fin concretar los aspectos relativos a tal actuación automatizada con el fin de dotar a esa actuación de mayor transparencia a tenor del art. 41 de la Ley 40/2015 LRJSP. Como se verá más adelante, el uso de sistemas automatizados de inspección (*web scraping*) en las condiciones anteriores, a nuestro modo de ver, únicamente proporcionaría «indicios» que deben servir de base a la actividad inspectora de carácter material que tendrá lugar posteriormente. Esa segunda actividad inspectora es la que, a nuestro juicio, deberá identificar las concretas razones otorgando así racionalidad a la decisión que se adopte.

También, en un ejercicio de averiguar el valor probatorio que tiene un acta o informe elaborado por una empresa contratada por la Administración, acudimos a valorar la doctrina sentada por el TS respecto a la naturaleza jurídica de los denominados controladores o vigilantes del aparcamiento en zonas de la ORA. Dicho tribunal es contundente al negar de forma clara y explícita la consideración de Agentes de la Autoridad a los mismos, y por ello, su simple denuncia *«equivale a la denuncia de un particular, y al no ser avalada con pruebas posteriores, no tienen fuerza suficiente para acreditar los hechos denunciados...será un elemento probatorio a tener en cuenta, siempre conjugándolo con el resto de circunstancias que pueden dar o negar verosimilitud a la misma y constituyendo un elemento de valoración discrecional por parte del órgano administrativo al que compete sancionar el hecho»* (60). Las anotaciones de los controladores de la ORA no son denuncias sino avisos, con categoría de denuncia voluntaria, a la cual hay que oponer lo expresado por el inculpado, a menos que exista refrendo por parte policial —agente de la autoridad y funcionario público—. En la práctica, tales avisos son trasladados a la policía municipal que será la que señalará las infracciones, aprobando de facto la labor de los controladores de la ORA, con posterioridad se tramita el expediente sancionador siendo el respaldo de las actuaciones de los controladores por parte de la policía crucial para el sistema. Todo lo anterior entendemos que es aplicable, asimismo, a los «avisos» realizados de manera automatizada por automóviles que escanean automatizadamente las matrículas de los coches estacionados en zonas ORA —sustituyendo al controlador de

(60) SSTs de 23 de noviembre 1993 (RJ/1993/8883) y 22 septiembre 1999 (RJ/1999/6728). En este mismo sentido, y en otros ámbitos jurisprudenciales, otras muchas sentencias, entre ellas: STSJ Madrid 222/1997 de 3 abril (RJCA/1997/808); STSJ Islas Baleares 518/1999 de 20 julio (RJCA/1999/2583); STSJ Murcia 1066/1999 de 17 diciembre (JUR/2000/49884).

carne y hueso—. Tales datos son enviados por GPRS al centro de control de la empresa donde son analizados y procesados cotejándolos con los datos obrantes en los parquímetros inteligentes en los que es necesario introducir la matrícula del coche para la obtención del ticket (61). Como decimos, estos avisos, también tendrían la naturaleza jurídica de denuncia de un particular, siendo necesaria una actividad ulterior por parte de la Administración dirigida a ser advenida por pruebas posteriores, no teniendo fuerza suficiente para acreditar los hechos denunciados ya que no son Agentes de la Autoridad ni, por consiguiente, funcionarios públicos los que llevan a cabo esa actividad de vigilancia o inspección.

Por todo lo anterior, frente al valor probatorio que la Administración otorga a las actas o informes de inspección realizadas por funcionario público (62), el documento confeccionado por la empresa encargada de realizar la inspección —utilizando el programa *web scraping*— no es un documento del que pueda predicarse la presunción de veracidad de los hechos en él descritos.

En definitiva, cuando la inspección utiliza técnicas de recogida masiva de información y de procesamiento de los datos como el *web scraping*, deben tenerse en cuenta las anteriores consideraciones respecto a los distintos supuestos que se pueden dar. Únicamente en el caso del uso del programa de *web scraping* por un funcionario público sobre datos obrantes en la propia Administración puede declararse la presunción de veracidad, pudiendo dar lugar a la apertura automatizada de un procedimiento sancionador automatizado. Si los datos públicos obrantes en las webs de las plataformas fueran exactos y concretos y fuera un funcionario público el que usara el programa de *web scraping*, también podría automatizarse todo el procedimiento (sería viable su presunción de veracidad). No obstante, en los demás supuestos no se debe mantener la rigidez de esa presunción de veracidad.

Con respecto al tema que nos ocupa, el supuesto habitual que se da con respecto a la actividad inspectora sobre las VUT es el expuesto en tercer lugar (supra): la Administración contrata el ejercicio de esta actividad con una empresa ajena a la Administración. Desde nuestro punto de vista, no habría obstáculos para entender que ese documento elaborado por la empresa con-

(61) En ciudades como Barcelona o Madrid los parquímetros inteligentes son capaces de identificar el tipo de vehículo aplicando tarifas distintas según sus características. Los vehículos menos contaminantes son bonificados. Así, los llamados híbridos, que utilizan un motor de combustión junto a un motor eléctrico, pueden bonificar hasta un 50 % de la tarifa. En cambio, los vehículos eléctricos pueden hacerlo de una forma completamente gratuita durante el tiempo máximo de aparcamiento.

(62) Art. 77.5 LPAC establece que «los documentos formalizados por los funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad y...se recojan los hechos constatados por aquellos harán prueba de éstos salvo que se acredite lo contrario».

tratada por la Administración —que tiene como finalidad la comprobación, en determinadas plataformas, de la existencia de viviendas de uso turístico ilegales—, sea un documento asimilable a una denuncia de un particular (63). Dicha denuncia contiene datos inequívocos acerca de la actividad de uso turístico de la vivienda constatados por el programa *web scraping*. Si consideramos que tal documento tiene el valor de una denuncia, a pesar de que éstas no tengan eficacia vinculante para la Administración que, puede o no, realizar posteriormente actuaciones de inspección, ésta debería realizar una actividad inspectora material ulterior para proceder a su comprobación. En nuestro Derecho, por regla general, la Administración no está obligada a iniciar necesariamente actuaciones de inspección tras una denuncia, ahora bien, algunas normas imponen la obligatoria realización de actuaciones de inspección cuando la Administración reciba una denuncia sobre una situación irregular o antijurídica (64). Sería deseable por tanto que, en una futura y posible regulación de la actividad inspectora sobre plataformas digitales, se estableciera la obligación de la Administración de realizar actuaciones de averiguación o comprobación sobre el material fáctico documentado por los programas de *web scraping* sites en el informe que la empresa contratada presenta a la Administración. Como se verá más adelante, la falta de esta actividad de constatación ulterior por parte de la Administración está provocando verdaderos problemas causando el archivo de procedimientos sancionadores basados en tales documentos. Así, para que fuera plenamente válida la presunción de veracidad del informe de inspección fruto de *web scraping*, debería el funcionario inspector, como se ha constatado, desplegar una actividad probatoria posterior dirigida a la verificación del contenido detectado por el programa.

No obstante, encontramos la Ley de Turismo de Cataluña, reformada en el año 2015, donde se enuncia expresamente que *«cuando se investiguen actividades o servicios de la sociedad de la información —como es este caso, la inspección debe emitir un informe de inspección que tendrá el mismo valor probatorio que los hechos constatados, contenidos o recogidos en las actas de inspección»* (65). Como se ha comentado, por las razones expuestas, no podemos estar de acuerdo con tal postura.

(63) Muy pocas sentencias se han pronunciado sobre este particular. Vid. Sentencia Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.8 de Barcelona núm. 190/2017, de 1 de septiembre, JUR/2018/54723.

(64) Sería el caso del art. 127.2 Ley 4/2009, de 14 de mayo de protección ambiental integrada de la Región de Murcia o el art. 30 del Reglamento de inspección aeronáutica aprobada por el Real Decreto 98/ 2009, de 6 de febrero.

(65) Así lo establece el art. 82 bis «El personal inspector puede emitir informes de inspección cuando sea adecuado por la naturaleza de los hechos a inspeccionar; en particular, cuando se investiguen actividades o servicios de la sociedad de la información, o cuando pueda frustrarse la finalidad de la actuación inspectora. Los hechos recogidos en los informes

3. Necesidad de realización de actividad inspectora ulterior con posibilidad de incluir declaraciones o datos aportados por tercero

Debemos recordar que la actividad inquisitiva de inspección se caracteriza por ser una actividad de investigación y comprobación. El acta de un inspector no es, en principio, un medio de prueba, sino el resultado documentado de una actuación inquisitiva. El inspector no consigue pruebas, sino que sólo obtiene información dejando constancia de su testimonio. Sin embargo, en el contexto del procedimiento sancionador (o de restablecimiento de la legalidad vulnerada), que se incoa a raíz de las averiguaciones y comprobaciones que resultan de una inspección previa, es donde se deberán llevar a cabo las verdaderas actividades probatorias siendo dirigidas por el instructor del procedimiento sancionador con el fin último de convencer a terceros (a los tribunales) sobre la veracidad del relato sobre los hechos y los datos. Partiendo de esta distinción previa entre «lo inquisitivo» y «lo probatorio» se van a poner de manifiesto los recurrentes problemas que están surgiendo al respecto de la práctica de estas actividades inquisitivas y probatorias en el ámbito de las plataformas digitales.

La actividad inspectora no constituye una actividad procedimentada, no existe una regulación de la secuencia estandarizada de los trámites que siempre deben realizarse, es más una actividad material que formal que implica un desplazamiento del funcionario público realizando una visita de inspección. Así este desplazamiento sería susceptible de ser asumido por el inspector robot, que, sin desplazarse, inspecciona las ofertas de alojamiento que hay publicadas en plataformas en búsqueda de las que no cumplen con los requisitos establecidos en la legislación vigente. Tras dicha comprobación, cuando se investiguen actividades o servicios de la sociedad de la información —como es este caso—, la inspección debe emitir un informe de inspección.

No obstante lo anterior, la Administración inspectora debe realizar una segunda actividad material de comprobación *in situ* de la misma pudiendo posteriormente iniciar un procedimiento sancionador. El objetivo de esta segunda actividad material de comprobación sería la obtención de una evidencia robusta que permita determinar que está teniendo lugar una práctica ilegal. Precisamente, este resulta estar siendo uno de los principales obstáculos con los que se está encontrando el uso del programa *web scraping* en Barcelona.

A los tribunales ya están llegando conflictos suscitados del uso de la araña web y las sanciones que se han venido iniciando bajo tal software están siendo

tienen el mismo valor probatorio que los hechos constatados, contenidos o recogidos en las actas de inspección», Ley 13/2002 de Turismo de Cataluña. Este artículo fue introducido por el art. 93.6 de Ley núm. 3/2015, de 11 de marzo.

desestimadas en masa por los tribunales. De hecho, el denominador común de los archivos del procedimiento sancionador en vía de recurso administrativo tanto como de la anulación de la sanción en vía de recurso contencioso-administrativo, es que, en los informes de inspección, no se llevaba a cabo una identificación correcta de las personas titulares de la actividad de VUT ni de sus direcciones exactas. Ni que decir tiene que la correcta identificación de la persona física o jurídica titular del servicio o establecimiento inspeccionado constituye uno de los contenidos esenciales de toda acta o informe de inspección.

En el ámbito que es objeto de nuestro estudio se ha venido constatando que la Administración no se personaba para cerciorarse de que verdaderamente se estaba realizando la actividad de vivienda de uso turístico de manera ilegal —no tenían número registro—. Esta situación, dejaba claramente en indefensión a los denunciados ya que la Administración incoaba el procedimiento sancionador y casi no había instrucción: el instructor del procedimiento daba por hecho lo que le comunicaban los técnicos municipales basándose en el informe de *web scraping*, no iniciando diligencias materiales de inspección —no habiendo comprobación directa— o, en el mejor de los casos, encargando esa actividad material de comprobación a un equipo de personas contratadas *ex profeso* por una empresa pública (en el caso de Barcelona, a los denominados «visualizadores» contratados por la empresa pública *Barcelona Servicios Municipales*) que nunca comprobaban fehacientemente si efectivamente se realizaba la actividad de VUT en los pisos señalizados por el programa *web scraping* (66). De esta forma, es imposible la automatización y únicamente se pueden obtener indicios.

En este sentido, es rotundo el Tribunal Superior de Justicia Catalán afirmando que *«la mera comprobación en una página de internet de la existencia de anuncios de alquiler... a falta de otros indicios añadidos y sin una inspección o cualquier otro medio de prueba directa válido en derecho, no constituye*

(66) El procedimiento de actuación de tales «visualizadores» queda manifiestamente patente no solo en las Sentencias que están llegando a los Tribunales sino también en las siguientes palabras *«Si un piso es sospechoso nunca llaman al timbre. Su labor es más sutil... señala un piso en la plaza Tetuán. La imagen es delatadora. ¿Ves? Allí sólo cuelgan dos toallas y dos bañadores en el balcón». Hace una foto con el móvil. La más joven del equipo, abunda: otro de los indicios es cuando localizas una bolsa de basura junto a la puerta de la escalera. Es algo que muy poca gente que no sea turista hace...En la Barceloneta muchos vecinos se niegan a ayudar o a indicarnos qué piso es turístico y cual no» ... «Nunca llaman a la puerta del piso investigado, pero sabe que muchos anfitriones alertan a los turistas y les aconsejan no abrir... les dicen que hay muchos ladrones que se hacen pasar por empleados municipales», destaca. La ronda continúa y los dos detectives, móviles en mano, hacen fotos y redactan pequeños informes que envían al Ayuntamiento». En, GONGOSTRINA, A.L., «Los detectives cazapisos», *El País*, 14 agosto 2017. https://elpais.com/ccaa/2017/08/13/catalunya/1502641240_848791.html.*

prueba de cargo bastante de la concurrencia del hecho sancionado, sino que representa un mero indicio aislado y por sí solo indiferente, que no permite inducir de forma indubitada que real y efectivamente la vivienda haya sido finalmente alquilada para su uso turístico...Ello por más que en la página consultada por la Administración se ofrezcan opiniones de desconocidos como eventuales y anteriores ocupantes del inmueble, cuya eventual y en forma alguna constatada ni concomitante ocupación por su parte tampoco es objeto de procedimiento sancionador» (67). Ni que decir tiene que es constante la doctrina jurisprudencial en materia penal, trasladable al procedimiento sancionador con la oportuna adaptación, que se requiere para la eficacia de la prueba indiciaria que los mismos estén plenamente acreditados, que sean plurales, o excepcionalmente único, pero de una singular potencia acreditativa, que sean concomitantes al hecho que se trata de probar y que estén interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí (68).

Por todo lo anterior, partiendo de la situación planteada en la actualidad relativa a que los datos *scrapeados* de las plataformas por parte de las empresas contratadas para ello, no son datos exactos sino ambiguos y generales que nunca permiten identificar con exactitud la vivienda ni el titular de tal actividad, es lógico entender que la sola constatación de que una vivienda se publicite en una plataforma colaborativa donde no consta el número registro de turismo, existiendo en la misma datos concretos sobre precios, fechas posibles de alquiler, fotografías del interior e, incluso, comentarios de distintos usuarios anteriores, no es suficiente para probar que se ejerza verdaderamente esta actividad turística existiendo la reiteración requerida por las normas o las condiciones de inmediata disponibilidad que es una característica general de las viviendas de uso turístico. La Administración no puede sancionar a «supuestas» viviendas de uso turístico únicamente con el indicio de la existencia de un anuncio en una plataforma, debe, pues, realizar una actividad material —inspectora— de comprobación. De hecho, distintos bufetes de abogados habían venido constantemente pronunciándose en este mismo sentido (69), ahora, la jurisprudencia les está empezando a dar la razón.

(67) STSJ Cataluña 614/2021, de 22 de junio, JUR/2021/286346.

(68) La STS 2914/2019, de 19 mayo 2021, RJ 2021 2735 establece que «no pueden confundirse los indicios con las sospechas, pues para enervar la presunción de inocencia se ha de contar con indicios probados y no con meras probabilidades de que el hecho haya ocurrido. Una prueba indiciaria ha de partir de unos hechos (indicios) plenamente probados, pues no cabe construir certezas sobre la base de simples probabilidades no pudiendo el juez o tribunal fundamentar el fallo de la sentencia en su simple y puro convencimiento subjetivo».

(69) Así, GRACIA I MALFEITO y PERTÍNEZ ROMAGOSA ASSOCIATS informan que «los expedientes se iniciaban porque en el anuncio de AIRBNB u otras plataformas aparecían vistas a una calle que parecía familiar, o un balcón o piscina similar al de Google Street View. Hay incontables errores de identificación en la inspección con la araña web. No se puede sancionar desde

Así, el resultado de la actuación inquisitiva es un hecho secundario que no constituye una prueba directa de la efectiva comisión de una infracción sancionable. Es posible que los datos que posee la Administración sobre la dirección y titular de la vivienda no sean correctos o también puede ser que, a pesar de encontrarse la vivienda anunciada en la plataforma correspondiente, verdaderamente no haya sido alquilada nunca o por menos tiempo que el requerido para sea constitutivo de una infracción reincidente. Como afirma BLANQUER CRIADO, lo más habitual y frecuente, como pasa en este caso, es que las circunstancias fácticas que rodean la «*quaestio facti*» sean el hecho a comprobar por la inspección, como instrumento o medio indirecto para acreditar el núcleo central (que es la prueba de una infracción sancionable) (70). Nos encontramos pues, ante la prueba indirecta del hecho principal y la comprobación directa del hecho secundario (las circunstancias sirven para acreditar la existencia del núcleo central).

Las actas o informes de inspección pueden incluir, está plenamente admitido por la doctrina, declaraciones o datos de un tercero sin que lo sepa o tenga conocimiento el inspeccionado. Este tercero o testigo no sería parte en el posterior procedimiento al que aporta su exposición oral. Así, los inspectores pueden personarse en el piso donde supuestamente se está realizando la actividad de VUT y tomar declaración a las personas que se encuentren allí alojadas, debiendo éstas responder oralmente a las preguntas que se les formulen que tiene que ser, en cualquier caso, pertinentes y útiles para esclarecer la controversia fáctica de que se trate.

Como se ha afirmado antes, la escasa jurisprudencia que existe sobre el tema en cuestión, entiende que la simple visualización en una página de internet de la existencia de anuncios de alquiler sobre determinada vivienda, a falta de otros indicios añadidos, no constituye prueba de cargo bastante. No obstante, si junto a esa visualización se incluyeran en el acta de inspección otros indicios como las manifestaciones recogidas a diferentes turistas en diferentes momentos que reconozcan que se alojan por periodos cortos en la vivienda en cuestión y que han formalizado contrato a través de una plataforma (71), en ese caso, quedaría acreditado tanto la comisión de la infracción como su reiteración. Llamamos la atención sobre el hecho de que no es suficiente que se recoja en el acta una única declaración, sino que deben ser varias —a turistas diferentes— y practicadas en distintos días (72).

un despacho» así se expresaba EROLA GRACIA DE GRACIA I MALFEITO, https://www.tourinews.es/resumen-de-prensa/notas-de-prensa-espana-turismo/fracasa-la-arana-web-contra-los-pisos-turisticos-en-barcelona_4445997_102.html.

(70) D. BLANQUER CRIADO (2018: 686).

(71) Así la Sentencia núm. 20/2017, de 26 de enero, del Juzgado de los Contencioso Administrativo n. 9 de Barcelona, JUR/2017/192193.

(72) STSJ Cataluña, Sala de la Contencioso, núm. 4331/2021.

VII. MEDIOS DE DEFENSA DEL CIUDADANO ANTE LA CAPTURA MASIVA DE DATOS. LA TRANSPARENCIA COMO ELEMENTO CLAVE

Como se ha visto, los datos recabados por un programa de obtención automatizado pueden servir de base o fundamento a una posterior resolución administrativa de carácter sancionador. A la vista de los datos, la Administración puede decidir la apertura de un procedimiento sancionador por lo que tales datos deben hacerse constar en el expediente administrativo como conjunto ordenado de documentos y actuaciones que sirven de antecedente y fundamento a la resolución administrativa, así como las diligencias encaminadas a ejecutarla (art. 70.1). No obstante, el mismo artículo, en su punto 4, señala que no formará parte del expediente administrativo la información que tenga carácter auxiliar o de apoyo identificando ésta como «*la contenida en aplicaciones, ficheros y bases de datos informáticos*». Resulta claro, no obstante, que los datos masivos fruto del resultado de la automatización de la actividad inspectora no pueden ser considerados como datos auxiliares ya que verdaderamente pueden proporcionar el fundamento de una futura resolución sancionadora. En este sentido, el Auto del Tribunal Supremo de 13 de junio 2018 señala que se deberá incluir en el expediente todo aquello que tenga relevancia en el expediente o en la conformación de la voluntad pública del órgano (73). Si no obraran estos datos en el expediente administrativo estaríamos ante una actividad administrativa que adolecería de la transparencia que debe caracterizar toda actividad de la Administración impidiendo al interesado poder ejercitar su defensa.

El logro de la transparencia en la actividad administrativa automatizada constituye, en estos momentos, un elemento clave. El interesado debe poder acceder a toda la información que obra en poder de la Administración, sobre todo, en el caso de que ésta haya dictado una resolución susceptible de provocarle efectos jurídicos desfavorables, de esta manera podría defenderse presentando un recurso en vía administrativa y posteriormente acudir a los tribunales.

En definitiva, la transparencia constituye un pilar fundamental en las actuaciones administrativas por lo que la Administración debe hacer todo lo que esté en su mano para lograr su consecución. Así, en primer lugar, como se ha visto anteriormente, es necesario cumplir con el requisito previo a la automatización de cualquier actividad que es la publicación de la resolución donde conste el órgano u órganos competentes para la definición de las especificaciones, programación, mantenimiento, supervisión y control de calidad y, en su

(73) ATS 13 junio 2018 (ECLI:ES:TS: 2018: 6876).

caso, auditoría del sistema de información y de su código fuente y el órgano que debe ser considerado responsable a efectos de impugnación (art. 41.2 LRJSP). En segundo lugar, es necesario comunicar al interesado, finalizada la inspección, la posesión de estos datos con el fin de facilitar el acceso a los mismos (art. 46.3 LRJSP). Como destaca VALERO, «tanto la aprobación de las actuaciones automatizadas como las posteriores notificaciones individuales al ciudadano afectado por el tratamiento de datos sirven, además, para indicar a éste los medios idóneos para comunicarse con la Administración oportuna y, de este modo, poder también oponerse a alguno de los extremos de la actuación automatizada» (74). En tercer lugar, si la Administración decide abrir el procedimiento sancionador, debe incluir en el expediente toda la información obtenida de forma automatizada para que el interesado pueda defenderse con garantías —haciendo basar su recurso en información fidedigna sita en el expediente—. Si no se lleva a cabo por parte de la Administración se puede provocar indefensión del interesado provocando un vicio en el acto tal que comporte su validez.

VIII. ¿ES POSIBLE UN PROCEDIMIENTO DE INSPECCIÓN AUTOMATIZADO EN EL ÁMBITO DE LAS VUT? CONCLUSIONES

Como se ha visto, la Administración debe ser capaz de adaptarse al entorno digital en que estamos inmersos con el fin de mejorar la eficiencia de algunas de sus funciones, entre ellas, la actividad de inspección. La tecnología del *Big data* existente en la actualidad permite que la Administración pueda llevar a cabo actividades de inspección automatizadas.

Debemos llamar la atención sobre el hecho de que cuando la Administración lleva a cabo actividades de inspección de forma automatizada, se pueden inferir de manera más o menos inmediata, consecuencias directas en la esfera jurídica de la persona sometida a control frente a la realización de la actividad inspectora por medios tradicionales donde no existen consecuencias directas e inmediatas en la esfera jurídica del mismo ya que tales se producirán en un momento posterior: cuando la Administración incoe el correspondiente procedimiento sancionador o se adopten medidas de restablecimiento de la legalidad vulnerada.

No obstante, no es menos cierto que la actividad inspectora no forma parte del procedimiento administrativo sancionador, sino que constituye una actividad cuyo objetivo es la obtención de información para el adecuado ejercicio de otras actividades, como son las de limitación o de policía —sanción—, en su caso. Se trata, por tanto, exclusivamente de una actividad administrativa de

(74) J. VALERO TORRIJOS (2007: 76).

comprobación, cuyas actas sirven de denuncia que en todo caso estimula el procedimiento sancionador, pero que —al ser previo al inicio del mismo— no se integra en el expediente e incluso el denunciado no tiene derecho a conocer su contenido (75). La doctrina administrativista ha venido calificando esta actividad inspectora como actividad material, interna o de trámite, a los efectos de su no recurribilidad. La actividad inspectora es principalmente una potestad vinculada a la actividad de control, siempre de trámite de decisiones definitivas que se adoptan, precisamente, tras la realización material de la inspección. Se trata de una manifestación de la potestad pública enmarcada en las que se denominan «*potestades de obtener información*» (76).

Está claro que el legislador puede procedimentalizar ciertas ramas de la inspección cuando y en la medida que lo considere oportuno. De hecho, el legislador estatal, en la Ley 40/2015 ha establecido un régimen jurídico básico, aunque ciertamente pobre y lleno de lagunas al respecto de la actividad administrativa automatizada, generalizando tales actuaciones. No olvidemos que, en el ámbito tributario ya existía una regulación sobre la tramitación administrativa automatizada —si bien, a tenor de lo establecido en la derogada Ley 30/1992—. Con todo, en la mayoría de los casos se trata de una procedimentalización parcial. El caso más notable, como se ha ido comentando a lo largo de este capítulo, es el de la inspección tributaria donde hay regulado un procedimiento de inspección que, aun así, no puede ser considerado como tal ya que la sujeción a procedimiento de la inspección tributaria solo se produce en parte y, en esa parte, es solo relativa porque, entre otras cuestiones, hay diligencias de inspección al margen de todo procedimiento previo (77).

Un avance muy significativo se ha producido en el último año con la regulación, por parte de la Administración Laboral —y de la Seguridad Social—, de un procedimiento automatizado más completo sobre la imposición de sanciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social. Del análisis de este régimen jurídico se puede deducir fácilmente lo que hemos comentado con anterioridad: cuando la Administración lleva a cabo actividades de inspección de forma automatizada, se pueden inferir de manera más o menos inmediata, consecuencias directas en la esfera jurídica de la persona sometida a control frente a la realización de la actividad inspectora por medios tradicionales. Lo anterior se infiere directamente de lo establecido en Real Decreto 688/2021, de 3 de agosto de modificación del Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad

(75) F.J. BAUZÁ MARTORELL (2017: 28).

(76) STC 96/1996, de 30 de mayo, RTC 1996/96.

(77) Vid. M. REBOLLO PUIG (2013: 73-74).

Social donde se habla expresamente de que mediante la actuación administrativa automatizada «se podrán generar las actas de infracción que resulten pertinentes en virtud de los datos, antecedentes e informes que obren en dicho sistema», así como en las bases de datos de las entidades que le prestan su auxilio y colaboración. Tales actas de infracción constituyen directamente, a nuestro modo de ver, el acto de incoación del procedimiento administrativo sancionador ya que deben reflejar —con el fin de asegurar las garantías jurídicas de los administrados— los hechos comprobados como resultado de la actuación administrativa, con expresión de aquellos que sean relevantes a efectos de la tipificación de la infracción, los medios utilizados para la comprobación de los hechos que fundamentan el acta y la indicación expresa de que se trata de una actuación administrativa automatizada. Así mismo, se podrán generar también de forma automatizada las propuestas de resolución que procedan cuando no se hayan presentado alegaciones contra las actas.

¿Sería, lo anterior, trasladable —en todo o en parte— a la inspección administrativa automatizada en el ámbito del turismo? ¿podría darse alguna vez en este sector? Ante esta cuestión, si no conociéramos la idiosincrasia, naturaleza y tipo de información que ofrecen públicamente las plataformas colaborativas podríamos, quizá, contestarla afirmativamente. Como se ha visto a lo largo del Capítulo, son distintos supuestos los que pueden darse. Si es un inspector funcionario el que usa el programa de *web scraping* en su ordenador, sobre páginas web de plataformas colaborativas y teniendo en cuenta que la información pública que ofrecen las mismas no son concretas ni exactas —únicamente se accede a los datos concretos una vez contratada la VUT—, no es posible la automatización de la actividad de inspección. Para ello, se necesitaría el fomento de la colaboración entre la Administración Pública y las plataformas colaborativas. Es así ineludible que éstas habiliten un acceso distinto para las Administraciones, otorgándoles acceso a un nivel más concreto y detallado de información. Determinadas plataformas ya parecen estar dispuestas a ofrecer este tipo de colaboración voluntaria. Airbnb ha creado un *Centro de Recursos para Municipios* (City Portal) donde da acceso a las Administraciones ofreciéndoles información diversa que ayude a la gestión de los destinos. Hasta que eso no pase, los informes/actas elaborados mediante esta técnica de *web scraping* sobre datos generales que obran en la web solo tendrían consideración de «indicios» que luego la Administración tendría que confirmar mediante una actividad material. Nunca podrían tener la presunción de fehaciencia que es predicable de cualquier acta realizada por funcionario público.

Como se ha comentado con anterioridad, en el ámbito de las VUT lo más habitual es que sea una empresa ajena a la Administración la que realiza esta actividad de *web scraping*. Aquí se plantea un tema distinto: la problemática sobre el valor probatorio, de fehaciencia, del informe/acta realizado por la misma. Los efectos jurídico-probatorios deben ser distintos del caso anterior ya

que no se puede mantener con rigidez esa presunción de veracidad. Desde nuestro punto de vista, no habría obstáculos para entender que ese documento elaborado por la empresa contratada por la Administración —que tiene como finalidad la comprobación, en determinadas plataformas, de la existencia de viviendas de uso turístico ilegales—, sea un documento asimilable a una denuncia de un particular. Constituirán, pues, simples indicios que deberán llevar a la Administración a realizar una actividad material ulterior con el fin de proceder a su comprobación ya que, es constante la doctrina jurisprudencial en materia penal —trasladable al procedimiento sancionador con la oportuna adaptación— que es requerido para la eficacia de la prueba indiciaria que los mismos estén plenamente acreditados, que sean plurales, o excepcionalmente único, pero de una singular potencia acreditativa, que sean concomitantes al hecho que se trata de probar y que estén interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí. En este sentido, el profesor VALERO TORRIJOS afirma que los macro datos en la Administración deben acompañarse de algún género de garantías, toda vez que los datos interceptados con este tratamiento masivo y automatizado tiene un origen totalmente ajeno a la intervención administrativa (78).

No podemos estar de acuerdo con la postura adoptada por la Ley de Turismo de Cataluña, reformada en el año 2015, donde se enuncia expresamente que *«cuando se investiguen actividades o servicios de la sociedad de la información... la inspección debe emitir un informe de inspección que tendrá el mismo valor probatorio que los hechos constatados, contenidos o recogidos en las actas de inspección»* (79).

Tampoco debemos olvidar que si la Administración quisiera hacer uso de procedimientos de inspección automatizados en el ámbito del turismo, al ser una competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas, el legislador autonómico debería incorporar a la norma correspondiente lo establecido en la Ley 40/2015 relativo a los requerimientos sobre necesidad, determinación previa de los órganos actuantes, los competentes para la definición de las especificaciones, programación, control, etc., el órgano responsable a efectos de impugnación y la necesidad de la aprobación previa del sistema.

(78) VALERO TORRIJOS, J. (2013): «El Big data en las Administraciones Públicas: el difícil equilibrio entre eficacia de la actividad administrativa y garantía de los derechos de los ciudadanos», en AAVV, *Big data. Retos y oportunidades. Actas del IX Congreso Internacional Internet, Derecho y Política*. Universitat Oberta de Catalunya. Barcelona, 25 y 26 junio, p. 133.

(79) Así lo establece el art. 82 bis «El personal inspector puede emitir informes de inspección cuando sea adecuado por la naturaleza de los hechos a inspeccionar; en particular, cuando se investiguen actividades o servicios de la sociedad de la información, o cuando pueda frustrarse la finalidad de la actuación inspectora. Los hechos recogidos en los informes tienen el mismo valor probatorio que los hechos constatados, contenidos o recogidos en las actas de inspección», Ley 13/2002 de Turismo de Cataluña. Este artículo fue introducido por el art. 93.6 de Ley núm. 3/2015, de 11 de marzo.

En definitiva, parece que, para la consecución de la automatización total de la actividad turística inspectora en nuestro país, aún queda mucho por hacer. A la vista de las iniciativas que se han dado hasta ahora, realizadas fundamentalmente en el ámbito local (Barcelona y Valencia), resulta patente el gran interés de las Administraciones en montarse en el carro de la innovación tecnológica aplicando el *Big data* y el *web scraping* en las actividades de control sobre las VUT. No obstante, la sustitución de la actividad tradicional de inspección por la actividad automatizada no es algo que pueda hacerse sin una reflexión previa y, sobre todo, sin una adaptación del régimen jurídico aplicable, a la vista están las últimas sentencias de los Tribunales que anulan, insistentemente, sanciones impuestas a particulares a través de este sistema. También resulta de capital importancia el fomento de la colaboración voluntaria de las plataformas colaborativas con las administraciones con el fin de conseguir buenas sinergias de cara a la nueva realidad que es la ciudad inteligente.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- BARRIO ANDRÉS, M. (2018): *Internet de las cosas*, Madrid, Reus.
- BAUZÁ MARTORELL, F.J. (2017): «Big data y open data en la administración turística: acceso y reutilización de información», en *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 108.
- BENÍTEZ PALMA, E. y TERÉ PÉREZ, A. (2021): «Entusiasmo robótico y externalización», Universidad de Valencia, Cátedra Pagoda. Disponible en: <https://www.uv.es/catedra-pagoda/es/novedades-1286053802801/Novetat.html?id=1286186533916>.
- BLANQUER CRIADO, D. (2018): *La inspección (de actividades autorizadas o comunicadas)*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- (2006): *Hechos, ficciones, pruebas y presunciones en el Derecho administrativo «taking facts seriously»*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- BONELL COLMENERO, R. (2021): «Inteligencia artificial, análisis de datos e impacto en el sistema fiscal», en SERRANO ANTÓN, F. (Dir.), *Inteligencia artificial y Administración tributaria: eficiencia administrativa y defensa de los derechos de los contribuyentes*, Aranzadi.
- CERILLO I MARTÍNEZ, A. (2011): «La participación en los órganos colegiados en la administración en red», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 90.
- DELGADO GARCÍA, A. y OLIVER CUELLO, R. (2006): «Regulación de la informática decisional en la Administración electrónica», Congreso Tecnom@p Sevilla. Disponible: file:///C:/Users/UM/Downloads/regulacion_de_la_informatica.pdf.

- DÍAZ, F., *Web Scraping: qué es, legalidad, usos y el porqué de su valor diferencial*, Disponible en: <https://blog.datary.io/web-scraping-que-es-legalidad-usos-y-el-porque-de-su-valor-diferencial/>.
- EGGER, R., KRONER, M. Y STOCKL, A. (2022): «Web mining and data crawling», en Egger, R. (editor), *Applied Data Science in Tourism: Interdisciplinary Approaches, Methodologies and Applications*, Springer.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T.R. (2017): *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Civitas.
- GONGOSTRINA, A.L. (2017): «Los detectives cazapisos», El País, 14 agosto. https://elpais.com/ccaa/2017/08/13/catalunya/1502641240_848791.html.
- HURGO LORA A. y DÍAZ GONZÁLEZ, G. (2020): *La regulación de los algoritmos*, 1º ed., Pamplona, Aranzadi.
- IZQUIERDO-CARRASCO, M. (2022): «Actuaciones automatizadas en la sanción de irregularidades en el orden social», en COTINO HUESO, L. y TODOLÍ SIGNES, A., *Explotación y regulación del uso del big data e inteligencia artificial para los servicios públicos y la ciudad inteligente*, Tirant lo Blanch.
- MARTÍN DELGADO, I. (2009): «Naturaleza, concepto y régimen jurídico de la actuación administrativa automatizada», en *Revista de Administración Pública*, n. 180.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E. (2017): *Las garantías del interesado en el procedimiento administrativo electrónico: luces y sombras de las nuevas leyes 39 y 40/2015*, Tirant lo Blanch.
- PALOMAR OLMEDA, A. (2007): «El acto administrativo dictado sobre bases tecnológicas o informáticas y las pautas de su revisión jurisdiccional», en *Revista de Derecho vLex*, núm. 55, noviembre.
- PONCE SOLÉ, J. (2019): «Inteligencia artificial, Derecho administrativo y reserva de humanidad. Algoritmos y procedimiento administrativo tecnológico», en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 50.
- PORRAS, C. (2016): «Las Administraciones ponen coto a la economía clandestina», *Revista Hosteltur*, núm.34, abril.
- REBOLLO PUIG, M. (2013): «La Actividad Inspectora», en DÍEZ SÁNCHEZ, J.J., *La Función Inspectora*, INAP.
- TERRÓN SANTOS, D. (2022): *Administración inteligente y automática. Una visión más allá del algoritmo*, Colex.
- URIÓS APARISI, X. y ALAMILLO DOMINGO, I., *Los límites a la utilización del sello del órgano por parte de las Administraciones Públicas en la Ley 11/2007*. <https://docplayer.es/24585723-Los-limites-a-la-utilizacion-del-sello-de-organo-por-parte-de-las-administraciones-publicas-en-la-ley-11-2007.html>.

- VALERO TORRIJOS, J. (2007): El Régimen jurídico de la e-Administración. *El uso de los medios informáticos y telemáticos en el procedimiento administrativo común*, Comares.
- VALERO TORRIJOS, J. (2013): «El Big data en las Administraciones Públicas: el difícil equilibrio entre eficacia de la actividad administrativa y garantía de los derechos de los ciudadanos», en AAVV, *Big data. Retos y oportunidades. Actas del IX Congreso Internacional Internet, Derecho y Política*. Universitat Oberta de Catalunya. Barcelona, 25 y 26 junio.
- VEGA VICENTE, P. (2022): «La utilización del *big data* y la inteligencia artificial para la detención de ilícitos de competencia», en COTINO HUESO, L. y TODOLÍ SIGNES, A. (Coords.), *Explotación y regulación del uso del big data e inteligencia artificial para los servicios públicos y la ciudad inteligente*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- VELASCO RICO, C. (2022): «La actividad informal de la Administración. Premisas para una tentativa de reconstrucción de una categoría (casi) olvidada», en *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, núm. 5.

DEBATES

LA LIMITACIÓN DE PRECIOS PRIVADOS POR ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA. EL CASO DE LOS PRECIOS DE LOS ALQUILERES DE VIVIENDA MEDIANTE DECRETO-LEY (*)

FERNANDO GARCÍA RUBIO
Profesor titular de Derecho Administrativo
Universidad Rey Juan Carlos (Madrid) CEDAT

SUMARIO: I. DERECHO PRIVADO E INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA: 1. La intervención administrativa sobre el mercado. La supervisión y limitación del mercado. El caso de los precios. 2. La limitación de precios privados.– II. LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES COMO FUNCIÓN ADMINISTRATIVA: 1. Determinaciones generales. 2. La protección de los inquilinos orígenes históricos. 3. Fórmulas para su ejercicio en especial sobre la vivienda.– III. LA PROTECCIÓN DE LOS DESFAVORECIDOS EN SITUACIONES EXTRAORDINARIAS: 1. Fundamento. 2. El uso del Decreto-Ley en la materia. 3. La protección de los inquilinos tras el Covid y la guerra de Ucrania.– IV. LA INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA SOBRE LOS ALQUILERES DE VIVIENDA: 1. Los límites constitucionales. 2. La legislación dictada al respecto y su interpretación.– V. EXPERIENCIAS Y SOLUCIONES EN EL DERECHO COMPARADO.– VI. LOS INTENTOS DE LIMITAR LOS PRECIOS DE LOS ALQUILERES DE VIVIENDAS: 1. La política de suelo. 2. Congelaciones de rentas.– VII. REGULACIÓN ACTUAL ESTATAL Y AUTONÓMICA.– VIII. CONCLUSIONES.– IX. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: El presente trabajo pretende abordar, partiendo de la teoría general administrativa sobre intervención en la economía e intervención en los precios por parte de la administración, la capacidad del legislador y en concreto, el legislador de emergencia que es el gobierno, para en situaciones de crisis proceder a la protección de los más vulnerables en relación con los contratos de arrendamiento de vivienda. Analizándose en especial la inicialmente congelación de rentas por debajo de la inflación y de lo pactado en contrato establecidas por el Real Decreto-Ley, 11/2022, de 25 de junio para ello se estudia la doctrina, jurisprudencia constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así como el derecho comparado con respecto a estas materias de intervención administrativa en las relaciones arrendaticias de vivienda.

Palabras clave: intervención administrativa; precios; mercado; limitación; crisis; desfavorecidos; vivienda; protección; alquiler; Decreto-Ley; rentas; congelación; índice de competitividad; Tribunal Constitucional; Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA con fecha 17/10/2022 y evaluado favorablemente para su publicación el 16/11/2022.

ABSTRACT: *The present work aims to address, starting from the general administrative theory on intervention in the economy and intervention in prices by the administration, the capacity of the legislator and specifically the emergency legislator, which is the government, to proceed in crisis situations. to the protection of the most vulnerable in relation to housing lease contracts. Analyzing in particular the freezing of rents below inflation and what was agreed in the contract established by Royal Decree-Law, 11/2022, of June 25, for this, the doctrine, constitutional jurisprudence and the European Court of Human Rights are studied, as well as comparative law with respect to these matters of administrative intervention in housing rental relationships.*

Key words: administrative intervention; prices; market; limitation; crisis; disadvantage; living place; protection; rental; Decree-Law; rents; freezing; competitiveness index; Constitutional Court; European Court of Human Rights.

I. DERECHO PRIVADO E INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA

1. La intervención administrativa sobre el mercado. La supervisión y limitación del mercado. El caso de los precios

La tradicional división entre derecho público y derecho privado (1) y más concretamente, entre las disciplinas del derecho administrativo y los derechos civil y mercantil ha sufrido una serie de alteraciones y generación de zonas comunes desde la creación de los estados de bienestar y abandono del estado liberal basado en la máxima *laissez faire laissez passair*, que en España se concreta en la cláusula del estado social recogida en el artículo primero de la Constitución de 1978.

Así las cuestiones de derecho privado se solventaban entre particulares, con sus acuerdos y desacuerdos y en su caso ante los jueces ordinarios correspondientes, mientras que en materia de derecho público y singularmente administrativo se produce una intervención previa del poder público con sus potestades, que, aunque no está exento de una posterior fiscalización jurisdiccional, supone un punto de partida muy diferente.

La introducción primero del estado de bienestar y posteriormente de los controles y verificaciones administrativos derivados de la regulación económica actuando en la defensa del interés general en las relaciones particulares, ha generado un aumento de las anteriormente indicadas zonas comunes de ambos tipos de ordenamientos jurídicos.

Así, como acertadamente apunta ESTEVE PARDO (2), el derecho administrativo en esta nueva época debe transformarse desde un derecho garantista de

(1) Con alguna propuesta superadora de esta, y así VELASCO CABALLERO Francisco (2014).

(2) ESTEVE PARDO J (2007), p. 12, más desarrollado en ESTEVE PARDO (2015).

los particulares para equilibrar los poderes y privilegios de las AAPP, hacia un derecho garantista de los intereses generales frente a los poderes y capacidades que gozan algunos sujetos particulares (empresas y grandes corporaciones) sobre la ciudadanía en general.

Esto se manifiesta como un lógico criterio de aplicación de las funciones del Estado en defensa del interés general. Pero junto a esa fundamentación básica se requiere, para el desarrollo de este trabajo, de unas previas y necesarias reflexiones generales que enmarquen y justifiquen esa capacidad de intervención, en general sobre los precios y en particular sobre los fijados en los contratos de arrendamiento.

Así con carácter general debemos recordar que nos encontramos ante un marco comunitario y, tal y como apuntó BAUZA MARTORELL (3), en el aspecto concreto de intervención en los precios, desde que el 12 de junio de 1985 el Reino de España firmó el Tratado de Adhesión a la Comunidad Económica Europea, comprometiéndose a la supresión progresiva de los monopolios de carácter comercial, se produce una nueva era en materia de la intervención administrativa, lo cual en el tema que nos ocupa cristalizó en el celeberrimo RD-Ley Boyer, 2/1985, de 30 de abril, sobre Medidas de Política Económica.

Este hecho iba a tener una indudable trascendencia por cuanto se pasó de un régimen de monopolios económicos del Estado y un sistema de protección de las rentas a favor de los inquilinos, a un sistema liberalizado de precios y con un cambio en el papel de la administración.

El resultado de este proceso de adelgazamiento del Estado es variado destacando la privatización de los grandes servicios públicos, al decir de ARIÑO ORTIZ (4), se traduce (en teoría y pese a la experiencia contraria de la crisis financiera 2007-2013) en la regulación de las actividades privatizadas. Dicho de otra forma, a la desregulación se debe acompañar de una mayor regulación, toda vez que las actividades tradicionalmente desarrolladas por el Estado, consideradas de interés general, pueden prestarse por personas privadas, de ahí que haya que dictar nuevas normas para regular la prestación privada de servicios hasta entonces estrictamente públicos. De hecho, hay quien, como MUÑOZ MACHADO (5), considera que todo el derecho administrativo debe girar en torno a la regulación.

En este punto resulta obligado traer a colación la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, principio que la Constitución Española contempla en su art. 38, que se traduce en las economías competitivas que imponen el cumplimiento de principios que recoge el TUE: prohibición de prác-

(3) BAUZA MARTORELL Felio (2014), pp. 275-288.

(4) ARIÑO ORTIZ Gaspar (2003), pp. 3-18.

(5) MUÑOZ MACHADO Santiago (2010) pp. 15 a 244.

ticas colusorias, de abuso de posición dominante, de concentraciones capaces de disminuir la competencia (6), etc. En otro orden de cosas la supresión de los monopolios públicos no puede conllevar la creación de monopolios privados, ni tampoco prácticas oligopolistas. En virtud de ello se debe prevenir prácticas monopolísticas en precios, así como evitar abusos a los consumidores.

De ahí que entre en escena el régimen jurídico de la protección de consumidores y usuarios previsto en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios (y las diferentes leyes de las CCAA) y otras leyes complementarias, y muy especialmente el derecho de la competencia, residenciado en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

De entre todas las materias que afectan a las prácticas empresariales sobre los consumidores los precios tienen una importancia capital en el tráfico jurídico, económico y comercial. Un precio descontrolado afecta a la línea de flotación de la inflación, que se traduce invariablemente en la pérdida de poder adquisitivo. Igualmente cumple la función de regular el consumo de un bien, evitando excesos en los productos escasos (agua, energía, etc.) o daños al medio ambiente (vertidos, tala de árboles), y procurando un suministro estable. Desde la variable microeconómica el precio debe ser acorde con los costes de producción, extremo que afecta al beneficio industrial, de manera que en aquellos casos en que este último se encuentre limitado, el precio se convierte en un incentivo a la eficiencia y a la productividad.

Podemos afirmar con BAUZA (7), que el precio cumple una función de distribución de la riqueza, función que corresponde al poder y que, de conformidad con el art. 128 CE, se encuentra sometida al interés general y, por ende, es susceptible de intervención. Refiriéndose a la regulación de precios y tarifas, el profesor TORNOS MÁZ distingue entre la potestad tributaria, la potestad tarifaria, los precios regulados y la potestad de ordenación económica (8).

Cabe recordar que los precios regulados constituyen precios privados intervenidos, como es el caso de los medicamentos, que —en aplicación de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento— limitan el precio industrial o de fabricación y el precio de distribución o dispensación. Además, las sucesivas crisis, sanitaria por el Covid-19 y energética por la guerra de

(6) Al respecto *vid.* DEMESETZ Harold (1986).

(7) BAUZA MARTORELL, *op. cit.*, p. 280.

(8) Cuestión está que tras larga polémica ha finiquitado la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público. De hecho en la primera se incluyen las tasas, que —en tanto que tributos— se ingresan en el tesoro público correspondiente. Por su parte las tarifas se conciben como un ingreso de Derecho privado que pasan a engrosar la cuenta de explotación de un concesionario prestador de un servicio.

Ucrania, han supuesto intervenciones de precios en casos como las mascarillas o el gas.

En cualquier caso, la potestad de ordenación económica deriva del art. 149.1. 13º CE y la jurisprudencia es constante a la hora de distinguir entre la potestad tarifaria y la de ordenación de precios. Por todas, la STS de 2 de marzo de 2004 (Sala Tercera, Sección 2ª) señala que *«el Tribunal Supremo tiene reiteradamente declarado que “potestad tarifaria” y “potestad de ordenación de precios” tienen fundamentos jurídicos y finalidades diversas, pues la primera se atribuye al titular del servicio y, si la segunda, asumida generalmente hoy por las Comunidades Autónomas, puede condicionar el ejercicio de la primera, limitando los incrementos de tarifas en razón del interés público por contener la inflación, ambas potestades no se confunden, ni puede “utilizarse una con los fines de la otra, sin incurrir en desviación de poder”»*.

En derecho histórico reciente la intervención de precios se regulaba en la Ley 48/1966, de 23 de julio, que atribuía la potestad a los Gobernadores Civiles, previo informe de la Comisión Provincial de Servicios Técnicos. Los Decretos Leyes 12/1973, de 30 de noviembre, de Medidas coyunturales de política económica, y 6/1974, de 27 de noviembre, por el que se instrumentan medidas frente a la coyuntura económica, distinguen entre los precios autorizados y los precios de vigilancia. El Decreto 3477/1974, de 20 de diciembre, reformado por el Real Decreto 2226/1977, de 27 de agosto, diseña un procedimiento en virtud del cual la Corporación Local eleva informe al Gobernador Civil. Por último, el Real Decreto 2695/1977, de 28 de octubre, distingue entre precios autorizados, precios comunicados y precios libres.

En concreto, de forma tradicional la intervención administrativa en materia de precios se proyecta en una doble vertiente, ya sea a través de la autorización de los mismos, o bien como toma de razón de cualquier variación, siempre bajo la supervisión continua del órgano competente en materia de Comercio Interior, en base al art. 16.6 del Real Decreto Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre Medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica, así como en la Orden de 26 de febrero de 1993, por la que se modifica el régimen de precios de determinados bienes y servicios. Ambas normas se complementan con el Real Decreto 2695/1977, de 28 de octubre, sobre normativa en materia de precios, y todo ello sin perjuicio de normativa sectorial.

Pero tras la incorporación a la UE y la Directiva Bolkestein se produjo una nueva fórmula de regular, que vino a establecer la indicada Directiva, que según COSCULLUELA MONTANER (9), obedece a los principios de supresión, como regla general, de todas las autorizaciones que impliquen un control a priori de la actividad privada a realizar y por tanto de sus precios.

(9) COSCULLUELA MONTANER, Luis (2016), p. 109.

A partir de este momento se extiende el recurso a la supervisión en la legislación de sectores objeto de liberalización «regulada» (10) y posteriormente y con el «cajón de sastre» que supuso la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible, que atribuyó a tal efecto, entre otras, las funciones de supervisión, inspección y sanción (art. 48) a los organismos «reguladores». A partir de este momento, al propio tiempo que continúa su incorporación a la legislación sectorial (es el caso, por ejemplo, de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del sector eléctrico, que establece el deber de las empresas transportistas y distribuidoras [arts. 36 y 40] de suministrar información a la Administración a los efectos justamente de posibilitar el ejercicio por ésta de su función de supervisión y control).

La indicada función supervisora acaba generalizándose por la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad del mercado, al menos para las actividades económicas, al servicio de la expresada garantía y a la luz de la experiencia de la trasposición de la Directiva Bolkestein de 2006 y, en particular, la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, circunscrita a los servicios. Unificándose la mayoría de estos por la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, que agrupa en aquélla las funciones relativas al correcto funcionamiento de los mercados y sectores supervisados y le asigna, entre otras y para garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos.

Es en este marco donde se debe desenvolver el sistema de intervención administrativa de los precios, que exigirá de una norma con rango legal para cualquier limitación de estos en el ámbito privado, puesto que incide en los aspectos de economía de mercado y derecho de propiedad recogidos en los artículos 38 y 33 la Constitución.

Pese a ello, aun cuando quede constatada la necesidad real de instaurar un sistema de control preventivo, éste no debe suponer un obstáculo para la competencia, ni ir más allá de lo indispensable para alcanzar los objetivos de interés general.

(10) Así la Ley 32/2003, de 3 de noviembre General de Telecomunicaciones, el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, que, con 108 referencias a la supervisión (bajo la fórmula «ordenación y supervisión» y a veces también de «control y supervisión»), destaca igualmente la incidencia del Derecho comunitario, y la Ley 1/2011, de 4 de marzo, por la que se establece el programa estatal de seguridad operacional para la aviación civil y se modifica la Ley 21/2003, de 7 de julio, de seguridad aérea, que responde a directrices de la Unión Europea y contiene 47 menciones a la supervisión, a pesar de que la mencionada Ley 21/2003 hablaba aún de ordenación, vigilancia y control y se centraba en la potenciación de la inspección y sanción por las autoridades que ahora se califican, sin embargo, de supervisión.

Esta respuesta de referencia al marco comunitario de carácter jurídico, debe complementarse necesariamente en el caso de la vivienda, con la concepción de esta como un derecho fundamental por parte de la doctrina (11), en desarrollo del artículo 47 de la Carta Magna, y con matices por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre esta materia, que es prolija al respecto.

No obstante la ubicación sistemática del art 47 CE supone que la interpretación tradicional del «derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada» establecido en el art. 47 CE como un «simple» principio rector de la política social y económica, en los términos del art. 53.3 CE, implica que el mismo sólo impone una actuación positiva de todos los poderes públicos con competencias en la materia para concretar su contenido prestacional.

Y así la Sentencia del Tribunal Constitucional 32/2019 (12), donde se afirma que *«el art. 47 CE no garantiza un derecho fundamental sino que enuncia un principio rector de la política social y económica, una directriz constitucional dirigida a los poderes públicos, la regulación controvertida no puede en ningún caso contravenir el mandato del art. 10.2 CE de interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce (esto es, los contenidos en los arts. 14 a 29, más la objeción de conciencia del art. 30.2) de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España»*.

En este ámbito se desenvuelve el derecho a la vivienda , que a fechas de la realización de este trabajo es objeto de un proyecto de ley (nota a pie), paralizado durante meses en la comisión correspondiente del Congreso por la falta de acuerdo en las enmiendas , entre los diferentes grupos que apoyan al Gobierno (13).

(11) El TJUE ha llegado a reconocer de forma expresa que el derecho de vivienda es un derecho fundamental (Sentencia de 10 de septiembre de 2014, Asunto C-34/13 Así LÓPEZ RAMÓN F lo califica como un derecho subjetivo (2014), pp. 49-91 y también LÓPEZ RAMÓN, F. (2020)., 297-308., por su parte VAQUER CABALLERÍA (2015), pp. 121-154. se refiere a la necesidad de que la normativa diferencia distintas características en función de las condiciones físicas del sujeto (si se trata de personas dependientes o con movilidad reducida). Más intenso en sus planteamientos, PONCE SOLÉ, Juli, en Juli PONCE SOLÉ, Wellington MIGLIARI y Oscar CAPDEFERRO VILLAGRASA (2019), y en menor medida GIREU FONT, Judith (2020). Por otro lado, GONZÁLEZ PÉREZ J. (2008), p. 21, recuerda el reconocimiento en la Declaración Universal de Derechos Humanos artículo 25.1 y en términos análogos en el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado que le asegure la vivienda.

(12) ECLI:ES:TC: 2019: 32.

(13) *Boletín oficial de las Cortes generales* (Congreso de los diputados) de 18 de febrero de 2022, Núm. 89-1.

En el marco comunitario descrito, la limitación administrativa de precios privados no puede ejercitarse mediante un régimen de autorización administrativa previa, aunque si debe basarse en reglas conocidas de antemano, objetivas, proporcionadas y no discriminatorias. En ningún caso, un régimen de control preventivo puede legitimar un comportamiento discrecional de las autoridades nacionales. Se trata de que los mecanismos de control que pretenda adoptar el poder público nacional, cuando incluyen medidas que afectan a las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado, estén amparados en una razón de interés general. Junto a esta causa de justificación, deben estar presentes el resto de los requisitos-competencia, ni ir más allá de lo indispensable para alcanzar los objetivos de interés general.

Existen unas garantías irrenunciables que debe respetar este régimen de intervención pública preventivo basado en la concurrencia de alguna de las causas estudiadas, para no vulnerar los intereses privados protegidos por el ordenamiento jurídico europeo y nacional.

Básicamente la fijación *ex ante*, de manera objetiva e individualizada y que respete el principio de proporcionalidad. Dentro de todo el conjunto de garantías del ordenamiento jurídico aquí nos interesa poner cierto énfasis en el de la seguridad jurídica, que cobra protagonismo especial cuando se trata de analizar la composición de los intereses públicos y privados concurrentes.

Se trata de un principio del Derecho que es indispensable para no desincentivar aquellas decisiones de los operadores privados que acarrear inversiones de cuantías económicas (caso en vivienda del régimen específico de los «grandes tenedores»). Resulta un incentivo para los operadores el hecho de que puedan acogerse a una regulación objetiva, predeterminada, clara y proporcionada, en la que los requisitos que deben reunir para entrar (o salir) en un mercado sean transparentes, reconocibles de antemano y proporcionados. Conocer previamente las reglas del juego y saber a qué atenerse es fundamental.

Las cargas establecidas conforme a criterios objetivos y justificados, que se aplican de manera no discriminatoria y reglada a todos los operadores de un sector garantizan la transparencia y la seguridad jurídica.

Estas circunstancias generales de intervención económica deben hacernos recapacitar sobre la limitación de precios como sistema de intervención administrativa, puesto que partiendo del derecho comunitario y del principio de libertad de empresa del artículo 38 CE, estos deberán tener un carácter excepcional y basados en el interés general.

2. La limitación de precios privados

Con carácter general el sistema de precios sigue las reglas de la economía de mercado en los términos de la libre oferta y demanda recogida por Adam

SMITH, sin perjuicio de las funciones de las AAPP en materia de defensa de la competencia (14), que garanticen las prácticas evasivas del libre juego de la oferta y la demanda.

El precio constituye un elemento capital en el funcionamiento del mercado y viene definido gráficamente por la intersección de las curvas de la oferta y la demanda; dicho de otra manera, los precios de los bienes y servicios se forman de manera competitiva y cuando el precio se encuentra intervenido aparece la Administración y el Derecho como límite de esa capacidad libre de fijación.

La intervención de precios debe interpretarse restrictivamente en nuestro ordenamiento jurídico, por cuanto el art. 38 CE contempla la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. La jurisprudencia constitucional ha definido la libertad de mercado como la facultad «no sólo para crear empresas y, por tanto, actuar en el mercado, sino también para establecer los propios objetivos de la empresa y dirigir y planificar su actividad en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado» (STC 225/1993).

En nuestra doctrina SORIANO GARCÍA (15) define el libre mercado como «la institución en la que los agentes pueden entrar, permanecer y salir libremente en el intercambio de bienes y servicios». En esa confluencia entre mercado, Derecho y Estado la libertad de mercado se protege con un régimen garante para los consumidores y usuarios (La Ley 7/1998, de Condiciones Generales de la Contratación, y el Texto Refundido de la Ley de consumidores y usuarios) Una vez extinguida la Junta Superior de Precios por el art., 16 del Real Decreto Ley 7/1996, sus funciones para los precios autorizados quedan asumidas por la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia del Ministerio de Economía. Las competencias de la suprimida Junta Superior de Precios para desarrollar y mantener la información que permita el seguimiento permanente de los precios de los principales bienes y servicios en sus distintos niveles de comercialización quedan asumidas por la Dirección General de Comercio Interior.

Ahora bien, el Real Decreto-Ley 7/1996, anteriormente citado, estableció unas excepciones a la libertad de fijación de precios, que sin perjuicio de sus modificaciones en base a la normativa sectorial liberalizadora distingue entre precios autorizados (16) y precios que deben comunicarse. Pero debe-

(14) SORIANO GARCÍA, J. E (2009), p. 51.

(15) Al respecto *vid.* SORIANO GARCÍA, José Eugenio (1998).

(16) Por lo que se refiere a los denominados precios autorizados el Anexo 1 del Real Decreto Ley 7/1996 enumera la relación de precios que deben ser autorizados en ámbito nacional, a saber: 1. Electricidad, 2. Gas canalizado para usos domésticos y comerciales, 3. Gases licuados del petróleo (costes de comercialización Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, 4. Especialidades farmacéuticas, excepto las publicitarias, 5. Productos postales y telegráficos básicos, 6. Tarifas telefónicas y los servicios de telecomunicaciones

mos destacar que en ninguna de esas categorías se recogen los alquileres de vivienda (17).

A su vez, por Orden Ministerial también se reducían los 19 precios autorizados de ámbito nacional que contemplaba el Real Decreto 2695/1977 (18) y los precios autorizados de ámbito provincial (19), que quedaron sin efecto con la entrada en vigor de la Orden de 26 de febrero de 1993.

Por su parte la aprobación de los precios autorizados de ámbito autonómico contemplados en el Anexo 2 corresponde a las Comisiones Autonómicas y Provinciales de Precios (art. 16.4 RD-Ley 7/1996). Por lo que concierne a los criterios que fundamentan y justifican las modificaciones de precios, el art. 16.2 del mismo texto legal enumera la evolución de los costes del sector y las ganancias de productividad, en el marco del establecimiento de crecimientos máximos de los precios sectoriales, formulados en términos de variaciones del IPC minoradas en determinados porcentajes. De la misma manera permite que excepcionalmente puedan utilizarse técnicas alternativas, siempre que se justifiquen con carácter previo ante el órgano competente para informar las modificaciones de precios.

En este sentido la STS de 20 de abril de 2004 admite una limitación del principio de libertad de empresa como consecuencia de la intervención en

determinados por la normativa del sector, 7. Transporte público regular de viajeros por carretera y 8. Tarifas de RENFE de transporte de viajeros de cercanías y regional, salvo disposición en contra en el contrato-programa vigente entre el Estado y RENFE.

(17) La relación de precios autorizados tiene carácter restrictivo, de manera que —a tenor del art. 16.3 del RD-Ley— se declararon expresamente liberalizados los precios autorizados de ámbito nacional no incluidos en su Anexo, que —de conformidad con el Anexo I de la Orden de 26 de febrero de 1993— eran —junto a los anteriores— los seguros agrarios y el transporte público de mercancías por carretera.

Por su parte el Anexo 2 del Real Decreto Ley 7/1996 enumera los precios autorizados de ámbito autonómico que son el agua de abastecimiento a poblaciones, el transporte urbano de viajeros, las compañías ferroviarias de ámbito autonómico y el agua de regadío en las Islas canarias, no recogiendo igualmente los alquileres de vivienda .

Respecto al procedimiento el art. 16.7 del Real Decreto Ley 7/1996, en consonancia con el art. 10 del Real Decreto 2695/1977, atribuye la competencia para autorizar tanto el establecimiento como la variación de tales precios a la Comisión.

(18) Que eran, junto a los anteriores, la leche pasteurizada, azúcar, aceites de soja, pan común y especial, fertilizantes y sus materias primas, hulla, lignito y antracitas destinados a centrales térmicas, enseñanzas subvencionadas, transporte marítimo (con exclusión de la carga general de cabotaje), transporte aéreo nacional de pasajeros, así como las tarifas de agua para regadío no establecidas por las Confederaciones Hidrográficas de ámbito supra provincial, posteriormente en buena medida liberalizados.

(19) El Anexo 3 del Real Decreto 2695/1977 contemplaba en esta relación la leche fresca, el agua (abastecimiento a poblaciones), clínicas, sanatorios, hospitales y sociedades médicas, metro, autobuses y trolebuses urbanos, taxis y gran turismo, ferrocarriles de ámbito local y provincial (excepto FEVE), así como las tarifas de agua para regadío de ámbito provincial no establecidas por las Confederaciones Hidrográficas.

materia de precios. Así y refiriéndose a los precios de los gasóleos señala que *«atribuida por la Ley a la Administración la potestad de establecer un sistema de determinación automática de precios máximos de los GLP, no puede hablarse, en primer término, de una lesión al derecho de libertad de empresa, pues este derecho puede ser delimitado de acuerdo con las exigencias de la economía general, como el propio art. 38 de la Constitución se preocupa de señalar; y estas exigencias imponían asegurar que la mejora en la gestión económica de las empresas se traslada al usuario final con el fin de conseguir unos precios lo más bajos posible»*. Es más, esta Sentencia llega a admitir que la variación de precios por parte de la Administración forma parte del riesgo y ventura del empresario: *«la empresa debe prevenir dentro de su estrategia comercial las variaciones que se produzcan en el mercado mediante mecanismos de prevención de riesgos ya sean internos o externos, y dentro de esas previsiones debe contar con los cambios que la Administración pueda introducir en la fijación de los precios de acuerdo con la Ley»*.

Por tanto podemos concluir en este aspecto que las administraciones pueden intervenir en materia de precios, siempre con la habilitación legal de forma expresa, puesto que la cláusula del Estado social del artículo 1º, en relación con la economía social de mercado, de la Constitución española, permite en defensa del interés general (arts. 103.1 y 128 CE) intervenir a las AAPP, en los términos que la ley determiné, puesto que el mercado no es un bien absoluto, sino que puede someterse a intervención en defensa del interés general.

II. LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES COMO FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

1. Determinaciones generales

Uno de las primeras líneas argumentales para realizar cualquier intervención en materia de precios es la defensa de los Consumidores y Usuarios y por tanto es necesario, con carácter previo al análisis previo de la institución y sus repercusiones en el mercado de vivienda, un somero repaso a esa habilitación.

Así en esa materia conforme al Principio de atribución (art. 5.1 del Tratado de la Unión Europea (TUE), el art. 4.2. f) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), prevé la competencia compartida entre la Unión Europea (UE) y los Estados miembros, en el ámbito de la protección de los consumidores.

En concreto debe recordarse que el art. 169.1 TFUE, prevé, asimismo, la promoción por parte de la UE, de un alto nivel de protección a intereses de los consumidores, especialmente en los ámbitos de: protección de la salud, la seguridad e intereses económicos; garantizando su derecho a la información, a la educación y a organizarse para salvaguardar sus intereses; y ello sin perjuicio de que los Estados miembros puedan adoptar medidas de mayor protección.

Al tratarse de una competencia compartida, tal y como apunta CAMPOY MIÑARRO (20), no existen dos «sistemas jurídicos» —derecho interno y derecho de la Unión Europea—, sino un único y mismo sistema jurídico integrado; de modo que el derecho interno debe adaptarse y ser conforme al Derecho de la Unión Europea.

El art. 6.1 del TUE, dispone que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000 (en adelante CDFUE), tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, tiene el valor jurídico de Tratado de la UE.

La CDFUE reconoce que «En las políticas de la Unión se garantizará un nivel elevado de protección de los consumidores» (art. 39). El art. 47 CDF reconoce el Derecho a la Tutela Judicial Efectiva, a «*toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados*». La indicada CDFUE precisa que las disposiciones contenidas en la misma, están dirigidas 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; debiendo respetar los derechos, observar los principios y promover su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que los Tratados atribuyen a la Unión (arts. 51 y 52.5 CDFUE). En caso de duda sobre la contradicción del derecho interno con las disposiciones contenidas en la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, se puede plantear una Cuestión Prejudicial Interpretativa ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (art. 267 TFUE).

En cualquier caso, el art 51.1 de la Constitución Española (CE), encomienda a los poderes públicos garantizar la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos. Ello lo hace la CE en el marco de los Principios rectores de la política social y económica (Capítulo III del Título I); por lo que, conforme al art. 53.3 CE, su reconocimiento, respeto y protección, debe de informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos; pudiendo solamente ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen. circunstancia esta que tiene el mismo rango jurídico que el derecho a una vivienda previsto en el artículo 47 CE.

Por otra parte, el art. 9.1 CE resalta el carácter normativo de los preceptos constitucionales, afirmando taxativamente que los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.

(20) CAMPOY MIÑARRO Manuel (2017).

Por tanto mediante Ley formal es perfectamente posible que los estados miembros articulen fórmulas de limitación de precios, interviniendo en el mercado, con los solos límites de los derechos reconocidos en la Constitución, para proteger a los consumidores, pero esa posibilidad no es omnímoda y debemos plantearnos ¿es aplicable a la limitación de los alquileres en materia de vivienda?

2. La protección de los inquilinos, orígenes históricos

Tal y como destaca GIFREU (21), existen referencias respecto del control de los alquileres desde el siglo XVI. En 1564, se intentó por primera vez aplicar la congelación de rentas de alquiler para hacer frente a situaciones abusivas de los propietarios que habría comportado un fuerte incremento de rentas (entre 1535 y 1575 se incrementaron en un 318%) (22). Posteriormente, Carlos II por Auto de 8 de mayo de 1680 dio garantías a los propietarios, limitando la prórroga legal y estableciendo la revisión de las rentas cada cuatro años. Carlos IV, por medio de Consulta y Auto del Consejo de 31 de julio de 1792 volvió a imponer la prórroga forzosa y además reconoció la sucesión arrendaticia a favor de la viuda y los hijos durante la prórroga del contrato. Aumentó la revisión del contrato a 10 años, prohibió el subarrendamiento o el traspaso inconstituido, y además estableció que sancionaría a los propietarios con más de una vivienda sin habitar. Por primera vez se introdujo la necesidad de vivienda del propietario como causa de resolución de la prórroga del contrato de arrendamiento. Ante los excesos de proteccionismo del arrendatario, y con la entrada del período liberal que proclama el derecho de la propiedad privada, se regula la Ley de 9 de abril de 1842 que reconoce la libertad contractual, estableciendo la libertad de pacto entre las partes respecto a la duración y la renta.

En dicho periodo liberal, la conceptualización de los contratos y la propiedad provocó que la normativa sobre arrendamientos fuera mínima. La indicada Ley de 9 de abril de 1842, expresa en su artículo primero que: «*Los dueños de las casas y otros edificios urbanos, [...] podrán arrendarlos libremente desde la promulgación de esta ley, arreglando y estableciendo con los arrendatarios los pactos y condiciones que les parecieran convenientes, los cuales serán cumplidos y observados a la letra*».

Esta situación se mantuvo hasta el año 1920. Sería preciso destacar, en 1853, la Real Orden de 9 de septiembre (23), destinada precisamente a los Gobernadores de Madrid y Barcelona, se les conminaba para que procuraran que los ayuntamientos de sus capitales se ocupasen con toda preferencia en

(21) GIFREU FONT, *op. cit.*, p. 790.

(22) COTORRUELO, Agustín (1960: 45), citado por VAN HALEN RODRÍGUEZ, Juan (2016: 65).

(23) *Gaceta de Madrid*, de 13 de septiembre de 1853, núm. 256, p. 2.

edificar habitaciones para pobres, exponiendo además que *«el alquiler de las habitaciones que se han de ceder a la clase necesitada precisamente, empezando desde el precio mínimo posible, no ha de exceder bajo ningún concepto de 120 reales mensuales; debiendo haber en cada casa cuartos de todos valores, a tenor de esa escala, y al menos dos terceras partes de los que se justiprecien dentro de los precios ínfimos»*. Esa medida, *«respondía a la entidad y alcance del problema que había generado la liberación de rentas y contratos promulgada en 1842»*.

El incremento de los alquileres en todo el quinquenio 1915-1920, que se produjo como consecuencia de la Primera Guerra Mundial, generó una nueva corriente que se inició en 1919 (año de la constitucionalización en Weimar de la función social de la propiedad) en la forma de interpretar el derecho a la propiedad, la movilización social, y la presión que ejerció la modificación en muchos países europeos de la legislación sobre arrendamientos urbanos que tendieron a congelar las rentas a niveles de preguerra, lo cual en España propició el Real Decreto de 21 de junio de 1920, conocido como Decreto Bugallal (por haber sido impulsado por el entonces Ministro de Justicia Gabino Bugallal), que instauró la prórroga obligatoria en los contratos de alquiler y una limitación de la subida de los alquileres a los niveles del año 1914.

Algunos vaivenes se produjeron con Primo de Rivera (concesión a los arrendadores de la facultad de subir el 10% a los contratos de más de 5 años), con la República (las prórrogas se convirtieron en indefinidas hasta clarificar la legislación, cuestión que no se produjo) y con la Guerra Civil, en la que se aprobaron medidas diferentes según los bandos, pero tendentes a reducir el importe del alquiler y, en todo caso, no se autorizó el incremento de los alquileres, en un periodo de alta inflación (24).

En todo caso, la congelación de rentas, iniciada en 1920, quedó definitivamente fijada en la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1946, de 31 de diciembre. En 1955, la Ley de 22 de diciembre que modifica la ley de arrendamientos urbanos, reconoce los efectos perniciosos de la congelación y la prórroga de los contratos, pero ni esta ley, ni la de 1964, contienen las medidas necesarias para revertir el conjunto de la situación, pues aun introduciendo características de liberalización, éstas tienen un efecto residual en el mercado (25).

El Real Decreto-Ley 2/1985, recogió los preceptos necesarios para quebrar la tendencia que se había iniciado en 1920, tanto desde el punto de vista de la prórroga forzosa. Eran contratos con libertad de establecimiento, tanto de precio como del periodo de arrendamiento. La Ley 29/1994, de

(24) VAN HALEN, J. (2016), pp. 66-69.

(25) Tal y como se constata de la necesidad apreciada entre la doctrina, y así VILLAR EZCURRA, José Luis (1980), pp. 343 a 427.

24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, puso orden a la variedad de tipología de contratos que acabó conviviendo en el mercado, ya que, aunque la norma de 1985 rompió con la tendencia de disminución de los contratos de alquiler, acabó comportando un incremento del importe de los alquileres, y la realización de contratos de arrendamiento de corta duración. La Ley de 1994, como cita VAN HALEN, es una cierta marcha atrás, imponiendo un nuevo contrato por un periodo temporal de cinco años, y la fijación del incremento de las rentas anuales durante la duración del contrato de acuerdo con el índice de precios al consumo (IPC). Es en este marco, que TRILLA destaca «los países como España, donde el control de alquileres se ha mantenido hasta el año 1985 (uno de los más tardíos de Europa), son los que más vivienda de alquiler privado han perdido» (26).

La liberación de precios, y la disminución de la temporalidad de la contratación, volvió con la Ley 4/2013, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, que se promulga en plena crisis hipotecaria, muy probablemente con el objetivo de poder poner en régimen de alquiler, de forma temporal, una serie de viviendas recuperadas de promotores y familias, por parte del sector financiero, y facilitar en el corto plazo las futuras transacciones de los paquetes inmobiliarios que a consecuencia de los excesos se quedaban dichas entidades, sus filiales inmobiliarias, fondos de inversión y la SAREB. Así pues, un nuevo vaivén, pues se liberalizó la revisión de rentas, y se redujo el período mínimo de contrato de cinco a tres años (27).

Con el cambio de gobierno propiciado por la moción de censura de junio de 2018, se introdujo una nueva filosofía de intervención en el mercado de la vivienda, que junto con una legislación de la Comunidad Autónoma catalana y unos Decretos-leyes estatales, supusieron, antes de las crisis derivadas del COVID-19 y de la guerra de Ucrania, un nuevo prisma de carácter intervencionista en defensa del derecho a la vivienda y con limitaciones al propietario de las mismas.

Cabe recordar que el derecho de propiedad, sobre todo tipo de bienes, puede ser objeto de delimitaciones legislativas que impongan deberes de actuación o restricciones a su libre disposición o disfrute, por medio de las cuales se haga efectiva su función social (art. 33.2 CE y STC 37/1987). Esta delimitación puede extenderse al régimen de aprovechamiento de las viviendas por medio de contratos de arrendamiento, aunque recordando que el art. 47 CE es un principio rector de la política social y económica que mandata a las AAPP, pero que no establece, *per se*, un a obligación a los propietarios. Así lo ha confirmado el Tribunal Constitucional, en relación con los derechos de subrogación (STC 222/1992, de 11 de diciembre) y con las prórrogas forzo-

(26) TRILLA (2001), p. 115.

(27) Al respecto, PÉREZ CONESA (2013).

sas (STC 89/1994, de 17 de marzo), regulados en la Ley de arrendamientos urbanos de 1964, los cuales, según palabras del mismo tribunal, constituyen afectaciones al derecho del arrendador susceptibles de fundamentación (sobrevenida) en la función social de la propiedad.

Si bien es cierto que con anterioridad el estallido del COVID se produjeron algunos intentos de intervención administrativa del mercado de vivienda (que posteriormente desarrollaremos), lo cierto es que la eclosión de los mismos vino de la mano de esa situación extraordinaria, por lo que es imprescindible analizar las circunstancias vinculadas a esa legislación de emergencia, que posteriormente abordaremos.

3. Fórmulas para su ejercicio en especial sobre la vivienda

Retomando el actual momento jurídico sobre intervención de precios en general y en viviendas en particular, debemos señalar que la aprobación de la ley correspondiente debe igualmente sujetarse a la distribución constitucional de competencias en los aspectos legislativos. Teniendo en cuenta que buena parte de los sectores sobre los que puede actuarse, son de clara competencia autonómica, como es el caso que no se ocupa de la vivienda, atribuida como competencia exclusiva a las diferentes CCAA desde los primeros estatutos de autonomía.

No obstante, en los aspectos de limitación de precios arrendaticios, la determinación competencial para la aprobación de la Ley la ostenta el Estado a través de las Cortes generales, toda vez que la regulación del estatuto de la propiedad inmobiliaria corresponde, tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional en su STC 61/1997, de 20 de marzo, a este, teniendo en cuenta las estipulaciones del art 149.1. 8ª (28).

En ese aspecto las determinaciones concretas sobre vivienda pueden sufrir, junto al régimen del Estatuto de la propiedad inmobiliaria, otro tipo de concurrencias competenciales, cómo es la regulación de los arrendamientos, incorporada en la competencia general sobre contratos y por tanto excluida de la legislación foral de carácter civil.

Por otra parte, este tipo de negocios jurídicos implica la suscripción de contratos con la asunción de obligaciones bilaterales, lo que genera en buena lógica sometiéndose al tráfico jurídico, un régimen que en uso de la libre voluntad de las partes debe ajustarse a las determinaciones clásicas del art 1254 del Código civil.

El derecho de contratos, en general, partiendo de sus orígenes en las instituciones del Derecho Romano, es un derecho esencialmente formalista,

(28) Al respecto, CARRASCO PERERA, Ángel, 1999, pp. 87 a 126.

en tanto en cuanto cualquier contrato exige una mínima forma, y así, aunque admitiéndose la contratación verbal en algunos ámbitos, ésta también exige unas formalidades en cuanto a aceptación de las condiciones, pago del precio, etc. Estas formalidades se ven incrementadas en algunos aspectos en el Derecho general de contratos civil, como en algunos aspectos de la contratación sobre bienes inmuebles que exige documento público para su formalización y en el ámbito de los contratos del sector público, esta formalización es un requisito indispensable, aunque sea en supuestos de emergencia, de los previstos por la legislación de contratos del sector público, actualmente la ley 9/2017.

Por tanto, los arrendamientos de viviendas deben suscribirse a través del correspondiente contrato, que a su vez se rige por el principio de seguridad jurídica, exigiéndose para los de más de 5 años su inscripción en el registro de la propiedad y por tanto su suscripción mediante escritura pública. En ese sentido, es indispensable destacar que para que se perfeccionen los contratos, éstos deben ser formalizados (29), puesto que la realización de un contrato en este sector es un requisito esencial.

En cualquier caso el Tribunal constitucional ha dejado claro que la competencia es estatal (STC 57/2022 y STC 175/2022), pese a la contumacia de la regulación de esta cuestión por la Comunidad catalana.

La STC 132/2019, de 13 de noviembre, permite extender la competencia de las Comunidades que pueden legislar en materia civil a instituciones civiles no preexistentes en el ordenamiento respectivo, siempre que tengan alguna conexión con él, pero advierte también de la necesidad de respetar la competencia estatal para dictar las bases de las obligaciones contractuales, que han de ser entendidas como «una garantía estructural del mercado único» y que pueden comprender «reglas que incidan directamente en la organización económica y en la economía interna de los contratos», incluyendo la libertad de contratación. Estas afirmaciones parecen decantar la competencia civil para regular un régimen de contención de rentas en favor del Estado, sin entrar a considerar aquí la virtualidad de otros preceptos constitucionales (como el art. 149.1. 13º, relativo a las bases de la planificación económica) (30).

En un orden de ideas parecido, el Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña entendió en su dictamen 4/2019, de 17 de junio, que la regulación

(29) Cuestión esta no tan clara con el derecho de contratos administrativo español tradicional (la ley de contratos del estado de 1964 y la ley de contratos de las administraciones públicas 13/1995, de 18 de mayo, y su texto refundido, e incluso en la redacción originaria de la LCSP, donde, tal y como recuerda MORENO MOLINA, Jose Antonio (2010).

(30) Sobre las competencias estatales y autonómicas en la materia, vid. QUINTIÀ PASTRANA, Andréi (2017).

de un régimen de contención de rentas aprobado por decreto ley del ejecutivo catalán vulneraba la competencia estatal sobre las bases de las obligaciones contractuales. El hecho de que estos pronunciamientos afirmen o lleven a entender que la competencia para restringir la libertad de fijación de rentas arrendaticias ha de ser estatal, no excluye sin embargo que tales medidas puedan ser articuladas con la participación de Comunidades Autónomas e incluso de administraciones locales en su implementación y ejecución.

Por otra parte en los últimos años nuestro Tribunal Constitucional (Sentencia de 12 de abril de 2018 y Sentencia de 22 de febrero de 2018, Sentencia de 9 de julio de 2015, y Sentencia de 11 de septiembre de 2014) ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la constitucionalidad de varias normas autonómicas limitativas del derecho de propiedad relativas a expropiaciones forzosas del uso de las viviendas, e impositivas del deber los propietarios de destinar las viviendas a satisfacer el derecho a la vivienda del ciudadano, declarando la inconstitucionalidad de la norma expropiatoria del uso, que se planteaba.

Finalmente el proyecto de Ley por el derecho a la vivienda recoge en su art. 11º.1 los siguientes deberes del propietario de vivienda:

a) Uso y disfrute propios y efectivos de la vivienda conforme a su calificación, estado y características objetivas, de acuerdo con la legislación en materia de vivienda y la demás que resulte de aplicación, garantizando en todo caso la función social de la propiedad.

b) Mantenimiento, conservación y, en su caso, rehabilitación de la vivienda en los términos de esta ley, de la legislación de ordenación territorial, urbanística y de vivienda, y de los instrumentos aprobados a su amparo.

c) Evitar la sobreocupación o el arrendamiento para usos y actividades que incumplan los requisitos y condiciones de habitabilidad legalmente exigidos.

d) En las operaciones de venta o arrendamiento de la vivienda, cumplir las obligaciones de información establecidas en el Título IV de esta ley.

e) En caso de que la vivienda se ubique en una zona de mercado residencial tensionado, cumplir las obligaciones de colaboración con la Administración competente y suministro de información en los términos establecidos en el Título II de esta ley.

III. LA PROTECCIÓN DE LOS DESFAVORECIDOS EN SITUACIONES EXTRAORDINARIAS

1. Fundamento

El coronavirus SARS-COV-2, causante de la enfermedad denominada COVID-19, consiguió detener el mundo. El hecho de que incluso los Juegos

Olímpicos (31) de 2020 fueran trasladados al 2021 —algo que solo dos guerras mundiales habían conseguido hasta ahora, tal y como señala FEAS (32)— lo constató. De hecho, la Organización Mundial de la Salud elevó el 11 de marzo de 2020 la situación de emergencia de salud pública ocasionada por el COVID-19 a pandemia internacional (33), circunstancia que a la fecha de escribir estas líneas no ha acabado, enfrentándonos en España, por ahora, a una séptima ola de la misma, aunque gracias a la vacunación mucho más atenuada que las anteriores.

Estas circunstancias motivaron que el gobierno de la Nación hiciera uso del artículo 4º b), de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (34), que le habilita para, en el ejercicio de las facultades que a su vez le atribuye el artículo 116.2 de la Constitución, declarar el estado de alarma, en todo o parte del territorio nacional, cuando se produzcan crisis sanitarias que supongan alteraciones graves de la normalidad, lo cual se produjo en una primera ocasión mediante Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (en adelante RDDEA-I) (35).

(31) Las Fallas de 2020 y la celebración extraordinaria en septiembre de las de 2021, la Feria de abril, el Rocío, las fiestas de San Isidro, las fiestas de San Juan, los Sanfermines, la feria del libro de Madrid que tras su cancelación en 2020 se celebró en septiembre de 2021, el bando de la huerta de Murcia, etc también se han visto afectados así como multitud de actividades sin parangón desde la Guerra Civil 1936-1939.

(32) FEAS Enrique (2020).

(33) Sobre toda la pandemia puede consultarse la web específica de la OMS https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019?gclid=CjwKCAjw_qb3BRAVEiWAvwq6VquWiyrrczWuBJtJ39WcHOiLF8NaqhM6AJewWj0Z18Yj7XByF5IGvBoCgcwQAvD_BwE.

(34) Dichas situaciones denominadas «derecho de necesidad» se desarrollaron por la LO 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio. Sobre este derecho de necesidad puede consultarse ÁLVAREZ GARCÍA, V. (1996); BALLBÉ, M., 1983; CRUZ VILLALÓN, P., en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y PREDIERI, A. (Dir.) (1980), pp. 661-689, CRUZ VILLALÓN, P. (1980); FERNÁNDEZ SEGADO, F., (1978); SERRANO ALBERCA, J. M, en GARRIDO FALLA, F. (Dir.) (1985), pp. 1554-1611, y TORRES MURO, I., en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., y CASAS BAAMONDE, M.º E. (Dir.), y otros (2018), pp. 630 a 636. Más específicamente, ver ÁLVAREZ GARCÍA, V., 2020, pp. 6-21.

(35) Modificado por el Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo, de acuerdo con la habilitación contenida en la DF-2º del primero y prorrogado conforme a los correspondientes acuerdos del Congreso de los Diputados por los Reales Decretos 476/2020, de 27 de marzo,, 487/2020, de 10 de abril, 492/2020, de 24 de abril, 514/2020, de 8 de mayo, 537/2020, de 22 de mayo, y el último RD 555/2020, de 5 de junio.

En efecto el Pleno del Congreso de los Diputados, en las sesiones celebradas el 25 de marzo, 9 de abril, 22 de abril, 6 de mayo, 20 de mayo y 3 de junio de 2020, acordó conceder las mencionadas autorizaciones para prorrogar el estado de alarma de manera sucesiva hasta las 00.00 horas del 21 de junio de 2020.

El planteamiento gubernamental se basó en que la necesaria limitación forzosa de la movilidad para hacer frente a la extensión del virus, que solo era posible desde un punto de vistas constitucional, a través de la declaración del estado de alarma, en opinión del gobierno (36), lo que generó una parálisis de la actividad económica, aumento del desempleo y situación de emergencia social.

Esta declaración y sus posteriores prorrogas supuso una habilitación para que las diferentes AAPP se encaminaran al combate contra la pandemia y sus consecuencias sociales, en especial en materia de vivienda con moratoria de rentas, prohibición de desahucios y créditos ICO.

La STC 148/2021 declaró la inconstitucionalidad y nulidad parcial de dos preceptos del RDDEA-I: de un lado, el artículo 7, rubricado «Limitación de la libertad de circulación de las personas» y, de otro, el artículo 10.6, introducido por el Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo, en cuanto que habilita al ministro de Sanidad para modificar o ampliar las «medidas de contención en el ámbito de la actividad comercial, equipamientos culturales, establecimientos y actividades recreativas, actividades de hostelería y restauración, y otras adicionales».

Con carácter general debemos recordar con LEIVA ESCUDERO (37), que el empleo del estado de alarma supone aplicar un sistema de fuentes bien diferente del ordinario. Pues las medidas se adoptan mediante un Decreto que no es un Decreto de rango reglamentario sino un acto con fuerza de ley. Acto con fuerza de ley que se sitúa únicamente por debajo de la Constitución y la LOEAE, y que tiene la fuerza de modificar, suspender o exceptuar la aplicación de las leyes durante su vigencia, fijando el régimen jurídico ad hoc aplicable durante el estado excepcional.

Pero la CE con toda su vinculación normativa, sigue desplegando sus efectos y por tanto en su desarrollo y conforme la habilitación expresa del art 81 de esta las Leyes orgánicas, que son las únicas que pueden modular derechos fundamentales, no así los derechos de propiedad y empresa susceptibles de modulación mediante ley ordinaria.

Así las indicadas leyes orgánicas pueden desarrollar los derechos fundamentales en los términos del art 53 CE y en ese sentido, tal y como resalta MÍNGUEZ PASENCIA (38), la LO 3/1986.

(36) La STC148/2021 declaró la inconstitucionalidad y nulidad parcial de dos preceptos, al entender que el confinamiento forzoso no era una mera limitación de derechos fundamentales, sin una suspensión que exigía la declaración de un estado de excepción.

(37) LEIVA ESCUDERO, G. (2020).

(38) MÍNGUEZ PASENCIA, en MOROTE SARRIÓN, Jose Vicente (2020), p. 38.

Tal y como recuerda TAJADURA (39), la dogmática de los derechos fundamentales afirma que estos no son absolutos. Algunos sí lo son como se indica desde la doctrina constitucionalista (40). 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)

En este caso se han producido toda una serie de actuaciones que han menoscabado la reserva de Ley y una clara renuncia a los mecanismos ordinarios de la reforma legal, no solo del orden sanitario, tras casi 3 años desde el RDDEA-I, de hecho tal y como ha afirmado el TC en la STC 148/2021 y recuerda DE LA SIERRA (41), el lamento por la ausencia de densidad normativa y el papel que se confiere a la legislación sanitaria en algunos Fundamentos Jurídicos, de modo tal que le lleva a «salvar» la constitucionalidad de algu-

(39) TAJADURA TEJADA, Javier (2021), p. 145.

(40) 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. (2010). Tomo I, p. 363.

(41) DE LA SIERRA, Susana (2021).

nos preceptos impugnados. De hecho, la sentencia parece sugerir en algún momento —aunque más tarde la argumentación vire y cambie de sentido— que un marco jurídico ordinario robusto para crisis sanitarias le habría permitido interpretar los preceptos declarados inconstitucionales como conformes a la Constitución [FJ 5º, consideración a)].

Ahora bien, en todo este tiempo y pese a las peticiones de la oposición y de las CCAA no se ha tramitado ninguna reforma de las leyes sanitarias (Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública y la Ley general de salud pública 33/2011, de 4 de octubre y la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad), para poder adoptar medidas restrictivas de derechos fundamentales conforme el art. 53.3 CE, sin recurrir al estado de alarma y que evite la necesaria ratificación judicial, que tantas discordancias ha generado.

Estas determinaciones sobre legislación sanitaria en tiempos de crisis pueden hacerse extensibles a las determinaciones realizadas con respecto a regulación de la vivienda, puesto que a través de Decreto-Ley, o incluso de normas de mucho menor rango, se ha procedido a suspender ejecuciones hipotecarias sobre la vivienda, limitaciones a los contratos de alquiler, etc.

2. El uso del Decreto-Ley en la materia

Los Decretos —Leyes han regulado numerosas materias « para paliar los efectos» de las crisis sanitaria, económica y social, pero también se han utilizado para obviar procedimientos parlamentarios molestos y así es paradigmática la disposición final segunda Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, que modifica el apartado 2 del artículo 6 de la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia, posibilitando la presencia de más de un vicepresidente. Lo cual fue objeto de la STC 110/2021, de 13 de mayo de 2021, que lo declaró inconstitucional.

Mediante Decreto-Ley se han suspendido desahucios, impuesto obligaciones a los propietarios de viviendas arrendadas (42), se han establecido ayudas y procedimientos de intervención excepcionales, se han variado los plazos de instrucción de leyes procesales, se han implantado medidas de control sobre inversiones extranjeras (43), e incluso se intentó «incautar» a los Ayuntamientos los remanentes de su superávit.

(42) Al respecto, *vid.* GARCÍA RUBIO, Fernando (2020), pp. 211-272 en Gómez JIMÉNEZ Mª Luisa (Directora).

(43) Introduce un nuevo art. 7 bis en la Ley 19/2003, justifica la medida ante la preocupación del Gobierno por proteger a las empresas españolas frente a posibles adquisiciones

De hecho, como consecuencia de la pandemia se han realizado regulaciones que inciden en aspectos económicos que conforme los arts 38 (44), 128 y 131 CE, exigirían de una Ley formal.

HUERGO LORA (45) ha afirmado, por ejemplo, que el Real Decreto-ley 21/2020 establece obligaciones que indudablemente limitan la libertad de los ciudadanos [por ejemplo, el uso de mascarillas (46)] e incluso tipifica infracciones y sanciones (como la multa por un máximo de 100 euros por incumplir la obligación de uso de la mascarilla). Dicho autor sostiene que para aprobar normas que no pueden adentrarse en el campo de la reserva de Ley, basta la potestad reglamentaria.

Tal y como recogió el FJ 4 de la STC 110/2021, de 13 de mayo, el recurso por el Gobierno a la fuente excepcional que es el Decreto-Ley queda condicionado por la Constitución, en lo que ahora importa, a la verificación de un «caso de extraordinaria y urgente necesidad» (art. 86.1), presupuesto inexcusable sobre el que existe, a partir de los primeros pronunciamientos del tribunal (SSTC 29/1982, de 31 de mayo, FJ 3; 111/1983, de 2 de diciembre, FFJJ 5 y 6; 29/1986, de 20 de febrero, FJ 2, y 60/1986, de 20 de mayo, FJ 3), un muy consolidado acervo jurisprudencial que llega, en sus líneas básicas, hasta el presente (de entre las más recientes, SSTC 61/2018, recién citada, y 14/2020, de 28 de enero, en cuyos fundamentos jurídicos 5 y 2 a 4, respectivamente, se sintetiza y reitera esta doctrina, con cita de resoluciones anteriores).

Así todas las medidas descritas de intervención sobre la vivienda adoptadas con motivo de la crisis sanitaria para protección de los colectivos des-

en situación de desventaja por la crisis provocada por el COVID-19: *«El reciente impacto de las crisis desencadenada por el COVID-19 sobre los mercados bursátiles mundiales, supone una amenaza cierta para las empresas españolas cotizadas, pero también para las no cotizadas que están viendo mermado su valor patrimonial muchas de ellas, de los sectores estratégicos de nuestra economía, de que se lancen operaciones de adquisición de las mismas por parte de inversores extranjeros»* Sin embargo, la regulación establecida parece atender no tanto a la intención de proteger al tejido empresarial ante las caídas de valor generadas por la crisis sanitaria, esto es, a un objetivo económico, sino que de su concreción queda meridianamente claro que responde a intereses de seguridad nacional entendida en sentido amplio, como es la preservación del orden, la seguridad y la salud públicas, tal y como afirma SÁENZ DE SANTAMARÍA, Soraya (2020).

(44) Un ejemplo lo tenemos en TAPIA HERMIDA, Alberto J. (2020).

(45) HUERGO LORA Alejandro (2020).

(46) Actualmente solo aplicable en los medios de transporte público, tras varias modificaciones del RD-Ley por Real Decreto-ley 13/2021, de 24 de junio, por el que se modifican 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, y el Real Decreto-ley 26/2020, de 7 de julio, de medidas de reactivación económica para hacer frente al impacto del COVID-19 en los ámbitos de transportes y vivienda.

favorecidos, así como las medidas de congelación de rentas por debajo del IPC y hasta un máximo del 2%, realizadas para paliar la crisis de la guerra de Ucrania, se han aprobado mediante Real Decreto-Ley.

Procede aquí, evocar la jurisprudencia indicada sobre la «extraordinaria y urgente necesidad», de modo muy sumario y a reserva de ulteriores precisiones:

a) El concepto constitucional de «extraordinaria y urgente necesidad» no es una cláusula o expresión vacía de significado dentro de la cual el lógico margen de apreciación política del Gobierno se pudiera desplegar libremente sin restricción alguna, sino, por el contrario, un límite jurídico a la actuación mediante decretos-leyes.

Por ello, y sin perjuicio del peso que en la apreciación de tal circunstancia haya de concederse al juicio puramente político de los órganos a los que incumbe la dirección del Estado, es función del TC el aseguramiento de estos límites y la garantía de que, en el ejercicio de esta facultad, los poderes públicos actúen dentro del marco de la Constitución.

El TC, en supuestos de uso abusivo o arbitrario de tal potestad legislativa excepcional, rechazar la definición que los órganos políticos del Estado hagan de una situación determinada como de «extraordinaria y urgente necesidad»; y declarar, en consecuencia, la inconstitucionalidad de un decreto-ley, o de unas u otras de sus normas, por inexistencia del necesario presupuesto habilitante. A falta del cual, la potestad legislativa de las Cortes Generales (art. 66.2 CE) resultaría invadida y menoscabada, al tiempo que la posición de las minorías en el procedimiento parlamentario de elaboración de las leyes [en cuanto a este último extremo, SSTC 182/1997, de 28 de octubre, FJ 3; 170/2012, de 4 de octubre, FJ 4, y 211/2015, de 8 de octubre, FJ 4 a)]. Esa potestad se refiere a un mínimo procedimiento ordinario en defensa del *ius in officium* de los parlamentarios, como recoge el TC en su auto 177/2022 de suspensión cautelar de las modificaciones mediante enmienda a una modificación del Código penal de las LOTC y LOPJ, de diciembre de 2022.

El control que a tal efecto corresponde al TC es de carácter externo, en el sentido de que debe verificar, no sustituir, el juicio político o de oportunidad que corresponde tanto al Gobierno para dictarlo, como al Congreso de los Diputados para, en su caso, convalidarlo en votación de totalidad (art. 86.1 y 2 CE).

b) Este control jurídico-constitucional se proyecta sobre dos extremos íntimamente ligados entre sí: de una parte, la necesaria presentación explícita y razonada de los motivos que han sido tenidos en cuenta por el Gobierno para dictar el decreto-ley; justificación que puede realizarse e identificarse en la exposición de motivos del propio texto normativo, a partir de lo argumentado en el debate de convalidación en el Congreso de los Diputados, o, en fin, a la vista del expediente de elaboración del decreto-ley.

Solo si se cumple debidamente con esta carga cabrá que el tribunal aprecie en Derecho, y mediante una valoración en conjunto de los factores tenidos en cuenta por el Gobierno, si el recurso al decreto-ley fue, en cada caso, «razonable» [STC 35/2017, de 1 de marzo, FJ 4 a)]. En el bien entendido sentido de que la necesidad justificadora de los decretos-leyes no puede interpretarse como absoluta, sino como necesidad relativa respecto de situaciones concretas que, por razones difíciles de prever, requieran de una acción normativa inmediata, no supeditada al superior lapso de tiempo que pudiera conllevar la vía ordinaria, o la de urgencia, para la tramitación parlamentaria de las leyes (por todas, STC 152/2017, de 21 de diciembre, FJ 3).

Y se ha de considerar asimismo, en segundo lugar, si las medidas en concreto adoptadas mediante el decreto-ley guardan conexión de sentido con la situación de necesidad así definida, lo que puede llevar a censurar como inconstitucionales, disposiciones que por su contenido, y de manera evidente, no guarden relación alguna, directa o indirecta, con lo que se trata de afrontar o que por su estructura misma, no modifiquen de manera instantánea la situación existente [también por todas, STC 150/2017, FJ 4 e)].

Dicha extraordinaria y urgente necesidad ¿puede durar más de 3 años?, su prolongación en el tiempo ¿no exige un estudio y tramitación sopesado mediante el procedimiento legislativo ordinario?, son cuestiones que aunque muy políticas no pueden escapar a una mínima reflexión jurídica, que además en vivienda supone un mayor problema para el mercado en sí mismo, con consecuencias impredecibles.

3. La protección de los inquilinos tras el Covid y la guerra de Ucrania

Una de las cuestiones que mayor preocupación ha generado es el uso del estado de alarma para la limitación, hasta casi su pérdida, del derecho de propiedad urbana, y así, mediante una mera orden ministerial (eso sí, de una autoridad competente conforme al RDDEA-I), se limitó de forma muy preocupante.

En efecto el artículo 4º.3. de la Orden TMA/336/2020, de 9 de abril, por la que se incorporan, sustituyen y modifican sendos programas de ayuda del Plan Estatal de Vivienda 2018-2021, en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 10, 11 y 12 del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19, prevé que *«las comunidades autónomas y las ciudades de Ceuta y de Melilla pondrán a disposición de la persona beneficiaria una vivienda de titularidad pública, o que haya sido cedida para su uso a una administración pública, aunque mantenga la titularidad privada, adecuada a sus circunstancias en términos de tamaño, servicios y localización, para ser ocupada en régimen de alquiler, de cesión de uso, o en cualquier régimen de ocupación*

temporal admitido en derecho. Cuando no se disponga de este tipo de vivienda, la ayuda podrá aplicarse sobre una vivienda adecuada, de titularidad privada o sobre cualquier alojamiento o dotación residencial susceptible de ser ocupada por las personas beneficiarias, en los mismos regímenes».

Esta determinación es, en nuestra opinión, una auténtica vulneración del derecho de propiedad y su régimen estatutario reservado al binomio Ley-planeariamiento y fue el primer precedente de una escalada en esa línea en la que actualmente nos encontramos.

Para poder abordar el régimen de intervención administrativa y partiendo del citado marco constitucional, deberemos destacar las capacidades que en virtud de la función de policía administrativa puedan ejercitar las diferentes AAPP, sobre la libre actividad de los particulares y así podemos destacar las capacidades para reglamentar (ejercicio de la potestad reglamentaria en sentido amplio) (47) la capacidad de inspección y el ejercicio en su caso de la potestad sancionadora.

Todas estas capacidades basadas en la correspondiente potestad o poder jurídico de supremacía de la administración, están lógicamente sometidas al principio de legalidad y en virtud del artículo 106 de la Constitución y de la ley 29/1998, de 13 de julio reguladoras de la jurisdicción contencioso-administrativa, al control de los tribunales de justicia.

A los 7 días de la declaración del estado de alarma y el *shock* económico que supuso el confinamiento obligado, se aprobó Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, que recogió la moratoria de deuda hipotecaria para la adquisición de vivienda habitual.

A los 21 días de la declaración, se aprobó el nuevo Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptaron medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19, mediante el cual se pretendía responder a la situación de vulnerabilidad en que incurran los arrendatarios de vivienda habitual como consecuencia de circunstancias sobrevenidas debidas a la crisis sanitaria del COVID-19, especialmente aquellos que ya hacían un elevado esfuerzo para el pago de las rentas, pero también aquellos que, sin estar previamente en esa situación, se encontraran entonces en ella circunstancialmente.

(47) Así, por ejemplo, la potestad reglamentaria en materia de viviendas turísticas ha dado lugar a muy diferentes normas de carácter autonómico y así el Decreto de la Comunidad de Madrid 79/2014, de 10 de julio, 113/2015, de 22 de mayo de las Islas Canarias y el Decreto 22/2016, de 2 de febrero de la Junta de Andalucía, pero en estas materias incluso la CNMC, mediante el procedimiento previsto en la ley de unidad de mercado, ha actuado, no así en las cuestiones objeto principal de este trabajo.

En dicha norma se diseñaron medidas de equilibrio que en sus palabras impidan *que, al resolver la situación de los arrendatarios, se traslade la vulnerabilidad a los pequeños propietarios.*

Con estos objetivos, el RD-Ley estableció, entre otras medidas, la suspensión de lanzamientos para hogares vulnerables sin alternativa habitacional y la prórroga extraordinaria de los contratos de arrendamiento de vivienda habitual. Asimismo, se establecieron medidas conducentes a procurar la moratoria de la deuda arrendaticia para las personas arrendatarias de vivienda habitual en situación de vulnerabilidad económica.

En este sentido, también se incorporó un nuevo programa de ayudas al alquiler al Real Decreto 106/2018, de 9 de marzo: el «Programa de ayudas para contribuir a minimizar el impacto económico y social del COVID-19 en los alquileres de vivienda habitual», y la creación, mediante acuerdo entre el Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana y el Instituto de Crédito Oficial (ICO), de una línea de avales del Estado específica a la que podrán tener acceso todos aquellos hogares que puedan estar en situación de vulnerabilidad como consecuencia de la expansión del COVID-19 y que no comportará ningún tipo de gastos o intereses para el solicitante.

En segundo lugar, se amplió el plazo de suspensión a 3 meses y se realizaban ajustes técnicos para facilitar la aplicación de la moratoria de deuda hipotecaria para la adquisición de vivienda habitual introducida por el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19.

Concretamente, se pretendió clarificar que las cuotas suspendidas no se deben liquidar una vez finalizada la suspensión, sino que todos los pagos futuros se deben posponer lo que haya durado la suspensión.

Igualmente se pretendió clarificar el concepto de «gastos y suministros básicos» a efectos de la definición del umbral de vulnerabilidad, incluyendo en este concepto los gastos asociados a suministros de electricidad, gas, gasoil para calefacción, agua corriente y de los servicios de telecomunicación fija y móvil y se adapta la acreditación de vulnerabilidad a las dificultades derivadas del estado de alarma que pueda impedir la obtención de determinados documentos, mediante la presentación de una declaración responsable. También se amplía la información que deben remitir las entidades financieras al Banco de España, con el fin de facilitar el seguimiento del impacto de esta medida, así como el régimen de supervisión y sanción. De esta manera, se logra dar una mayor seguridad jurídica a la aplicación de la moratoria.

La moratoria de la deuda hipotecaria del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, inicialmente prevista para la vivienda habitual de las personas físicas se extendió en el segundo Decreto-Ley a dos nuevos colectivos: el de los autónomos, empresarios y profesionales respecto de los inmuebles afectos

a su actividad económica, de un lado, y a las personas físicas que tengan arrendados inmuebles por los que no perciban la renta arrendaticia en aplicación de las medidas en favor de los arrendatarios como consecuencia del estado de alarma.

Posteriormente el Real Decreto-ley 37/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes para hacer frente a las situaciones de vulnerabilidad social y económica en el ámbito de la vivienda y en materia de transportes, donde se modificó el artículo 1 del R D-ley 11/2020, de 31 de marzo, introduciendo seguridad y garantías en la posibilidad de la persona arrendataria de una vivienda habitual, de instar un incidente de suspensión extraordinaria del desahucio o lanzamiento por encontrarse en una situación de vulnerabilidad económica que le imposibilite encontrar una alternativa habitacional para sí y para las personas con las que conviva.

De esta forma, se clarificó el procedimiento para asegurar la valoración por parte de los servicios sociales competentes de la situación de vulnerabilidad en la que pueda encontrarse el arrendatario, con objeto de que puedan aplicar de la forma más ágil y efectiva las medidas y acciones que sean más adecuadas para asegurar una solución habitacional a aquellos hogares vulnerables que no tengan una alternativa de vivienda digna, pero asegurando en el trámite la debida ponderación de la situación en que pueda encontrarse el arrendador.

Igualmente se introdujo un nuevo artículo 1 bis en el referido RD-Ley 11/2020, de 31 de marzo, con objeto de dar respuesta a las situaciones en las que los procedimientos de desahucio y lanzamiento afecten a personas económicamente vulnerables sin alternativa habitacional, en los que se atribuye al Juez la facultad de suspender el lanzamiento, previa valoración ponderada y proporcional del caso concreto y las circunstancias, hasta que los servicios sociales competentes puedan ofrecer las soluciones más adecuadas que hagan frente a la carencia de una vivienda digna, en el contexto de la excepcionalidad del estado de alarma.

Seguidamente el Real Decreto-ley 16/2021, de 3 de agosto, por el que se adoptan medidas de protección social para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica, extendió hasta el 31 de octubre de 2021 las medidas de protección en situaciones de vulnerabilidad en materia de vivienda establecidas en el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo.

En el artículo 2º de este nuevo Decreto-Ley se amplió hasta el 31 de octubre de 2021 la suspensión de los procedimientos y lanzamientos de vivienda en situaciones de vulnerabilidad, en los supuestos y de acuerdo con los trámites ya establecidos. Asimismo, dicho artículo amplió la posibilidad de aplicar una prórroga extraordinaria del plazo del contrato de arrendamiento por un periodo máximo de seis meses, durante los cuales se seguirán aplicando los términos y condiciones establecidos para el contrato en vigor, siempre que no

se hubiese llegado a un acuerdo distinto entre las partes, a aquellos contratos cuyo vencimiento fuera anterior al 31 de octubre de 2021.

También se extendió, hasta el 31 de octubre de 2021, la posibilidad de solicitar la moratoria o condonación parcial de la renta, cuando el arrendador sea una empresa o entidad pública de vivienda o un gran tenedor, en los términos establecidos en el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo; y se amplían por ese mismo periodo los contratos de arrendamiento de vivienda que pueden acogerse a la prórroga extraordinaria de seis meses, en los mismos términos y condiciones del contrato en vigor. Es decir, se amplió la posibilidad del arrendatario de obtener, en tales supuestos, el aplazamiento temporal y extraordinario en el pago de la renta, siempre que dicho aplazamiento o la condonación total o parcial de la deuda no se hubiera conseguido ya con carácter voluntario por acuerdo entre ambas partes.

Por su parte, el artículo tercero extendió hasta el 30 de noviembre de 2021 el plazo durante el que los arrendadores y titulares de la vivienda afectados por la suspensión extraordinaria prevista en el citado Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, podrán presentar la solicitud de compensación prevista en la disposición adicional segunda del Real Decreto-ley 37/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes para hacer frente a las situaciones de vulnerabilidad social y económica en el ámbito de la vivienda y en materia de transportes.

Asimismo, y en consonancia con esta medida, en la parte final de la norma, se modifican los plazos previstos en el Real Decreto 401/2021, de 8 de junio, por el que se aprueban las medidas necesarias para que las comunidades autónomas puedan utilizar los recursos del Plan Estatal de Vivienda 2018-2021, a fin de hacer frente a las compensaciones que procedan, y por el que se establece el procedimiento para el reconocimiento de la compensación a los propietarios y arrendadores a que se refieren los artículos 1 y 1 bis del RD-ley 11/2020, de 31 de marzo.

Buena parte de estas medidas eran coyunturales, pero cuando se empezaba a atisbar un nuevo horizonte de mayor crecimiento económico y recuperación por los programas de vacunación frente al COVID, surgió la intervención rusa en Ucrania y las consecuencias de dicha guerra, aprobándose el RD-ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptaban medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania.

Esta nueva norma legal estableció con respecto de los arrendamientos de vivienda la limitación de la actualización de la renta. Teniendo en cuenta la evolución reciente del Índice de Precios al Consumo, afirmaba que *se hace preciso adoptar medidas para evitar, en el marco de un mismo contrato, un excesivo impacto en las personas y hogares arrendatarios de vivienda, al utili-*

zar de referencia para actualizar anualmente la renta un índice cuya evolución obedece a elementos del contexto nacional e internacional que son ajenos al ámbito de la vivienda, por lo que se considera necesario establecer una limitación extraordinaria de la actualización anual de la renta de los contratos de arrendamiento de vivienda, regulada en el artículo 18 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, en principio desde la entrada en vigor de la norma hasta el 30 de junio de 2022 (48), de forma que, en defecto de acuerdo entre las partes, no pueda superar la actualización de la renta el resultado de aplicar la variación anual del Índice de Garantía de Competitividad (49), que en opinión del gobierno-legislador, ofrece una evolución sujeta a una mayor estabilidad, en el contexto actual.

La modificación de esta referencia en la actualización de los contratos de arrendamiento de vivienda vigentes durante el periodo indicado responde a razones de urgencia y necesidad en un contexto en el que el Índice de Precios al Consumo ha alcanzado el pasado mes de julio el 10,2%, lo que constituye el valor máximo de los últimos 35 años, con lo que ha dejado de ser, de manera coyuntural, una referencia adecuada para la aplicación de las actualizaciones anuales de tales contratos, en opinión del legislador gubernamental, aunque esto se aplique a colectivos desfavorecidos y a otros no tanto.

Finalmente el RD-Ley 20/2022, de 27 de diciembre, de medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania y de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad, en su art 67 modifica el RD-Ley 6/2022, de 29 de marzo, y por lo que los inquilinos cuya renta deba ser actualizada porque se cumpla la correspondiente anualidad de vigencia dentro del periodo comprendido entre la entrada en vigor de este real decreto-ley y el 31 de diciembre de 2023, podrá negociar con el arrendador el incremento que se aplicará en esa actualización anual de la renta, con sujeción el incremento de la renta será el que resulte del nuevo pacto entre las partes. En ausencia de este nuevo pacto entre las partes, el incremento de la renta no podrá exceder del Índice de Garantía de Competitividad a fecha de dicha actualización, tomando como mes de referencia para la actualización el que corresponda al último índice que estuviera publicado en la fecha de actualización del contrato. Igualmente en el art 68 se recoge una suspensión de los procedimientos de desahucio por impago de personas vulnerables hasta el 30 de junio de 2023.

(48) Prorrogado posteriormente por el RD-Ley 11/2022 de 25 de junio, hasta el 31 de diciembre de 2022.

(49) Este índice creado por el art 7°.2 de la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, es un claro ejemplo de eufemismo, puesto que el Real decreto ley limita para los grandes tenedores el aumento de renta al 2% y para el resto a ese índice, que casualmente en julio de 2022 era igualmente del 2%.

IV. LA INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA SOBRE LOS ALQUILERES DE VIVIENDA

1. Los límites constitucionales

El argumento para la intervención de las Administraciones Públicas sobre la vivienda, es con carácter reiterado la exponencial subida del precio de los alquileres de viviendas en los últimos tiempos, vinculado a razones de diferente origen, lo que ha supuesto la percepción de una necesidad de combatir dicha situación en base a la intervención de los poderes públicos en la economía, circunstancia potenciada tras las crisis del COVID y Ucrania, aunque esta circunstancia no es una problemática novedosa, tal y como ya denunciara ENGELS (50) .

Como acertadamente expresa GÍFREU (51) sin duda, el acceso a la vivienda es uno de los derechos al que se recorre con mayor asiduidad para describir el ideal de una vida digna. En nuestras ciudades contemporáneas, nada hay más gráfico que la figura de un «sin techo» malviviendo en la calle, en un banco del parque o en los portales de viviendas para ejemplificar la cronificación de la pobreza, la exclusión social, la precariedad y la marginación (52).

(50) ENGELS, Federico (2006) reedición.

(51) GÍFREU FONT, J., p. 791.

(52) «La situación respecto de la vivienda, como el hecho de no tener hogar o ser un 'ocupante ilegal' o residente de un asentamiento informal, se ha convertido en algo más que un indicador de precariedad en las ciudades. Se ha convertido en una identidad social que a menudo es la base de la estigmatización y la discriminación, limitando las oportunidades y creando más obstáculos a la inclusión y la igualdad (...) En algunos casos, se han tipificado como delito las estrategias de supervivencia de las personas sin hogar» (*Report of the Special Rapporteur on adequate housing as a component of the right to an adequate standard of living, and on the right to non-discrimination in this context*, United Nations Assembly General, A/70/270, 4 de agosto de 2015, p. 12). El sinhogarismo raramente constituye una situación sobrevenida, más bien se produce tras un cúmulo de problemáticas (adicciones, enfermedad mental, desempleo...), de las cuales la pérdida de la vivienda acostumbra a ser el último revés. Vid. las Resoluciones del Parlamento Europeo de 16 de diciembre de 2010 y 6 de septiembre de 2011 sobre la estrategia de la UE en relación con las personas sin hogar, así como la Estrategia Nacional Integral para Personas sin Hogar 2015-2020, aprobada por Acuerdo de Consejo de ministros de 6 de noviembre 2015. A falta de un concepto estandarizado de persona sin hogar, la Federación Europea de Asociaciones Nacionales que trabajan con Personas Sin Hogar (FEANTSA) utiliza la categorización ETHOS (European Typology on Homelessness and Housing Exclusion) para identificar cuatro tipos generales distribuidos en trece perfiles diferentes. De este modo, se consideran personas sin hogar: a) las que no disponen de alojamiento (*roofless*) y viven a la intemperie o se alojan por la noche en albergues de emergencia; b) las que carecen de vivienda (*houseless*), esto es, las personas que viven por cortos periodos de tiempo en hostales para personas sin hogar, en alojamientos temporales o en alojamientos transitorios con apoyo, las mujeres alojadas en refugios por cortos intervalos a causa de episodios de violencia doméstica o violencia de género, los inmigrantes que viven en alojamientos temporales debido a su estatus de extranjeros o trabajadores temporeros,

El Pacto internacional de los derechos económicos, sociales y culturales (ONU, 1966) reconoce el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado, lo que incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia (art. 11) (53).

Disponer de una vivienda digna y adecuada se convierte entonces en una necesidad primaria para eludir la marginación y la segregación espacial. Conscientes de esta realidad, las autoridades locales han asumido un papel central en la provisión de vivienda, que, por ley, debe atender a una distribución de su localización respetuosa con el principio de cohesión social (54).

personas dependientes de instituciones penitenciarias, sanitarias o tuteladas que no tienen vivienda y personas mayores que se hospedan en residencias por largo plazo a causa de su carencia de vivienda; c) personas que residen en viviendas inseguras, como ocupantes sin título habilitante o que han sido requeridas para abandonar la vivienda; y d) personas que residen en viviendas inadecuadas (infravivienda).

Una de las estrategias que está dando mejores resultados para reinsertar a las personas sin hogar es el método *Housing First*, surgido en los años noventa del siglo pasado en Estados Unidos y exportado con éxito a Europa, que se fundamenta en la importancia de la vivienda como elemento primordial para iniciar el proceso de integración en la comunidad y propiciar cambios positivos. Este programa proporciona acceso inmediato a una vivienda individual y permanente a las personas que viven en la calle, así como acompañamiento social y sanitario, sin condicionar la estabilidad de la tenencia a la imposición de un determinado comportamiento y dejando que sea el propio sujeto quien conduzca su proceso de recuperación.

(53) En el año 2000, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas creó la figura del Relator Especial sobre el derecho a la vivienda adecuada, bajo cuya dirección se ha fraguado «The Shift», una iniciativa de alcance mundial en favor del acceso a una vivienda adecuada que se lanzó en la Cumbre de Hábitat III (Quito, 2016) y que comanda la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho a la vivienda, Leilani Farha, en asociación con CGLU y la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Por otra parte, la Observación general número 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas al Pacto internacional de los derechos económicos, sociales y culturales sostiene que el derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare con el mero hecho de tener un techo bajo el que guarecerse, más bien debe considerarse como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte. Fundamentalmente, la vivienda debe ser «adecuada» lo que comprende «espacio adecuado, seguridad adecuada, iluminación y ventilación adecuadas, una infraestructura básica adecuada y una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos, todo ello a un costo razonable», así como acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia. Además, todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desalojo forzoso, el hostigamiento u otras amenazas y, en caso de que estos se produzcan, que las personas afectadas dispongan de todos los recursos jurídicos apropiados (Observación general número 7).

(54) En España, la regulación urbanística de la vivienda en clave social urbana tiene como fuente inspiradora la Loi francesa n° 91-662 d'orientation pour la ville (1991) y la Loi n° 2000-1208 relative à la solidarité et au renouvellement urbains (2000), que introdujeron

Las medidas para reforzar el parque de vivienda pública y luchar contra la emergencia habitacional se articulan ya sea acudiendo a la promoción de vivienda social a través de los diversos instrumentos de la política de suelo y de vivienda (reserva de suelo para vivienda protegida, áreas residenciales estratégicas, movilización de suelo público procedente del patrimonio municipal de suelo y vivienda, constitución de un derecho de superficie...), ya sea con medidas que a su vez reducen el impacto que ocasionarían nuevas construcciones en el territorio, como la rehabilitación de edificios, la erradicación de los usos anómalos de la vivienda (expropiación de viviendas vacías) o la adquisición del parque de vivienda propiedad de entidades financieras o fondos de inversión en ejercicio de los derechos de tanteo o retracto (55).

Las personas que pierdan su vivienda habitual en un proceso de ejecución hipotecaria y que no disponen de alternativa habitacional, así como las desahuciadas por impago de las rentas del alquiler, si se encuentran en situación de exclusión residencial, pueden acogerse a un alquiler social (cuyo importe dependerá de sus recursos económicos) o a un realojo, y se les debe garantizar el acceso a los suministros básicos de agua potable, gas y electricidad (56).

La exponencial subida del precio de los alquileres de viviendas ha supuesto un nuevo paradigma en el siempre difícil camino para la consecución del mandato del art 47 CE de acceso a una vivienda digna y adecuada, lo cual ha aumentado nuevamente estas situaciones, tras las crisis sanitaria y energética.

programas locales de vivienda destinados a garantizar una distribución equilibrada y diversificada de la oferta de viviendas, así como, esta última, la obligación de que los grandes municipios dispongan de al menos un 20% de viviendas sociales.

(55) Art. 2 del Decreto-Ley catalán 1/2015, de 24 de marzo, de medidas extraordinarias y urgentes para la movilización de las viviendas provenientes de procesos de ejecución hipotecaria. Este precepto permite sujetar al derecho de tanteo y retracto de la Generalitat de Cataluña la transmisión de las viviendas adquiridas en un proceso de ejecución hipotecaria o mediante compensación o pago de deuda con garantía hipotecaria que estén situadas en áreas de demanda residencial fuerte y acreditada.

(56) Adicionalmente, y a la vista de las recientes propuestas legislativas o programáticas, la ciudad puede llegar a intervenir el mercado privado de la vivienda a través de la contención de los precios del alquiler. *Vid.* el derogado Decreto Ley catalán 9/2019, de medidas urgentes en materia de contención de rentas en los contratos de arrendamiento de vivienda, que permite a la Administración limitar el precio de los pisos de alquiler en las zonas declaradas como «áreas con mercado de vivienda tenso», de acuerdo con el Índice de Referencia de Precios de Alquiler que gestiona la Agencia de la Vivienda de Cataluña, modelo que asume matizadamente el proyecto de Ley por el derecho a la vivienda. La habilitación competencial a los ayuntamientos y a los gobiernos regionales para regular el mercado de alquiler de viviendas en zonas tensionadas fue, asimismo, una de las medidas pactadas en 2018 por PSOE-Podemos que ha sido recuperada a finales de 2019 para el Programa del Gobierno de Coalición de ambos partidos (*Coalición Progresista, Un nuevo acuerdo para España*), y esta en la médula del proyecto de Ley por el derecho a la vivienda

Tal y como ha indicado FUENTES LOJO (57), el TJUE ha llegado a reconocer de forma expresa que el derecho de vivienda es un derecho fundamental (Sentencia de 10 de septiembre de 2014, Asunto C-34/13). Cuando está en juego el derecho fundamental e universal de la vivienda, su reforzada protección jurídica exige que se realice por la autoridad judicial en todo procedimiento que conlleve el desalojo forzoso de una vivienda (juicio de desahucio, ejecución hipotecaria, etc.) el necesario juicio de proporcionalidad y razonabilidad, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, y en atención a su normativa tuitiva expresada, entre otras, art.31 de la CSER, art.25 de la DUDH, art.11.1 del PIDESC, Observación General nº 7 del Comité DESC de la ONU, la inviolabilidad del domicilio (art.7 de la CDFUE), y el derecho a la intimidad personal y familiar (art.7 de la CDFUE, art.8 del CEDH, art.27.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño), todos ellos derechos fundamentales estrechamente conectados con el derecho de vivienda.

Una cuestión de gran interés que se suscita en torno a la doctrina del TEDH sobre protección del derecho de vivienda es si esta es invocable con carácter horizontal, esto es, en conflictos entre particulares o, por el contrario, como sostiene parte de la doctrina (58), tan solo es aplicable cuando la vivienda ocupada es titularidad de la Administración. Si bien es cierto, que esta doctrina se ha aplicado tradicionalmente en desahucios administrativos, son varios los casos en que también se ha aplicado esta doctrina siendo la vivienda ocupada titularidad de un particular, como lo es el caso de las últimas Sentencia de referencia dictadas por el Tribunal Constitucional sobre la materia (STC, Sala Segunda, nº 113/2021, de 31 de mayo; y STC nº 161/2021, de 4 de octubre).

A nuestro juicio, y tal como ya destacó FUENTES LOJO (59), esta doctrina es plenamente aplicable a conflictos entre particulares, dado que lo relevante para determinar su aplicación al caso concreto es si la medida limita o no un derecho fundamental, con independencia de la condición del ejecutante, si bien sí será un elemento a tener en cuenta por el juez enjuiciador al realizar el pertinente juicio de razonabilidad. Así lo confirma el TEDH en resolución de medida cautelar suspensiva de lanzamiento de varias familias que ocupaban ilegalmente un edificio titularidad del SAREB en el municipio de Salt (Sentencia de 15 de octubre de 2013, Caso Ceasay y Otros c.

Debe de destacarse que tras la ligera mejoría de la situación económica y el empleo a partir de 2015, la realización de políticas de estímulo y fomento del alquiler, la existencia de un mercado muy limitado para la rentabilidad

(57) FUENTES-LOJO RIUS, Alejandro (2022), pp. 56-60.

(58) SIMÓN MORENO, H. (2014), p. 168.

(59) FUENTES-LOJO RIUS, A. (2020).

tanto en la renta fija como en la bolsa y la falta de capacidad de financiación para grandes capas de población, han convertido en un entorno muy favorable al alquiler. Derivándose numerosas inversiones de pequeños ahorradores, que rozan igualmente el concepto de vulnerabilidad si dejan de percibir esas rentas derivadas de los alquileres de viviendas.

Pero igualmente en los últimos años, y de forma especial el colectivo más joven, parece haber optado por el alquiler como principal opción para acceder a una vivienda, lo que a su vez vista la limitación de la oferta por fenómenos como el del alquiler vacacional (60) ha suscitado una polémica sobre el planteamiento de políticas y viabilidad jurídica de la limitación de los importes del alquiler.

Esta tendencia de acceso a la vivienda en alquiler en España, y en especial la clara necesidad de fomentar vivienda en alquiler a precio asequible y social (61) (aunque sigue existiendo un importante diferencial con la media europea con mayor alquiler de esta), presenta, según PAREJA-EASTAWAY (62), una nueva etapa de contradicción con la orientación de la mayoría de países del entorno europeo, que fomentan la propiedad de una vivienda como elemento esencial de seguridad, focalizando el papel de la vivienda social para las situaciones de pobreza y vulnerabilidad.

Pero es evidente que el alquiler es, en este momento, la única alternativa para una extensa capa de la población para acceder a una vivienda. Es en este contexto, que, en la fase de recuperación de la dinámica del mercado inmobiliario, a partir del año 2014, los precios de las rentas del alquiler se han incrementado en entornos urbanos con una alta demanda, hasta niveles desconocidos, con valores que han superado holgadamente los máximos anteriores a la crisis económica. Es evidente que la insuficiencia de la oferta de vivienda en régimen de arrendamiento ha generado ciertas tensiones de precios en determinadas áreas geográficas, destacando especialmente las ciudades de Madrid y Barcelona, planteándose desde diversos sectores y especialmente desde Unidas Podemos la limitación administrativa de las rentas como solución a esta escalada.

El problema que se nos plantea es si ha de considerarse conforme con la Constitución la intervención del legislador ordinario en el contrato de arrendamiento de vivienda fijando una renta máxima que vincule a las partes en la contratación.

Desde luego no cabría duda de que la fijación de dicha renta máxima cabe en aquellos supuestos en que la construcción de la vivienda ha gozado de algún beneficio de carácter público, bien sea subvención o ventaja fiscal.

(60) GARCÍA RUBIO, F. (2019).

(61) TRILLA, C. y BOSCH, J. (2018), p. 109.

(62) PAREJA-EASTAWAY (2011), p. 57.

En los demás casos entran en conflicto dos principios: el de libertad de contratación y el del derecho a la vivienda en relación con la función social de la propiedad (artículo 33 CE).

El contrato de arrendamiento de vivienda o inquilinato es un tipo de contrato claramente intervenido en defensa de los derechos de la parte más débil en la contratación, que es el arrendatario, tal y como hemos constatado históricamente.

Precisamente por tratarse de algo —como la vivienda— que es de primera necesidad, el legislador se ha ocupado desde siempre de garantizar unos derechos mínimos para el arrendatario que inciden en el principio de libertad de contratación.

Pensemos en la fijación de un tiempo mínimo de duración que vincula al arrendador y no al arrendatario en tanto existe un período de prórroga forzosa del contrato para el primero. Lo cual se establece en hasta 5 o 7 años en nuestra LAU actual, dependiendo de si es persona física o jurídica.

Lo mismo que se fija un plazo de duración determinado, como mínimo en beneficio del arrendatario, puede plantearse si la limitación legal en el importe de la renta se ajusta o no a la CE. Se trata, como ocurre en el caso de otros derechos reconocidos en la Constitución, de ponderar hasta qué punto puede forzarse el principio de libertad contractual a favor del principio de función social de la propiedad.

Independientemente del fondo del asunto, debemos estar a la medida concreta que adopte el legislador y si esta pueda resultar desproporcionada en cuanto a la adecuada ponderación de los derechos en conflicto, en cuyo caso el Tribunal Constitucional podría declarar su inconstitucionalidad.

Así, en primer lugar, hemos de subrayar la necesidad de ponderar la destacada función social que resulta inherente a la propiedad inmobiliaria de uso habitacional, con el insoslayable respeto de la utilidad económica que asiste a su titular. En tal sentido, la conexión inmediata que esta modalidad de propiedad guarda con el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, proclamado en el artículo 47 de nuestra Constitución, se muestra otro referente jurídico dotado de la máxima relevancia cuya toma en consideración resulta ineludible a la hora de enjuiciar la constitucionalidad de la regulación legislativa de los precios de los arrendamientos. Asimismo, y como dato fáctico que determina de modo esencial el interrogante formulado, emerge el contexto de grave crisis habitacional y gentrificación que padece nuestro país y que, en la actualidad, aparece caracterizado por un elemento dominante: el crecimiento exponencial experimentado por los precios del alquiler y las subsiguientes dificultades a las que se enfrentan amplios sectores de la ciudadanía para acceder a una vivienda.

Atendiendo a la magnitud social del problema planteado, en la última década se han aprobado normas, tanto autonómicas como estatales, orientadas a preservar el derecho a la vivienda de determinados individuos en condiciones de especial vulnerabilidad (de forma particularmente destacada, los deudores hipotecarios incurso en procesos de desahucio), así como a la implementación de medidas referidas a la promoción de vivienda social.

En cualquier caso el sistema de protección de los derechos constitucionales previsto por el art. 53 CE, distingue entre los derechos y deberes (art. 33) y los principios rectores de la política social y económica (art. 47).

2. La legislación dictada al respecto y su interpretación.

Desde el cambio de gobierno en junio de 2018 por el primer triunfo de una moción de censura en el periodo democrático, se ha incidido en una política legislativa de protección del arrendatario frente al arrendador.

La primera actuación fue el RD-Ley 21/2018, de 14 de diciembre, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, que no fue convalidado parlamentariamente y se convirtió en el cuarto supuesto desde la restauración de la Democracia y la aprobación de la Constitución, fue el preámbulo de la disolución de las Cortes generales por la falta de aprobación del proyecto de presupuestos para 2019 en febrero de ese año.

La falta de apoyo parlamentario del entonces socio preferente del gobierno de Pedro Sánchez, el grupo parlamentario de Unidos Podemos supuso la realización al parecer de un proceso negociador con este grupo, que fue el antecedente del nuevo RD-Ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, antes de la disolución de las cámaras y el nuevo gobierno de coalición entre ambos.

Posteriormente y en el curso de los avatares políticos y tras dos elecciones generales ha surgido el nuevo Gobierno de coalición que ha actuado en esta materia.

Podemos incidía en aquel primer momento en la competencia municipal, que como veremos, no es muy clara, salvo en el ámbito de la ordenación urbana, pero a nivel europeo el papel de los municipios en materia de *housing* es más que evidente, y de hecho el *non nato* proyecto de presupuestos generales para 2019 pactado entre el Gobierno y el grupo parlamentario de *Unidos Podemos* contemplaba la capacitación a los municipios para el control de los precios de los alquileres de viviendas, cuestión está muy discutible y que no se incorporó al Real Decreto-ley 21/2018, de 14 de diciembre, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, razón argumentada por el citado grupo para su voto en contra en la convalidación, que no se produjo, derogándose mediante Resolución de 22 de enero de 2019, del Congreso de

los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de derogación del Real Decreto-ley 21/2018, de 14 de diciembre, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler.

El posterior RD-Ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, tampoco entra en esta materia al menos en los términos explicitados por las declaraciones de los representantes del grupo parlamentario de Unidas-Podemos.

La principal causa por la que el anterior Real Decreto-ley 21/2018, no fue convalidado por el Congreso de los Diputados, se debió fundamentalmente (junto a la oposición de los grupos PP y Ciudadanos) a la negativa del indicado Grupo parlamentario Unidos Podemos a respaldarlo, dado que no incluía un sistema de control de las rentas de los contratos de arrendamiento.

Dicho control pretende introducirse ahora a través de un Sistema de índices de referencia del precio del alquiler de vivienda que regula la Disposición Adicional Segunda (63) del RD-Ley 7/2019 y en la próxima Ley de vivienda. Desde luego ello no garantiza que finalmente se lleve a efecto, porque son muchas las dificultades que aventura su implantación, siendo varios los ejemplos en los que determinadas disposiciones programáticas, no llegan nunca a desarrollarse, además el TC ha considerado que dicho índice solo puede tener efectos «ad intra» de las AAPP.

(63) Disposición adicional segunda. Sistema de índices de referencia del precio del alquiler de vivienda.

1. *Para garantizar la transparencia y el conocimiento de la evolución del mercado del alquiler de viviendas, así como para aplicar políticas públicas que incrementen la oferta de vivienda asequible y para facilitar la aplicación de medidas de política fiscal, se crea el sistema estatal de índices de referencia del precio del alquiler de vivienda, que se ajustará a las siguientes reglas:*

a) Se elaborará en el plazo de ocho meses por la Administración General del Estado, a través de un procedimiento sujeto a los principios de transparencia y publicidad. La resolución por la que se determine el sistema de índices de referencia se publicará en el «Boletín Oficial del Estado». Contra la resolución por la que se apruebe el sistema de índices de referencia podrá interponerse recurso contencioso-administrativo.

b) Para la determinación del índice estatal se utilizarán los datos procedentes de la información disponible en la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, en el Catastro Inmobiliario, en el Registro de la Propiedad, en los registros administrativos de depósitos de fianza y en otras fuentes de información, que sean representativos del mercado del alquiler de vivienda. Anualmente se ofrecerá una relación de valores medios de la renta mensual en euros por metro cuadrado de superficie de la vivienda, agregados por secciones censales, barrios, distritos, municipios, provincias y comunidades autónomas.

2. En sus respectivos ámbitos territoriales, las comunidades autónomas podrán definir de manera específica y adaptada a su territorio, su propio índice de referencia, para el ejercicio de sus competencias y a los efectos de diseñar sus propias políticas y programas públicos de vivienda.

La indicada Disposición preveía la elaboración del citado índice de referencia en el plazo de ocho meses por parte de la Administración General del Estado, utilizando a tal efecto los datos procedentes de la información disponible en la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, Catastro, Registro de la Propiedad, registros administrativos de depósito de fianzas y otras fuentes de información; debiéndose ofrecer anualmente una relación de valores medios de la renta mensual en euros por metro cuadrado de superficie de la vivienda, agregados por secciones censales, barrios, distritos, municipios, provincias y comunidades autónomas. No obstante, en su apartado 2 permite a las comunidades autónomas establecer su propio índice de referencia por lo que la diversidad de criterios está garantizada, aunque solo sea para los indicados efectos internos de la Administración.

En ningún momento o circunstancia se recogió la posibilidad de intervención de las entidades locales en esta nueva determinación legal, cuestión que se ve prolongada en el proyecto de Ley por el derecho a la vivienda, ya aprobado por el gobierno de coalición PSOE-Unidas Podemos.

Si se analiza la evolución del alquiler en España de los últimos años, se observa que ha pasado de representar el régimen de tenencia del 20,3% de la población en el año 2011, al 22,9% en el año 2021, según los últimos datos de Eurostat, lo que supone un incremento del 12,8% y puede representar alrededor de 700.000 viviendas más en alquiler en este periodo. Esta tendencia contrasta con la mayor estabilidad de la media de la Unión Europea, en la que el alquiler ha aumentado ligeramente del 29,6% en 2011 al 30,0% en 2017 (64).

Como acertadamente expresa GÍFREU (65) sin duda, el acceso a la vivienda es uno de los derechos al que se recorre con mayor asiduidad para describir el ideal de una vida digna, cuestión que ya apuntara GONZÁLEZ PÉREZ (66).

La exponencial subida del precio de los alquileres de viviendas ha supuesto un nuevo paradigma en el siempre difícil camino para la consecución del mandato del art 47 CE de acceso a una vivienda digna y adecuada, acrecentado por las calamidades de la pandemia y la guerra.

Debe destacarse que, tras la ligera mejora de la situación económica y el empleo a partir de 2015, la realización de políticas de estímulo y fomento del alquiler, la existencia de un mercado muy limitado para la rentabilidad tanto en la renta fija como en la bolsa y la falta de capacidad de financiación para grandes capas de población han convertido en un entorno muy favorable al

(64) Se puede consultar en https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Housing_statistics/es&oldid=498645#R.C3.A9gimen_de_tenencia.

(65) GÍFREU, *op. cit.*, p. 195.

(66) GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (2008)

alquiler. Por lo que, en los últimos años, y de forma especial el colectivo más joven, parece haber optado por el alquiler como principal opción para acceder a una vivienda, lo que a su vez vista la limitación de la oferta por fenómenos como el ya estudiado del alquiler vacacional ha suscitado una polémica sobre el planteamiento de políticas y viabilidad jurídica de limitación del alquiler.

Parece evidente que el alquiler es, en este momento, la única alternativa para una extensa capa de la población para acceder a una vivienda. Es en este contexto, que, en la fase de recuperación de la dinámica del mercado inmobiliario, a partir del año 2014, los precios de las rentas del alquiler se han incrementado en entornos urbanos con una alta demanda, hasta niveles desconocidos, con valores que han superado holgadamente los máximos anteriores a la crisis económica. Es evidente que la insuficiencia de la oferta de vivienda en régimen de arrendamiento ha generado ciertas tensiones de precios en determinadas áreas geográficas, destacando especialmente las ciudades de Madrid y Barcelona.

Una de las medidas que se están planteando en diversos ordenamientos jurídicos para garantizar el acceso a la vivienda y evitar el riesgo de exclusión que supone el considerable aumento de precio de los arrendamientos de viviendas en zonas de demanda tensionada de las grandes ciudades, es la de limitar el precio de las rentas. La duda que se plantea es si una medida de ese tipo sería o no constitucional en nuestro ordenamiento jurídico, pero que es la opción por la que se posiciona la Ley de vivienda (67).

Muchas son las voces que se han alzado en la línea de entender que una medida consistente en la limitación del precio de los contratos de arrendamiento entraría claramente en contradicción con nuestra Carta Magna, por cuanto que atentaría contra la libre disposición de la propiedad privada (art. 33 CE) y, consiguientemente, habría de considerarse inconstitucional, cuestión que se puede discutir, toda vez que existen argumentos que el Tribunal Constitucional ha expuesto al hilo de diferentes supuestos que se le han ido presentando a lo largo de su historia.

En concreto, en la sentencia 154/2015, de 9 de julio, dictada en resolución de un recurso de inconstitucionalidad presentado en relación con determinados preceptos de la Ley del Parlamento de Andalucía 13/2005, de 11 de noviembre, de medidas para la vivienda protegida y suelo, el citado Tribunal incidió que el Marco de Estado social (art. 1.1. CE) legitima al legislador *para negar pura y simplemente el derecho de propiedad por razones de utilidad pública e interés general —con los límites que impone el art. 33.3 CE— o, sin*

(67) El art 18 del proyecto de Ley regula la declaración de zonas de mercado tensionadas, con consecuencias para los contratos conforme a la Disposición final primera de dicha Ley , con prórrogas obligatorias y límites para el aumento de los alquileres

llegar hasta este extremo, a restringirlo para ajustar su contenido a los más variados objetivos colectivos (arts. 33.2 y 128.1 CE).

En línea con lo expuesto, incide también el TC en que la CE reconoce el derecho a la propiedad privada, concebido como un haz de facultades individuales a la vez de como un conjunto de derechos y obligaciones establecidos de acuerdo con las leyes y configurados en atención a valores e intereses de la comunidad (SSTC 204/2004, de 18 de noviembre y 37/1987, de 26 de marzo). De modo que, el legislador puede articular la función social de la propiedad imponiendo cargas o extrayendo facultades del haz que el mismo ha asegurado previamente (STC 148/1991, de 4 julio). Este mismo argumento empleado por el TC en las sentencias comentadas puede entenderse aplicable a la medida que nos ocupa y, en consecuencia, ampararía el hecho de que el Estado acordase limitar el precio de los contratos de arrendamiento, siempre que ello se encontrase debidamente justificado en motivos de interés colectivo, pero dentro de medidas contra la especulación y no como fórmula de pérdida patrimonial para los propietarios, máxime con la inflación existente.

Dicha justificación se encuentra, según los precursores de la medida, en el art. 47 CE, que establece el derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, obligando a los poderes públicos a promover las condiciones necesarias y establecer las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho. Este precepto, en opinión del TC, consagra un principio rector de la política económica y social que vincula a todos los poderes públicos (STC 141/2014, de 11 de septiembre).

En línea similar de admisión de la medida discutida se están pronunciando tribunales constitucionales de países de nuestro entorno y especialmente de países integrantes de la Unión Europea, como son las dictada por el TC alemán en fecha 20 de agosto de 2019.

El Estado, a través del ya mencionado RD-Ley 17/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y de alquiler, dispuso la creación de un «sistema estatal de índices de referencia del precio de alquiler de vivienda». Dicho índice queda minimizado por el Tribunal Constitucional en su STC 14/2020, de 28 de enero, FJ 5, que ha afirmado que los aludidos índices se limitan a recoger «criterios orientadores que pueden contribuir a ordenar el mercado de la vivienda» y, por lo tanto, aparecen despojados de carácter vinculante.

Todavía, pues, no contamos con una interpretación actual del alto interprete de la CE sobre regulación referida a la limitación del precio de los alquileres. A este respecto y más allá del efecto práctico que una medida de este tipo pueda tener sobre el mercado del alquiler (y que es seriamente cuestionada por la realidad de aquellos países en los que la misma ya se está aplicando), debemos señalar que su introducción en nuestro ordenamiento,

siempre y cuando cumpliera con determinadas exigencias, no implicaría necesariamente una vulneración del derecho de propiedad privada recogido en el artículo 33 de la Constitución, en los términos anteriormente analizados, pero que tampoco el legislador puede imponer sin indemnizar, obligaciones a la propiedad que le supongan lesión patrimonial.

V. EXPERIENCIAS Y SOLUCIONES EN EL DERECHO COMPARADO

En 2019, tres países de nuestro entorno modificaron o instauraron nuevas políticas para intentar atajar el problema del incremento de los precios de alquiler, Alemania (68), Francia y Portugal (69). Los dos primeros han hecho una actualización e intento de mejoras de los instrumentos que habían dispuesto hace un quinquenio, y que parecía tendrían una aplicabilidad temporal. Portugal, por su parte, ha implantado el nuevo modelo para intentar frenar la escalada de precios en el mercado de alquiler.

En el caso francés, y tal y como destaca BOTO ÁLVAREZ, la Ley Ellan (70) se articula en cuatro títulos bien diferenciados, que marcan los principales objetivos

(68) En Alemania, el sistema actual de «freno del precio del alquiler» (*Mietpreisbremse*) se adoptó en 2015 (mediante la modificación del artículo 556d y 556e del Código Civil alemán). La norma alemana establece que los incrementos de los nuevos contratos de alquiler, en zonas de tensión que motivadamente determinen las autoridades regionales, se limitase a un importe máximo del 10% por encima del alquiler de referencia del área donde se ubica la vivienda (quedaban exceptuadas las viviendas en las que se hubiesen realizado obras de rehabilitación, las que los contratos anteriores ya tuvieran un alquiler que superara el importe máximo establecido, y las viviendas construidas con posterioridad al 1 de octubre de 2014). El objetivo que perseguía la aplicación de la medida era, como expone el Ministerio de Justicia y de protección del consumidor, la de crear «un equilibrio justo entre los intereses de los propietarios y los inquilinos. Cualquiera que invierta dinero debería continuar pudiendo ganar dinero. Pero —aclara—: los apartamentos no son productos puros, son el hogar de las personas». El mecanismo, no supuso una mejora de la situación, por lo que se han adoptado nuevas medidas e intensificado el control de su utilización, en enero y octubre de 2019. La aplicación del instrumento, inicialmente planeado para cinco años, hasta 2020, se ha previsto ampliar hasta 2025. Esta Ley ha sido objeto de sentencia del Tribunal Constitucional de Karlsruhe referida a una ley del Land de Berlín, de 12 de abril de 2018. 556d Absatz 1 und Absatz 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) in der Fassung des Mietrechtsnovellierungsgesetzes (MietNovG) vom 21. April 2015 (BGBl I S. 610) mit Artikel 3 Absatz 1 und Artikel 80 Absatz 1 Satz 2 des Grundgesetzes unvereinbar uns daher nichtig ist.

(69) Así conforme se constata en <https://supercasa.pt/es-es/noticias/gobierno-aprueba-regulacion-de-normas-de-la-ley-basica-de-vivienda/n114>, en Portugal, con el fin de fortalecer la función social de la vivienda, los municipios podrán presentar una propuesta de arrendamiento al propietario, en el ámbito de clasificar las propiedades como desocupadas, para su posterior subarrendamiento, o determinar la ejecución de obras, en los términos del RJUE (Régimen Legal de Urbanización y Edificación), cuando sea necesario.

(70) BOTO ÁLVAREZ, Alejandra (2019).

de la norma: (1) construir más, mejor y más barato; (2) hacer evolucionar el sector de la vivienda social; (3) ajustarse a las necesidades particulares y favorecer la diversidad social y, por último mejorar las condiciones de vida de la población.

La Ley ELAN recupera la posibilidad de establecer límites en el precio de los alquileres, en la línea abierta por la Ley ALUR en su momento (art. 140), disponiendo que podrá ensayarse experimentalmente, siempre que se den una serie de condiciones. Se establecerá entonces un precio medio de referencia, con variaciones al alza o a la baja según zona, año de construcción, calidades o número de habitaciones. Una vez puesta en marcha la regulación experimental, la constatación de alquileres inadecuados a las referencias dará lugar a un requerimiento previo al arrendador, y posible multa de hasta 5.000 € en el caso de personas físicas, y 15.000 € en el caso de personas jurídicas.

Tras la aprobación definitiva de la Ley en el Senado el 16 de octubre de 2018, un grupo de más de 60 diputados impugnó ante el Consejo Constitucional ciertas disposiciones de los artículos 42, 43 y 45 de la Ley (referidos a la flexibilización de las reglas sobre construcción en el litoral) y el artículo 64 (sobre la minoración de las normas de accesibilidad universal en materia de construcción de nuevas viviendas).

En su decisión nº 2018-772, de 15 de noviembre, el Consejo Constitucional declaró todos esos preceptos conformes con la Carta Magna, aunque planteó otros reparos de oficio.

El Consejo sí entendió que el texto aprobado en el Parlamento contenía hasta 19 artículos introducidos como enmiendas sobre el proyecto de Ley sin que realmente tuvieran relación con el mismo, y por tanto los anula por tratarse de *cavaliers législatifs*. Eran disposiciones que trataban sobre asuntos como la creación de un observatorio de diagnósticos inmobiliarios (art. 72).

Desde el punto de vista político y económico, está muy vivo el debate sobre las bondades de la regulación de los precios del alquiler, toda vez que posteriormente se publicó un Decreto acordando que toda la metrópolis de París se someta al sistema experimental fijado en la Ley ELAN. Así, cada año y por resolución prefectoral, se fijará un precio de referencia, y sus límites máximo y mínimo en función del metro cuadrado útil, la categoría de la vivienda y el sector geográfico donde se sitúa. El presidente Macron ha asegurado públicamente que no cree en esta medida, pero reconoce que vale la pena permitir que se haga el experimento; por su parte, el Secretario de Estado de Territorio, ha afirmado que sólo después del plazo experimental podrá saberse si la limitación de alquileres funciona o no. La posible «huida» de los propietarios del sector y el desincentivo a la inversión son los principales riesgos a los que se enfrenta la medida, argumentos que también han salido en nuestro país con ocasión de la aprobación del Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler.

La herramienta en materia normativa en Francia para el control del incremento de los alquileres no ha tenido una implantación pacífica, y en tan solo unos años ha sufrido importantes modificaciones. Así, a la inicial Ley 2014-366, de 24 de marzo de 2014, para el acceso a la vivienda y un urbanismo mejorado (Ley Alur) que permitió la implantación del mecanismo en París en el año 2015, quedó paralizada tras una decisión del Tribunal Administrativo de la capital francesa, obligando que el Gobierno decidiera adoptar en 2018 una nueva normativa, conocida como Ley Elan (Ley 2018-1021 de 23 de noviembre de 2018 de evolución de la vivienda, el desarrollo y la tecnología digital) por la cual, en su artículo 140, prevé que de forma experimental, hasta el 2023, pueda adoptarse la regulación del alquiler en las determinadas zonas geográficas del país, con más de 50.000 habitantes, sometidas a una situación de desequilibrio y tensión de precios.

El Decreto 2019-315, de 12 de abril de 2019, estableció que el sistema de gestión de alquileres previsto en el artículo 140 de la mencionada ley de 23 de noviembre de 2018 que se implementa en todo el territorio de la ciudad de París, y se aplica a los contratos firmados a partir del 1 de julio de 2019. De forma parecida al sistema alemán, existe un alquiler de referencia, que en este caso tiene en consideración el número de habitaciones de la vivienda, el año de construcción y su ubicación, y con unos márgenes respecto del valor que se establece como referencia, estos tienen un carácter fijo, +20% para el valor superior, valor que no puede superar el contrato de alquiler, y -30% para el valor inferior. La referencia de alquiler no se aplica en el caso de obras de renovación de la vivienda, o en el caso de un alquiler manifiestamente infravalorado.

En Alemania, el sistema actual de «freno del precio del alquiler» (*Mietpreisbremse*) se adoptó en 2015 (mediante la modificación del artículo 556d y 556e del Código Civil alemán).

La norma establece que los incrementos de los nuevos contratos de alquiler, en zonas de tensión que motivadamente determinen las autoridades regionales, se limitase a un importe máximo del 10% por encima del alquiler de referencia del área donde se ubica la vivienda (quedaban exceptuadas las viviendas en las que se hubiesen realizado obras de rehabilitación, las que los contratos anteriores ya tuvieran un alquiler que superara el importe máximo establecido, y las viviendas construidas con posterioridad al 1 de octubre de 2014). El objetivo que perseguía la aplicación de la medida era, como expone el Ministerio de Justicia y de protección del consumidor, la de crear «un equilibrio justo entre los intereses de los propietarios y los inquilinos. Cualquiera que invierta dinero debería continuar pudiendo ganar dinero. Pero —aclara—: los apartamentos no son productos puros, son el hogar de las personas». El mecanismo, no supuso una mejora de la situación, por lo que se han adoptado nuevas medi-

das e intensificado el control de su utilización, en enero y octubre de 2019. La aplicación del instrumento, inicialmente planeado para cinco años, hasta 2020, se ha previsto ampliar hasta 2025.

Se recoge igualmente el sistema de renta referenciada, aunque el *Mietspreibremse* también deja un margen del 10% (§ 556d BGB) respecto al índice de referencia (§558(2) BGB), por ejemplo *Mietspiegel*, las prestaciones se valoran individualmente aplicando una tabla de correcciones en los precios. De esta manera, si la vivienda dispone de mejores o peores prestaciones se suma o se resta un precio por m² al índice. Por ejemplo, si la vivienda fue construida entre 1991 y 2002 y tiene un baño pequeño se le resta 0,32 €/m²/mes. En cambio, si es una vivienda de antes de 1918 con cocina rehabilitada, se puede aumentar 1,37€/m²/mes.

En Alemania es muy importante el papel que juegan las Asociaciones de propietarios e inquilinos al establecer unos baremos que pueden sumarse o restarse a los precios y que ponderan el valor de determinadas características de la vivienda que son muy importantes para determinar el precio, como puede ser, por ejemplo, que la cocina o el baño estén reformados, que las ventanas sean de aluminio, que haya calefacción o aire acondicionado en la vivienda, ya que existe a nivel nacional la Federación de propietarios *Zentralverband der deutschen Haus – Wohnungs– und Grundeigentümer e.V. (Haus und Grund Deutschland)*, que incluye a 22 asociaciones federales y otras 900 asociaciones que prestan servicio a 900.000 socios, y la Asociación Alemana de inquilinos (*Deutscher Mieterbund e.V., DMB*), que agrupa a 320 asociaciones locales.

Sobre esta disposición, ya hay una Resolución del Tribunal Constitucional Federal alemán, que ha validado la medida de la limitación del incremento de los contratos de alquiler (71). El Tribunal considera que la interferencia que supone la limitación del alquiler con los derechos del propietario es proporcional. Dice el Tribunal que es de «interés público» evitar el desplazamiento de la población vulnerable de las zonas donde la demanda de alojamiento es alta, entendiéndose que se desconocen otros sistemas que sean «con certeza» efectivos a corto plazo. Viene a considerar que el equilibrio es justo, entre los intereses de ambas partes, arrendador y arrendatario.

Finalmente, Portugal, también, desde el 1 de julio de 2019, ha puesto en marcha un sistema que, si bien se aleja del control de rentas, cabe destacar por su singularidad, y porque hay una identidad de la finalidad que se

(71) Así la citada sentencia del Tribunal Constitucional de Karlsruhe referida a una ley del Land de Berlín, de 12 de abril de 2018. 556d Absatz 1 und Absatz 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) in der Fassung des Mietrechtsnovellierungsgesetzes (MietNovG) vom 21. April 2015 (BGBl I S. 610) mit Artikel 3 Absatz 1 und Artikel 80 Absatz 1 Satz 2 des Grundgesetzes unvereinbar und daher nichtig ist.

persigue, atajar la subida de precios de alquiler. El mecanismo de «arrendamiento accesible» se basa en el establecimiento de unas rentas máximas de alquiler, que se fijan básicamente en función de la ubicación (municipio) y del número de estancias de la vivienda. El arrendador que haya celebrado un contrato por un importe inferior al establecido obtendrá la total exención de los impuestos correspondientes por las rentas percibidas. Se trata pues de una limitación voluntaria, debidamente estimulada para intentar evitar el aumento de los precios.

VI. LOS INTENTOS DE LIMITAR LOS PRECIOS DE LOS ALQUILERES DE VIVIENDAS

1. La política de suelo

Siguiendo la doctrina estrictamente económica de Adam Smith, si existe una oferta mayor que la demanda los precios bajarán, nuestra Constitución al mandar en la lucha contra la especulación, intenta evitar la retención de suelo, a los efectos de facilitar la urbanización y edificación que hagan factible el derecho a una vivienda digna de los españoles.

Para ello, incluso antes de la Constitución las políticas legislativas urbanísticas con inició en la ley sobre el régimen del suelo y Ordenación Urbana de 12 de mayo y 1956, pretenden facilitar la existencia de un gran parque de viviendas tanto libres como protegidas que faciliten o coadyuven a la consecución de ese derecho, equilibrando la relación oferta /demanda .

Obviamente el papel de los municipios será esencial pero más bien como vigilante y controlador del cumplimiento de los límites de los procesos urbanísticos y por supuesto su papel como generador de suelo (72).

En general la sociedad no percibe los problemas jurídico-urbanísticos más que a través de la relación directa con las cuestiones cotidianas, siendo la más recurrente el exponencial aumento de los precios de la vivienda en todo el país y especialmente en algunas Comunidades Autónomas, singularmente las de Madrid y Cataluña.

La lucha contra dicho fenómeno ha sido uno de los principales justificantes de la profusa legislación urbanística de las Comunidades Autónomas y así debemos reafirmar (73) que el objetivo, en su conjunto, del derecho urbanístico debe ser no sólo facilitar el proceso transformador del suelo, sino especialmente articular las medidas necesarias para establecer una contención en el mercado inmobiliario.

(72) Al respecto, VILLAR ROJAS, Francisco José, Vol. 1 (2008), pp. 635-673.

(73) GARCÍA RUBIO, F. (2007), pp. 107-123.

Así a la hora de abordar un estudio de la problemática urbanística en las políticas de suelo debemos, con carácter previo, realizar un breve excursu histórico sobre la situación general en nuestro país con el fin de comprender la situación jurídica y real del problema de la vivienda.

En primer lugar y partiendo de nuestra Carta Magna debemos recordar que el reiteradamente citado artículo 47 de la Constitución marca el derecho de acceso a una vivienda digna de todos los españoles como principio rector de la política social y económica y línea de actuación de todas las Administraciones públicas.

Ese mandato constitucional es complementado en la Carta Magna con una disposición jurídica vinculante «*La Comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos que fomentará la lucha contra la especulación*».

Este supuesto es el que ha orientado todas las legislaciones desde la indicada Ley Sobre Régimen de Suelo y ordenación Urbana de 12 de mayo de 1956, un fuerte prisma intervencionista en el que la regulación del urbanismo y crecimiento de las poblaciones se hace mediante la remisión al plan, el planeamiento urbanístico en cascada (plan territorial, plan general, plan parcial, etc.).

Este modelo del planeamiento fuertemente vinculado en su momento —(año 1956)— al fenómeno del *Welfare State* por influencia del laborismo británico (*Town and country planning act*) y de la planificación francesa de los años 50 (74), ha triunfado claramente en el pensamiento urbanístico español y de la Europa occidental, por lo que es fuertemente criticado cualquier modelo alternativo, e incluso la legislación más liberalizadora de los gobiernos del PP (Reales Decretos Leyes 5/1996 y 4/2000), mantuvo una remisión al planeamiento.

Dentro de ese modelo de crecimiento urbano controlado, a través de planes (esto es previsiones de futuro) se han establecido los diversos supuestos de las opciones que han surgido de las urnas.

Así, el mandato de participación de la comunidad en las plusvalías que generase la acción urbanística de los Entes públicos se cumplimentó incluso con anterioridad a la Constitución en la Ley del Suelo de 1976 con la obligación de ceder por parte de los propietarios de los suelos reclasificados como urbanizables, además del suelo necesario para viales, parques públicos, etc. De un 10% del aprovechamiento resultante.

La ley del Gobierno Socialista 8/1990 y el TR 1/1992, ahondaron en el intervencionismo, aumentando las cesiones al 15%, e incluso estableciendo ese deber para los suelos urbanos consolidados (solares) que teóricamente habrían cedido ya cuando ese suelo se transformó.

(74) GARNEZ, J.F. (1976).

Esa innovación de la Ley 8/1990 (mucho más extensa y con medidas más intervencionistas) abrió la caja de Pandora de las Comunidades Autónomas, puesto que fue la primera ley urbanística estatal tras la asunción de competencias exclusivas por los estatutos de las Comunidades Autónomas, lo cual produjo su impugnación ante el Tribunal Constitucional y la STC 61/1997, de 20 de marzo, que anuló más de 200 artículos del TRLSOU 1/1992 de la Ley del Suelo.

Partiendo de dicha situación en junio de 1996 y tras diversos informes del Tribunal de defensa de la competencia que propiciaron un caldo de cultivo favorable al cambio, se aprobó el Real Decreto Ley 5/1996 sobre medidas liberalizadoras en materia de suelo y colegios profesionales (luego Ley 7/1997), dicho RD Ley atribuyó las competencias en materia de aprobación inicial de instrumentos de planeamiento de desarrollo (planes parciales, especiales, estudio de detalle) a la Alcaldía, con la lógica agilización y modificó la Ley estatal de 1992, suprimiendo las cesiones obligatorias a la administración en suelo urbano consolidado y sobre todo estableciendo una nueva clasificación de los tipos de suelo al suprimir la distinción entre urbanizable programado y no programado y estableciendo una inversión en el tratamiento del suelo no urbanizable (rústico), puesto que se considera que sólo aquel que se considere a proteger quedaría excluido del proceso urbanizador, siendo el resto de los suelos no urbanos de carácter urbanizable.

Tras la sentencia del constitucional de 1997 el Estado adaptó su legislación a dicha doctrina y a la política liberalizadora instaurada desde 1996, pero con escasa capacidad de innovación, dada la situación parlamentaria del período 1996/2000.

Producto de dicha situación fue la Ley 6/1998, sobre el Régimen del Suelo y Valoraciones, que fue modificada por el RD Ley 4/2000, que acentuó la liberalización al considerar como no urbanizable aquel suelo que estuviera expresamente protegido por normas de carácter tasado (medioambiental, arqueológico, paisajístico, etc.) y posteriormente por la Ley 10/2003, que volvieron a posibilitar la existencia de suelo no urbanizable «común». Dicha Ley y Decreto Ley, pese a ser recurridos al Tribunal Constitucional, superaron dicho proceso sin prácticas dificultades, a excepción de las precisiones de la STC 164/2001.

Posteriormente y tras un nuevo cambio de gobierno se produjo la aprobación de la ley de suelo 8/2007, que introdujo un nuevo prisma por su apuesta por la ciudad compacta y la sostenibilidad, iniciando un nuevo prisma de rehabilitación y regeneración urbana. Lo que se profundizó con el TRLSOU 2/2008 y la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbana, desembocando en el actual Texto refundido de la Ley del suelo y rehabilitación urbana, aprobado por Real Decreto legislativo 7/2015, de 30 de octubre.

Por tanto, el marco actual del urbanismo estatal se reduce conforme a la STC 61/1997 a la regulación del Estatuto de la Propiedad Inmobiliaria (clases de suelo y deberes de los propietarios con carácter básico en cada una de ellas sin perjuicio de que se aumenten por la legislación autonómica), régimen jurídico de las Administraciones Urbanísticas (relaciones con Registro de la Propiedad, órganos competentes en vía municipal para aprobación de actos, responsabilidad patrimonial, etc.), y expropiación forzosa con sus respectivas valoraciones, referidas al procedimiento expropiatorio, pero pudiendo las Comunidades Autónomas establecer «*causas expropiando*» propias y pudiendo igualmente constituir órganos específicos para la revisión de precios.

La legislación urbanística en su conjunto queda en manos de las Comunidades Autónomas, siendo éstas las que fijen los procedimientos de transformación del suelo, los requisitos, etc.

Pues bien en todas esas legislaciones e incluso con anterioridad (ley de registros de solares y terrenos sin urbanizar) se pretendió mediante una intervención pública la disminución de los precios de la vivienda, luchando contra la especulación mediante mecanismos como las cesiones obligatorias, ya apuntadas para constituir un patrimonio público de suelo con destino obligatorio a viviendas protegidas.

Igualmente, la incorporación del sistema de expropiación como actuación urbanística que permita generar viviendas ante situaciones de inacción o especulación por parte de los particulares y la obligación de que un porcentaje de cada unidad de ejecución este destinado a viviendas protegidas.

Pero parece evidente, que tanto las crisis económicas (75), como la incapacidad de las administraciones para generar un parque de vivienda pública que simultáneamente haga accesible la vivienda a colectivos desfavorecidos e incida en el precio del resto por la incidencia en la oferta, que existe un claro fracaso en esta pretensión.

2. Congelaciones de rentas

El derecho de los arrendamientos urbanos, como hemos visto, se ha reformado sucesivamente, y de forma pendular, limitando los derechos de propietario o arrendatario para adaptarse a la realidad socioeconómica de cada momento histórico, como por ejemplo lo hace la LAU 1964 y posteriormente el RD-Ley Boyer. Y además se enfrenta a la dificultad que reviste el intentar esta-

(75) No obstante el destino general de los patrimonios públicos del suelo, el art 52.5 del Texto refundido de la Ley de suelo y rehabilitación urbana permite destinarlo a reducir la deuda comercial y financiera del Ayuntamiento, siempre que se cumplan todos los requisitos previstos en dicho precepto, redactado mediante Decreto-Ley en mitad de la crisis .

blecer normas que garanticen el equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, cuando los intereses de ambas, en muchos casos, son contrapuestos. Hay que destacar que la tradición histórica ha sido un elemento determinante para la adopción del régimen actual que ha mantenido la estructura romana de configurar el arrendamiento como un derecho personal del arrendatario. Ante dicho contexto jurídico, y de acuerdo al principio de autonomía de la voluntad de las partes que rigen las relaciones contractuales, el sector ha precisado un fuerte intervencionismo por parte del Estado para paliar la desprotección sufrida por el arrendatario, parte débil (en teoría) del contrato.

El desequilibrio natural que existe entre la posición de las partes en el contrato de obligaciones arrendaticias, de acuerdo a la divergencia en sus intereses y a la posición de debilidad en la cual se encuentra el arrendatario, ha reclamado ese intervencionismo por parte del Estado para paliar el régimen recogido en el Código civil, que ha sido como hemos descrito objeto de normas especiales de forma reiterada y proteccionista del arrendatario.

La duración del contrato, las causas de resolución y la fijación de la renta son los elementos determinantes para poder garantizar la estabilidad del arrendatario y, por consiguiente, la satisfacción de su necesidad de vivienda. Por este motivo son los elementos modificados sucesivamente a lo largo de la historia para intentar adaptar el régimen jurídico a la realidad social del momento. No obstante, estos elementos, dada su importancia, influyen sensiblemente en la oferta y demanda del mercado de vivienda, de forma que un excesivo intervencionismo influye negativamente en disponer de un parque de viviendas suficiente, cuestión que es fácilmente constatable por el aumento de precios en el periodo 2019-2022, pese a las normativas proteccionistas del inquilino que hemos descrito, siendo especialmente grandes en Cataluña donde además se ha producido una legislación autonómica mas intervencionista.

El intervencionismo en la materia se ha desarrollado históricamente materia de congelación de rentas, subrogaciones obligatorias, prórrogas de los alquileres, etc. La introducción de medidas de contención de las rentas arrendaticias puede constituir una limitación legislativa, ciertamente de primera magnitud, a la propiedad de las viviendas de alquiler. Socialmente, estas medidas —extensamente practicadas en otros países— se suelen justificar por la escalada de precios del alquiler en mercados muy tensionados, la sobrecarga insostenible que el aumento de las rentas implica en muchos presupuestos familiares y las consecuencias de exclusión residencial y gentrificación de espacios urbanos que este estado de cosas trae consigo. Su adopción puede fundamentarse sin duda en la función social de la propiedad de las viviendas destinadas al uso residencial y ser constitucionalmente aceptable, siempre que las medidas respeten el contenido esencial de dicha propiedad (art. 53.1 CE) y guarden proporción a la finalidad pretendida, puesto que en caso contrario una anciana

viuda cuya única renta sea el alquiler de una casa, puede verse en manos de jóvenes profesionales bien retribuidos que careciendo de escrúpulos aduzcan todos los derechos legales que hemos relatado.

Un buen ejemplo de escrutinio constitucional de medidas de freno a la renta de alquileres de vivienda en el que se aplican ambos parámetros de constitucionalidad (el respeto al contenido esencial de la propiedad y el principio de proporcionalidad) puede encontrarse, en el derecho comparado reciente, en la sentencia del Tribunal Constitucional alemán, de 18 de julio de 2019 (1 BvL 1/18), que declara la conformidad constitucional de las medidas adoptadas por el legislador federal alemán en 2015.

La intervención legislativa en la propiedad en aras a la satisfacción de intereses sociales puede ser intensa e implicar mermas sustanciales en la utilidad económica del bien afectado, pero no puede llegar a anularla. Desde la STC 37/1987, de 26 de marzo, el Tribunal Constitucional español ha reiterado cada vez que ha abordado la cuestión que el contenido esencial de la propiedad exige preservar un espacio de «*utilidad meramente individual*». En particular, en relación con la determinación de las rentas arrendaticias, «*una disposición que supusiera el vaciamiento del contenido económico de la renta acordada podría representar la vulneración del derecho reconocido en el art. 33 de la Constitución*» (STC 89/1994, FJ 5).

Con todo, la jurisprudencia constitucional no ha definido el grado de protección de este contenido mínimo infranqueable, ni el grado de intensidad que pueden tener las limitaciones al pleno aprovechamiento de los bienes, más allá de proscribir la supresión de toda rentabilidad. Por esta razón, si llega el caso, será previsiblemente crucial contrastar las medidas que puedan adoptarse con el principio de proporcionalidad, que en su formulación jurídico-constitucional estándar implica controlar el cumplimiento de tres requisitos: si las medidas son idóneas para conseguir el objetivo propuesto; si son necesarias, porque no existían medidas menos lesivas para la consecución del mismo fin con igual eficacia, y si son equilibradas o proporcionadas en sentido estricto, por derivarse de ellas más beneficio para el interés general que perjuicio para los bienes o valores en conflicto (por ejemplo, STC 48/2005, de 3 de marzo).

En relación con las limitaciones al derecho de propiedad sobre las viviendas, el Tribunal Constitucional ha aplicado hasta ahora una versión más mitigada de esta forma de control, según la cual el legislador, aparte del necesario respeto al contenido esencial del derecho de propiedad, no tiene otro límite que «*el de no sobrepasar el equilibrio justo o relación razonable entre los medios empleados y la finalidad pretendida [...], teniendo en cuenta que en las decisiones de índole social y económica se reconoce al legislador un amplio margen de apreciación sobre la necesidad, los fines y las consecuencias de sus disposiciones*» (STC 16/2018, de 22 de febrero; STC 32/2018, de 12

de abril). El hecho de que las medidas que limitan el precio de mercado del uso de un bien afecten al núcleo duro de la utilidad individual parecería exigir un control estricto de su proporcionalidad.

En este escrutinio pueden ser relevantes, por citar solo las variables más importantes, la forma de definir las áreas afectadas por las medidas y de activación de estas, incluyendo su revisabilidad judicial; el alcance económico de las medidas (p. ej., si establecen un freno al incremento de las rentas por encima de los precios de referencia o imponen su congelación al margen de los precios de mercado), su generalidad o selectividad en relación con las viviendas afectadas y su configuración como medidas transitorias o con vocación de permanencia.

Ciertamente los tiempos que vivimos están poniendo en entredicho casi todos los conceptos básicos de nuestro ordenamiento jurídico, incluso los del Derecho civil, siempre más permanentes que los del Derecho público. Son tiempos extraordinarios que exigen a veces soluciones jurídicas extraordinarias, pero que deben de mantener la coherencia con los principios básicos de nuestro ordenamiento constitucional y de respetar la seguridad jurídica. El Estado de Derecho no desaparece en situaciones excepcionales, pero tiene que adaptarse a las mismas. Lo estamos viendo con la crisis sanitaria provocada por el COVID-19 y las normas que se están dictando desde esos días por el Consejo de ministros, que se prolongan con la actual crisis energética y de inflación desbocada provocada por la intervención rusa en Ucrania.

La pregunta desde un punto de vista técnico-jurídico en el marco de la economía social de mercado, consiste en determinar si la función social del derecho de propiedad a la que hace referencia el art. 33.2 de nuestra Constitución avala una norma de estas características, habida cuenta de la imposibilidad de acceder a una vivienda en alquiler para muchos colectivos —especialmente los jóvenes— antes de las crisis en grandes ciudades como Madrid o Barcelona y hoy en día de forma más general .

Desde el punto de vista económico también se ha discutido mucho si una norma de estas características tiene los efectos deseados o contribuye a contraer aún más el mercado de alquiler, al desincentivar la oferta por parte de los propietarios. Además, puede contribuir a devaluar el valor de las propiedades.

Es indudable que afecta al derecho de propiedad consagrado en el art. 33.1 de la Constitución, pero no se trata de un derecho absoluto o que carezca de límites, como ha repetido en innumerables ocasiones el Tribunal Constitucional. En cuanto a la fórmula —si se permite la expresión— para determinar si una norma vulnera o no el contenido esencial de este derecho, nuestro TC en línea con la doctrina constitucional de otros países como Alemania, y con la del TJUE y el TEDH ha venido aplicando el denominado «*test* de proporcionalidad en tres escalones» (adecuación, necesidad y ponderación), como hizo

en la sentencia 48/2005, de 3 de marzo, si bien no en un supuesto como el que nos ocupa de posible limitación o imposición de cargas a un propietario atendiendo a la función social de la propiedad (se trataba de la expropiación legislativa de la sede del Parlamento de Canarias).

No obstante, lo anterior, también es cierto que el TC más recientemente ha relajado un tanto este control precisamente frente a normas autonómicas que imponen al propietario de viviendas determinadas limitaciones, invocando precisamente la necesidad de asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda. Se trata sobre todo de sentencias que recuerdan la necesidad de Ley estatal en la materia que se encuentra en tramitación parlamentaria.

Aunque, como hemos visto, el derecho de propiedad limita el margen de maniobra del legislador para regular los precios del alquiler de las normativas nacionales, hay que tener en cuenta que su adopción descansa en la satisfacción de otro derecho reconocido constitucional e internacionalmente, que es el derecho a la vivienda (art. 47 CE) o, incluso otros como la intimidad y el libre desarrollo de la personalidad (art. 18 CE). Este derecho, junto a la función social de la propiedad (art. 33.2 CE), tiene la finalidad de proteger el goce de la vivienda familiar y, por lo tanto, en base a éstos las legislaciones nacionales pueden adoptar sistemas que limiten los importes máximos de renta a satisfacer por los arrendatarios.

Así lo ha admitido en sus resoluciones el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que exige que exista un justo equilibrio entre los intereses de la sociedad en general y de los arrendatarios en particular, del derecho de propiedad del arrendador y de los medios escogidos (tipo de control de renta) para conseguir la finalidad pretendida (que el alquiler sea asequible). Es por este motivo que el TEDH exige que la injerencia del Estado al establecer un sistema de control de renta supere un juicio de proporcionalidad.

En este sentido, la STEDH de 10 de abril de 1995 establece que la diferencia de trato que se otorga a los arrendatarios en las diferentes regulaciones que fijan tipos de rentas máximas o no en España (LAU 1964, RD-Ley 2/1985, LAU 1994) tiene por objeto facilitar a personas de condición modesta el acceso a una vivienda a precio razonable en situación de crisis. Y considera que la medida adoptada es pertinente y útil en relación a la finalidad pretendida y, en consecuencia, supera el juicio de proporcionalidad por fundamentarse en la protección social de los antiguos arrendatarios, y evitar así un incremento desmesurado de los alquileres, que habría tenido consecuencias nefastas en el plano social.

Cabe recordar que en España ya se estableció la congelación de las rentas de alquiler en 1920, con la aprobación del Real Decreto de 21 de junio y que, estuvo vigente hasta 1985, cuando se acordó aplicar el principio de libertad de renta con la aprobación del artículo 9 del RD-Ley 2/1985, sobre medidas de política económica en el régimen arrendaticio. Y aunque el Decreto 4104/1964

que aprobó el Texto Refundido de la Ley de arrendamientos urbanos también reconocía este principio y la obligación del Gobierno de aprobar un Decreto para poder revalorizar las rentas, esta norma nunca llegó a aprobarse.

Debe recordarse que ya el Tribunal Supremo rechazó que la pasividad del gobierno ante la revalorización de las rentas durante 25 años y en cumplimiento del artículo 100.1 LAU 1964 fuera en contra del derecho de propiedad (art. 33 CE). Así, la STS de 29 de mayo de 2000 reconoció que la propia Ley 29/1994 de Arrendamientos Urbanos en la exposición de motivos reconocía como antieconómicas las rentas congeladas, pero dicha medida se justificaba en las circunstancias coyunturales del momento, en la función social de la propiedad (art. 33.3 CE) y en la finalidad de promover el mercado de alquiler para la satisfacción del artículo 47 CE.

Ahora bien, no cabe olvidar que el TEDH ha reconocido el derecho de los arrendadores a obtener un beneficio razonable por sus viviendas arrendadas en el mercado privado, pues en caso contrario, podría suponer una vulneración del derecho de propiedad del artículo 1 del Protocolo del Convenio Europeo de Derechos Humanos. La STEDH de 15 de septiembre de 2009 reconoció que, independientemente del margen de discrecionalidad de los Estados, su regulación no puede dar lugar a resultados que sean manifiestamente irrazonables, como la obtención de rentas que solo permitan a sus arrendadores obtener un beneficio mínimo.

Además, la Resolución del Parlamento Europeo de 11 de junio de 2013 reconoce la necesidad de establecer límites a los aumentos de renta con la finalidad de evitar la especulación, siempre que se utilicen criterios objetivos y que el método establecido garantice que el aumento sea moderado.

Por otra parte, la STC de 17 de marzo de 1994 (RTC 1994\89) establece que esta regulación no supone la pérdida o vaciamiento de la utilidad económica del bien arrendado, ni la delimitación del contenido esencial del derecho de propiedad. Sino que la limitación de dicho derecho descansa en la función social de la propiedad regulada en el propio artículo 33.3 CE y en la necesidad de satisfacer el derecho a una vivienda digna y adecuada, regulada en el artículo 47 CE, ya que la introducción y mantenimiento de la prórroga forzosa tiene como finalidad la consecución de los intereses que se consideraban necesarios de especial protección para dar cumplimiento al mandato constitucional, y que se justifica concretamente en la protección del arrendatario ante la situación del mercado inmobiliario.

Al margen del debate sobre la idoneidad u oportunidad de una política legislativa de esta naturaleza, nos debemos preguntar si la previsión legal de un sistema de limitación o contención de rentas en el mercado de arrendamiento de viviendas, es compatible con la protección constitucional del derecho de propiedad.

Pero tanto el TEDH (Sentencia de 28 de febrero de 2014 Caso *Bitto y otros vs. Eslovaquia*; y Sentencia de 19 de diciembre de 1989, Caso *Mellacher vs. Austria*), como nuestro Tribunal Constitucional (Sentencia de 11 de diciembre de 1992; Sentencia de 17 de marzo de 1994; y de 26 de marzo de 1987) y nuestro Tribunal Supremo (Sentencia de 6 de noviembre de 1984; Sentencia de 11 de mayo de 2000 y Sentencia de 29 de mayo de 2000) ya han tenido oportunidad de pronunciarse en torno a la legalidad de otras medidas limitativas del derecho de propiedad y de la libertad de contratación en contratos de arrendamiento de vivienda. Por ejemplo, a propósito de la figura legal de la prórroga forzosa, de la facultad legal de subrogación, o del sistema de congelación de rentas de los contratos sujetos a la LAU de 1964, declarando en todos estos casos la constitucionalidad de dichas medidas legales con fundamentación en la función social del derecho de propiedad y en la finalidad de promover el mercado del alquiler, para la satisfacción del derecho de vivienda.

En este sentido, es imprescindible traer a colación la jurisprudencia acumulada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en este ámbito específico, puesto que la misma ofrece una serie de elementos que, atendiendo al mandato de interpretación conforme contenido en el artículo 10.2 del texto constitucional, son susceptibles de ser aplicadas en nuestro ordenamiento.

En primer lugar, exige el TEDH que la introducción de una medida de esta naturaleza respete la existencia de un «justo equilibrio» entre el derecho individual del propietario, por un lado y la preservación del interés general que la motiva (el acceso a una vivienda), por otro. Para el logro de tal equilibrio, el legislador queda constreñido a realizar el ya indicado y previo juicio de proporcionalidad (*Asunto Jones y otros vs Reino Unido*, 1986).

Hemos de aclarar que, en el ejercicio de tal ejercicio de ponderación, tanto el TEDH como nuestro Tribunal Constitucional (cuando ha tenido que enfrentarse a cuestiones relativas a la delimitación de la propiedad atendiendo a las exigencias derivadas de su función social) estiman que los poderes públicos gozan de un amplio margen de discrecionalidad. Consecuentemente, mantienen una actitud deferente hacia aquéllos, de tal manera que el control jurisdiccional presenta unos contornos muy laxos, limitándose a constatar la razonabilidad de la decisión adoptada.

Otro de los requisitos formulados por el Tribunal de Estrasburgo apunta hacia la concurrencia de un elemento de índole material, puesto que cualquier medida limitadora de la cuantía del arrendamiento ha de respetar el núcleo infranqueable del derecho de propiedad. O para expresarlo en la terminología constitucional española, su contenido esencial, esto es, aquel haz de facultades que según jurisprudencia constante del TC español lo hace «recognoscible». A este respecto, el TEDH identifica dos indicadores fundamentales que integran dicho estándar mínimo:

A) Por una parte, ha de quedar preservada la percepción por el arrendador de una renta cuya cuantía le permita cubrir los gastos de mantenimiento del inmueble, de modo que se mantenga vigente su derecho a extraer una ganancia económica de la propiedad (Asunto Statileo vs Croacia, 2014).

B) Por otra, la renta legalmente prevista no puede quedar establecida de forma rígida, debiendo articularse con un carácter variable y estimable en función de los precios del mercado. Precisamente en esta línea, la norma reguladora ha de atender al contexto económico concurrente a la hora de su determinación (Asunto Melacher y otros vs Austria, 1989).

El elenco de exigencias planteadas se cierra con una decidida apelación a la actitud necesariamente proactiva que en este ámbito han de adoptar los poderes públicos. En efecto, afirma el Tribunal que no cabe considerar que la limitación de los precios del alquiler sea el «único instrumento de política social en materia de vivienda». Antes bien, la satisfacción del interés general de la comunidad «exige una distribución justa de la carga social y financiera implicada, que no puede recaer en un grupo social concreto», el de los propietarios, puesto que si así fuera se generaría sobre los mismos una «carga desproporcionada» (Asunto Statileo vs Croacia, 2014).

Este repaso de la doctrina del TEDH en materia de restricción del importe de la renta en contratos de alquiler de viviendas, nos permite finalizar nuestra reflexión considerando que una medida de esta índole encontraría acomodo constitucional en nuestro ordenamiento siempre y cuando, atendiendo a la función social de la propiedad:

- (a) venga respaldada por un juicio de proporcionalidad que avale su razonabilidad;
- (b) respete en todo caso el contenido esencial de la utilidad económica de tal derecho para su propietario (cubrir gastos de mantenimiento), lo cual excluye una determinación rígida y cerrada de la renta a percibir;
- (c) no se configure como único instrumento de la política social de vivienda definida por los poderes públicos.

Una primera regulación fue la previsión sobre revisión de la renta del D-Ley 9/2019, de Cataluña (modelo que siguen los Decretos-leyes sobre medidas para paliar las consecuencias de la guerra), donde solo se podía hacer si se pactaba expresamente y con arreglo a la variación experimentada por el IPC en el período en cuestión. Este sistema es el mismo que se aplica en Francia. Sin embargo, en Alemania existe libre voluntad de las partes para pactar el sistema de actualización de rentas. Así se puede escoger entre: acordar un determinado incremento de renta (*Staffelmiete*), o aplicar el IPC (§ 557 BGB). En ambos casos los incrementos no pueden aplicarse más de una vez al año. O incrementar el precio hasta el nivel de «renta habitual de referencia» para esa localidad.

Así, se permiten incrementos unilaterales, siempre que se excluya por acuerdo cualquier tipo de incremento (§ 573 (I 2) BGB). Este sistema es admisible, siempre que en el momento en el que se pretende efectuar el aumento, de acuerdo al contrato, la renta se hubiera mantenido sin cambios durante quince meses (§ 558 (I) BGB). Sin embargo, existe un límite para las actualizaciones de renta y, es que no se podrá incrementar más de un 20% dentro de los próximos tres años, o incluso más de un 15% en regiones específicas determinadas por los Estados federados (§ 558 (III) BGB). Sin embargo, a partir de enero de 2020, la Ley regional especificó que en Berlín las rentas no podrán aumentarse durante cinco años, lo cual fue considerado inconstitucional por el Tribunal de Karlsruhe.

VII. REGULACIÓN ACTUAL ESTATAL Y AUTONÓMICA

La limitación de los precios de la vivienda, al vincularse necesariamente con la competencia autonómica sobre vivienda (además de la política económica general dependiente del Estado) ha sido objeto de numerosas normas autonómicas, además de fundamentación de las diferentes leyes del suelo y urbanismo de cada una de las CCAA. Pero como antecedente inmediato podemos citar dos leyes, la ley foral 24/2013 de 2 de julio de medidas urgentes para garantizar el derecho a la vivienda en Navarra y de la ley la Ley del Parlamento de Andalucía 4/2013 de 1 de octubre, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda en Andalucía.

En ambos casos la justificación se encuentra en la necesidad de regular un parque de viviendas vacías o sin uso habitacional mientras que numerosas personas no pueden hacer realidad su derecho a la vivienda también reconocido constitucionalmente.

En particular podemos mencionar la STC 16/2018, de 22 de febrero de 2018, que estima en parte el recurso de inconstitucionalidad Interpuesto por el Presidente del Gobierno en relación con diversos preceptos de dicha Ley Foral 24/2013, de 2 de julio,, declarando la nulidad de los preceptos legales que regulaban una expropiación de uso de vivienda, puesto que menoscaba las competencias estatales, pero manteniendo la constitucionalidad de otras disposiciones tendentes a garantizar el uso habitacional de las viviendas vacías.

Es especialmente interesante a los efectos que nos ocupan el razonamiento recogido en su fundamento jurídico 17 en la medida en que responde a las alegaciones de la abogacía del Estado, en cuanto a que las medidas no cumplían el *test* de proporcionalidad en tres escalones. La demanda sostenía, efectivamente que la limitación que, en atención a la función social se impone por la Ley Foral sobre el derecho de propiedad sobre las viviendas debe respetar el *test* de proporcionalidad en sus tres escalones. Y añade que «no

puede admitirse la constitucionalidad de la limitación impuesta en tanto las medidas restrictivas del derecho de propiedad en que se concreta no resultan indispensables al existir otras medidas más moderadas para subvenir a la situación de emergencia social que se trata de afrontar, ni tampoco resultan ponderadas o equilibradas al derivarse de las mismas más perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto que beneficios para el interés general», considerando por tanto «la inobservancia por parte de la Ley Foral de dos de las tres exigencias que conlleva el principio de proporcionalidad».

Pues bien, frente a esta alegación el TC aprecia que el legislador del derecho de propiedad, aparte del necesario respeto a su contenido esencial que predica el art. 53.1 CE de «los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del presente Título», no encuentra otro límite que el de no sobrepasar el «equilibrio justo» o «relación razonable entre los medios empleados y la finalidad pretendida» (tal y como destacó el TEDH, asunto *James y Otros c. Reino Unido*, 21 de febrero de 1986, § 50), teniendo en cuenta que en las decisiones de índole social y económica se reconoce al legislador un amplio margen de apreciación sobre la necesidad, los fines y las consecuencias de sus disposiciones (*inter alia*, asunto *James y Otros c. Reino Unido*, 21 de febrero de 1986, § 46; asunto *ex Rey de Grecia y otros c. Grecia*, 23 de noviembre de 2000, § 87; asunto *Broniowski c. Polonia*, 22 de junio de 2004, § 149). Parece efectivamente que el *test* de proporcionalidad en tres escalones, al que antes se hacía referencia se ha dulcificado y ahora lo relevante es no sobrepasar ese justo equilibrio entre los medios y los fines.

En el mismo sentido, cabe mencionar la sentencia 32/2018, de 12 de abril, del TC, dictada en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno contra el art. 1 y la Disposición Adicional primera de la Ley del Parlamento de Andalucía 4/2013 de 1 de octubre, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda, en la que se declaró la nulidad de la disposición legal autonómica relativa a la expropiación del uso de la vivienda (por razones competenciales), pero se mantiene la constitucionalidad de la norma que establece el deber de destinar la vivienda de un modo efectivo a habitación, en términos similares a los recogidos en la sentencia anteriormente reseñada. Precisamente la Junta de Andalucía alegaba que la norma no vulnera el contenido esencial del derecho de propiedad del artículo 53 CE, al que no se refiere, sino que lo que se pretende es delimitar el contenido del derecho de propiedad de la vivienda, de acuerdo con su función social ex artículo 33.2 CE, conforme a la doctrina constitucional (SSTC 37/1987, 89/1994 y otras). Considera además que la incorporación al contenido del derecho de propiedad de la vivienda del deber de destinarla al uso habitacional no solo está amparada en la Constitución, sino que es una exigencia de ésta (arts. 47 CE y 25 Estatuto de Andalucía), especialmente en un contexto en que miles de andaluces pueden caer en riesgo de exclusión social por la imposibilidad de acceder a una vivienda.

La Junta también consideró que el carácter instrumental de la vivienda como soporte físico del domicilio personal, conlleva que el deber de uso habitacional impugnado sea también una exigencia de la Declaración universal de derechos humanos y de otros preceptos constitucionales (arts. 39 y 43 CE) en relación con el artículo 10.3.14 Estatuto de Andalucía, que impone a los poderes autonómicos el objetivo de lograr la cohesión social y superar la exclusión.

En definitiva, estas sentencias ponen de manifiesto cual era la situación del debate técnico en torno a las limitaciones del derecho de propiedad, en particular en relación con el uso habitacional de las viviendas, establecidas por normas autonómicas en base a la necesidad de garantizar el derecho a la vivienda a determinados colectivos a los que el acceso no les resulta sencillo en condiciones de mercado, antes de la legislación catalana.

Así, tal y como apunta MOLINA (76) la regulación del límite de los alquileres es una política, pero entendemos nosotros que entraría en contradicción con la libertad de mercado del artículo 38 CE, toda vez que además la competencia en materia de vivienda corresponde a las diferentes CCAA, siendo especialmente intensa la de Cataluña.

En esta Comunidad Autónoma podemos reseñar diferentes leyes y decretos leyes, sometidos al juicio constitucionalidad, implantándose conceptos como el precio de referencia.

Así en un primer momento la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda, en cuyo art 4º se establece que el conjunto de actividades vinculadas con la provisión de viviendas destinadas a políticas sociales, se configura como un servicio de interés general para asegurar una vivienda digna y adecuada para todos los ciudadanos.

Posteriormente la Ley 24/2015, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética, origina la figura del alquiler social obligatorio para familias en situación de riesgo de exclusión residencial, en los casos de viviendas que son propiedad de grandes tenedores.

En esa línea la Ley 4/2016, de 23 de diciembre, de medidas de protección del derecho a la vivienda de las personas en riesgo de exclusión residencial.

Igualmente fueron aprobándose varios mandatos del Parlamento de Cataluña, como la Moción 4/XII, sobre políticas de vivienda, aprobada por el Pleno del Parlamento el 5 de julio de 2018; la Resolución 92/XII, sobre la priorización de la agenda social y la recuperación de la convivencia, aprobada por el Pleno del Parlamento el 11 de octubre de 2018; la Moción 13/

(76) MOLINA, Elga (2020).

XII, sobre la pobreza infantil, aprobada por el Pleno del Parlamento el 25 de octubre de 2018, o la Resolución 133/XII, sobre la ocupación de viviendas, aprobada por la Comisión de Territorio del Parlamento de Cataluña el 31 de octubre de 2018.

El Decreto ley 9/2019, de 21 de mayo, de medidas urgentes en materia de contención de rentas en los contratos de arrendamiento de vivienda y de modificación del libro quinto del Código civil de Cataluña en el ámbito de la prenda, que en la sesión celebrada el 26 de junio de 2019 del parlamento de Cataluña, no fue convalidado y por tanto quedó derogado.

Posteriormente el Decreto-ley 17/2019, de 23 de diciembre, de medidas urgentes para mejorar el acceso a la vivienda.

Seguidamente el Decreto Ley 1/2020, de 21 de enero, por el que se modifica el D-Ley 17/2019), y que podrían materializarse con la introducción de una medida extremadamente intervencionista en el tráfico inmobiliario, consistente en un régimen legal estatal de limitación o contención de rentas en los arrendamientos de vivienda.

Finalmente, la Ley 1/2022, de 3 de marzo, de modificación de la Ley 18/2007, la Ley 24/2015 y la Ley 4/2016, para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda.

En esta Comunidad y casi en paralelo a la regulación estatal se introdujo el precio de referencia a partir del índice de referencia de precios de alquiler de viviendas que se elabora y publica por el departamento de vivienda. A partir de aquí se establecen unas reglas para la determinación del precio de referencia, que debía constar obligatoriamente en los contratos de alquiler de vivienda.

a) El índice de referencia de precios de alquiler (77)

El precio de referencia se establece a partir del índice de referencia de precios de alquiler de viviendas que se elabora y publica por el departamento de vivienda.

Este índice se crea en base a los datos proporcionados por los depósitos de fianza inscritos en el Registro de Fianzas del Instituto Catalán del Suelo (INCASOL), según las características de las viviendas (superficie, planta, año de construcción, estado de mantenimiento, calificación energética, estado de mantenimiento y si tiene ascensor, aparcamiento, o si esta amueblado) y la ubicación de la misma. Se toma como muestra las cincuenta viviendas con

(77) Así, para crear el régimen de contención de rentas se utiliza el índice de referencia de precios de alquiler que se elaboró por la Generalitat de Catalunya en 2017 (Orden GAH/142/2017), y que puede consultarse en <http://agenciahabitatge.gencat.cat/indexdelloguer/>.

características similares de la zona según los depósitos de fianza realizados durante los últimos tres años.

Este sistema es un avance importante si tenemos en cuenta que Alemania debe realizar grandes inversiones contratando a empresas especializadas en realizar estudios para determinar estos precios para cada zona según las características de las viviendas. El principal inconveniente que presenta este sistema, tal y como destaca GIREU (78), es que hay zonas que no disponen de muestras suficientes para que los precios sean realmente una referencia fiable para las viviendas de una determinada zona con unas características específicas.

b) Reglas para la determinación del precio de referencia

En el contrato de arrendamiento era necesario indicar el precio concreto que las partes consideraban el precio de referencia y que debía encontrarse dentro de los márgenes que el sistema de indexación establece, atendiendo a las características concretas de la vivienda. Además, era obligatorio adjuntar al contrato de arrendamiento el documento que genera el sistema de indexación donde se expresa el índice concreto que corresponde para una vivienda similar, expresando en €/m², el margen inferior y superior, en la fecha de conclusión del contrato de alquiler (art. 7 D-Ley 9/2019).

Así, la Generalitat, o el Ayuntamiento de Barcelona podían declarar las zonas de mercado tenso en las cuales la renta pactada en el contrato de arrendamiento no podía superar un 10% del precio de referencia para el alquiler de viviendas de características similares (art. 6 D-Ley 9/2019), es decir, del margen superior antes indicado. Sin embargo, si concurren circunstancias excepcionales que no se han tomado en consideración en el sistema de indexación de precios de referencia, que hacen que el precio de la vivienda pueda superar el margen superior, se podía incrementar un 5% más. Por lo tanto, en este caso el límite se establecía en el 15% del margen superior, pero era necesario justificarlo en el contrato de arrendamiento. En este caso, por ejemplo, podía ampliarse la renta si una vivienda antigua tiene reformado el baño y la cocina, ha cambiado las ventanas de madera por aluminio y/o dispone de aire acondicionado.

Además, esta tabla es negociada entre las Asociaciones de propietarios, las asociaciones de inquilinos y la Administración pública, de forma que permita racionalizar el proceso y otorgarle legitimidad democrática y que los precios no sean atacados judicialmente por ninguna de las partes del contrato.

En el conjunto del estado y junto a las medidas ya descritas anteriormente sobre moratorias, suspensiones de lanzamientos, etc reguladas en la crisis del

(78) GIREU, *op. cit.*, p. 197.

Covid-19, mediante el Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania, se produce un salto cualitativo, puesto que con respecto de los arrendamientos de vivienda se establece la limitación de la actualización de la renta.

La fundamentación se realiza como consecuencia del impacto de la guerra de Ucrania en la evolución reciente del Índice de Precios al Consumo, para evitar, en el marco de un mismo contrato, un excesivo impacto en las personas y hogares arrendatarios de vivienda, al utilizar de referencia para actualizar anualmente la renta un índice cuya evolución obedece a elementos del contexto nacional e internacional que son ajenos al ámbito de la vivienda, por lo que se considera necesario establecer una limitación extraordinaria de la actualización anual de la renta de los contratos de arrendamiento de vivienda, regulada en el artículo 18 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, desde la entrada en vigor de la norma hasta el 30 de junio de 2022, de forma que, en defecto de acuerdo entre las partes, no pueda superar la actualización de la renta el resultado de aplicar la variación anual del Índice de Garantía de Competitividad, que ofrece una evolución sujeta a una mayor estabilidad, en el contexto actual.

La modificación de esta referencia en la actualización de los contratos de arrendamiento de vivienda vigentes durante el periodo indicado responde a razones de urgencia y necesidad en un contexto en el que el Índice de Precios al Consumo alcanzó el pasado mes de julio el 10,2%, lo que constituía el valor máximo de los últimos 35 años, con lo que en opinión del gobierno legislador de urgencia ha dejado de ser, de manera coyuntural, una referencia adecuada para la aplicación de las actualizaciones anuales de tales contratos (79).

El posterior Real Decreto-ley 11/2022, de 25 de junio, por el que se adoptan y se prorrogan determinadas medidas para responder a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania, para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica, y para la recuperación económica y social de la isla de La Palma, recoge en su art 1º apartado Trece la modificación del artículo 46 del Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, que establece una limitación extraordinaria de la actualización anual de la renta de los contratos de arrendamiento de vivienda. En materia de alquiler de vivienda, teniendo en cuenta la evolución reciente del Índice de Precios al Consumo, entendiéndose que es preciso extender la aplicación de las medidas de limitación extraordinaria de la actualización anual de la renta de los contratos de arrendamiento de vivienda, con objeto de evitar en un mismo contrato un excesivo impacto en las personas y hogares arrendatarios de vivienda de la

(79) En el mes de julio alcanzó un 10.2%.

evolución de una referencia, cuya variación está obedeciendo a elementos del contexto nacional e internacional que son ajenos al ámbito del arrendamiento de vivienda.

En consecuencia, se consideró necesario prolongar hasta el 31 de diciembre de 2022 la limitación extraordinaria de la actualización anual de la renta de los contratos de arrendamiento de vivienda, regulada en el artículo 18 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos; de forma que, en defecto de acuerdo entre las partes, no pueda superar la actualización de la renta el resultado de aplicar la variación anual del Índice de Garantía de Competitividad, que ofrece una evolución sujeta a una mayor estabilidad, en el contexto actual.

La persona arrendataria de un contrato de alquiler de vivienda sujeto a la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos cuya renta deba ser actualizada porque se cumpla la correspondiente anualidad de vigencia dentro del periodo comprendido entre la entrada en vigor de este real decreto-ley y el 31 de diciembre de 2022, podrá negociar con el arrendador el incremento que se aplicará en esa actualización anual de la renta, con sujeción a las siguientes condiciones:

a) En el caso de que el arrendador sea un gran tenedor, el incremento de la renta será el que resulte del nuevo pacto entre las partes, sin que pueda exceder del resultado de aplicar la variación anual del Índice de Garantía de Competitividad a fecha de dicha actualización, tomando como mes de referencia para la actualización el que corresponda al último índice que estuviera publicado en la fecha de actualización del contrato. En ausencia de este nuevo pacto entre las partes, el incremento de la renta quedará sujeto a esta misma limitación.

Se entenderá como gran tenedor a los efectos de este artículo a la persona física o jurídica que sea titular de más de diez inmuebles urbanos de uso residencial o una superficie construida de más de 1.500 m² de uso residencial, excluyendo en todo caso garajes y trasteros.

b) En el caso de que el arrendador no sea un gran tenedor, el incremento de la renta será el que resulte del nuevo pacto entre las partes. En ausencia de este nuevo pacto entre las partes, el incremento de la renta no podrá exceder del resultado de aplicar la variación anual del Índice de Garantía de Competitividad a fecha de dicha actualización, tomando como mes de referencia para la actualización el que corresponda al último índice que estuviera publicado en la fecha de actualización del contrato».

El Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler fue objeto de la STC 14/2020, de 28 de enero de 2020 que declara inconstitucionales y nulos la disposición adicional primera y la disposición adicional tercera de dicha norma.

En el primer precepto (medidas para promover la oferta de vivienda en alquiler) puesto que la necesidad de una norma con rango de ley y de la eficacia *ad extra* de las medidas contenidas en la norma, aunque esta se demore por su propia naturaleza, por ejemplo, por tratarse de la norma legal habilitante que debe regir la aprobación futura de planes de reconversión industrial [STC 29/1986, de 20 de febrero, FJ 2.c)], o de la regulación de nuevas infraestructuras hidráulicas pendientes de ejecución (STC 237/2012, FJ 6) o de procedimientos administrativos que requieren determinados plazos para su tramitación y resolución (STC 93/2015, FJ 10).

Se indica por parte del Tribunal Constitucional una interpretación en base a este criterio, de manera eficacia interna o hacia terceros, sobre la disposición adicional segunda de este Real Decreto-Ley, con respecto a los índices a los precios de alquiler, que si solo tiene efectos internos para la administración son plenamente constitucionales, no así si pretenden tener eficacia para terceros, en los términos anteriormente indicados.

Y para la segunda disposición anulada (posibilidad de incorporar cuestiones de vivienda en convenios de infraestructuras con mayor duración que los generales de la LRJSP), puesto que no es directamente perceptible ni, desde luego, instantánea o inmediata, de modo que no se justifica el desplazamiento de la potestad legislativa de las Cortes Generales (art. 66.2 CE), al no guardar la necesaria relación de conexión de sentido con la situación de extraordinaria y urgente necesidad previamente definida.

VIII. CONCLUSIONES

El derecho a la vivienda no es un derecho fundamental en los términos estrictos de nuestra Constitución de 1978, aunque haya sido así reconocido en diversos ámbitos internacionales, pero es indudablemente un derecho subjetivo otorgado por nuestro ordenamiento jurídico y que vincula a las Administraciones Públicas en sus políticas y actuación.

Debemos señalar que las medidas legales de contención de rentas en los contratos de arrendamiento pueden ser constitucionales, y pueden no serlo. No es posible pronunciarse en abstracto y cabe destacar que para que una medida legal de contención de rentas supere el canon de constitucionalidad hay que estar al denominado «*test* de proporcionalidad en tres escalones» (adecuación, necesidad y ponderación) acuñado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Asunto *James y otros vs. Reino Unido*, 1986; Asunto *Rey de Grecia y otros c. Grecia*, de 23 de noviembre de 2000; Asunto *Broniowski c. Polonia*, de 22 de junio de 2004; Asunto *Statileo vs. Coracia*, 2014; Asunto *Mechaler y otros vs. Austria*, 1989) y acogido por nuestro Tribunal Constitucional (Sentencia de 3 de marzo de 2005). De tal forma que para que la

norma encuentre su acomodo constitucional deberá (1) venir respaldada por un juicio de proporcionalidad que avale su razonabilidad; (2) respetar en todo caso el contenido esencial de la utilidad económica de tal derecho para su propietario; y (3) que no se configure como único instrumento de político social de vivienda definida por los poderes públicos.

Respecto del segundo requisito, la medida legal debe garantizar un beneficio razonable para el arrendador, pues en caso contrario podría suponer una vulneración de su derecho de propiedad, tal como ha declarado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Sentencia de 15 de septiembre de 2009 (Asunto Amato Gauci vs. Malta) y de 11 de diciembre de 2014 (Asunto Anthony Aquilina v. Malta).

Pero en cualquier caso y como ya recogió la STS de 29 de mayo de 2000 al recordar que hasta la propia Ley 29/1994 de Arrendamientos Urbanos (paradigma de la congelación) reconocía en la exposición de motivos como antieconómicas las rentas congeladas, pero dicha medida se justificaba en las circunstancias coyunturales del momento, en la función social de la propiedad (art. 33.3 CE) y en la finalidad de promover el mercado de alquiler para la satisfacción del artículo 47 CE.

Debe resaltarse que si en Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo se incorporaron medidas que *impidan que, al resolver la situación de los arrendatarios, se traslade la vulnerabilidad a los pequeños propietarios*, en la congelación de rentas introducida por el Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, no solo no se contemplan estas, sino que mediante un añagaza eufemística se mantiene la diferenciación entre grandes tenedores y pequeños propietarios aplicándose a unos el mismo límite que a otros(2%) pero con distinta denominación.

Esto supone una obligación sobre la propiedad que obliga a esta a su soportar 5 veces más que lo que establece el gobierno de incremento del IPC, sin poder repercutírselo al inquilino, aunque hubiera sido expresamente pactado en contrato, con la correspondiente consecuencia financiera y de pérdida patrimonial, sin ningún precedente en los países de nuestro entorno que simplemente establecen medidas de contención de rentas hacia el futuro, con respecto a los contratos y al índice de precios al consumo, siendo cualquier otra medida declarada inconstitucional en esos países. De hecho, tal y como destaca LÓPEZ Y LÓPEZ (80). El principio de la función social opera sustancialmente en el terreno del ejercicio del derecho, y supone, por definición, la conservación de un núcleo de utilidad *uti singuli*.

(80) LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M., «Propiedad privada y disciplina del mercado en el Proyecto de Ley por el derecho a la vivienda», *QDL* n° 59, junio 2022, pp. 14 a 34.

Esta circunstancia además de su posible inconstitucionalidad no genera ningún bien al mercado de vivienda, puesto que la inseguridad jurídica que plantea a los propietarios hará que sin duda estos sean renuentes a realizar arrendamientos, por los innumerables problemas que les generan, junto a la pérdida patrimonial.

En ese sentido debemos recordar que la intervención de la administración en la actividad los particulares debe ajustarse al principio de mínima intervención, en los términos recogidos por artículo 3º LRJSP y que tal y como hemos expuesto en el comienzo de este trabajo, si bien la intervención en la economía es necesaria y loable, siendo un objetivo de las AAPP el coadyuvar a la obtención de una vivienda digna por parte de todos los españoles que lo deseen, esta intervención debe realizarse en defensa del interés general, no pudiéndose generar menoscabos patrimoniales intencionados, sin incurrir en nuestra opinión en una responsabilidad patrimonial del Estado legislador, puesto que es al estado al que le corresponde garantizar ese derecho a la vivienda y no a los propietarios, máxime con pérdida patrimonial y limitación de su propiedad.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ GARCÍA, V.: *El concepto de necesidad en Derecho Público*, Ed. Civitas, Madrid, 1996.
- «El coronavirus (COVID-19): Respuestas jurídicas frente a una situación de emergencia sanitaria», *El Cronista del estado social y democrático de derecho*, n.º 86-87, marzo-abril, 2020 (Monográfico sobre «Coronavirus... y otros problemas»), pp. 6-21.
- ARIAS MARTÍNEZ, María Antonia: «Las competencias autonómicas en materia de vivienda frente a las competencias estatales de carácter transversal en la reciente jurisprudencia constitucional», *REALA*, núm. 11, pp. 106-121, 2019.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar: «Regulación empresarial y gobierno corporativo», *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, n.º 1, 2003 (ejemplar dedicado a: La Empresa Española en el siglo XXI: II El Gobierno Corporativo), pp. 3-18.
- BALLBÉ, M.: *Orden público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)*, Alianza Ed., Madrid, 1983.
- BAUZA MARTORELL, Felio: «Intervención administrativa en materia de precios», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, Madrid, n.º 26, enero-junio 2014, pp. 275-288.
- BOTO ÁLVAREZ, Alejandra: «Evolución digital y social del urbanismo y la vivienda en Francia: la ley Elan de 2018», *RGDA (Iustel)*, núm. 51, mayo (2019).
- BURON CUADRADO, F.J.: «Introducción a las políticas públicas europeas de vivienda; buenas prácticas, reflexiones sobre el mercado y servicio público

- de vivienda en España», *Observatori DESC*, el 21 de febrero de 2011, p. 4». Disponible en: <http://es.slideshare.net/javierburonc/introduccion-a-las-politicas-publicas-europeas-de-vivienda-buenas-practicas-reflexiones-sobre-el-mercado-y-servicio-publico-de-vivienda-en-espana>.
- CAMPOY MIÑARRO, Manuel: «Protección y defensa de consumidores y usuarios por y frente a la administración pública», disponible en [https://www.fiscal.es/.../Ponencia%20%20Campoy%20%20Miñarro%20\(2017\).pdf?...](https://www.fiscal.es/.../Ponencia%20%20Campoy%20%20Miñarro%20(2017).pdf?...)
- CARRASCO PERERA, Ángel: *Relaciones civiles con contenido urbanístico*, Aranzadi 1999.
- COSCULLUELA MONTANER, Luis: «El impacto del derecho de la UE en la regulación española de la intervención administrativa en la actividad económica», *Revista de Administración Pública*, núm. 200, Madrid, mayo-agosto (2016), pp. 103-120.
- COTORRUELO, Agustín: *La política económica de la vivienda en España*, Consejo Superior de investigaciones científicas, 1960.
- CRUZ VILLALÓN, P.: «La protección extraordinaria del estado», en GARCÍA DE ENTE-RRÍA, E., y PREDIERI, A. (Dir.), y otros, *La Constitución Española de 1978. Estudio sistemático*, Ed. Civitas, Madrid, 1980, pp. 661-689,
— *El estado de sitio y la Constitución*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980
- CUENA CASAS, M.: *La desmesurada desprotección del arrendador de vivienda ante el riesgo de impago de arrendatario en la reciente reforma de la LAU*, <https://hayderecho.expansion.com/2019/04/23/la-desmesurada-desproteccion-del-arrendador-de-vivienda-ante-el-riesgo-de-impago-del-arrendatario-en-la-reciente-reforma-de-la-lau/>.
- DE LA SIERRA, Susana: «Controles y garantías de emergencia», disponible en <https://almacenederecho.org/op-ed-controles-y-garantias-de-emergencia>, 2021.
- DEMESETZ, Harold: *La competencia. Aspectos económicos, jurídicos y políticos*, Alianza Universidad 1986.
- ENGELS, Federico: *Contribución al problema de la vivienda*, Fundación Federico Engels, 1ª ed 2006.
- ESTEVE PARDO, José: «La regulación de la economía desde el estado garante», II congreso de la AEPDA, Santander, 2007, *La Autonomía municipal, administración y regulación económica: títulos académicos y profesionales*, Thomson-Aranzadi.
— *Estado garante. Ideas y realidad*, INAP, 2015.
- FEAS, Enrique: «El virus que paró el mundo», revista *El Notario del Siglo XXI* n° 90, marzo-abril 2020.

- FERNÁNDEZ SEGADO, F.: *El estado de excepción en el Derecho Constitucional español*, EDESA, Madrid, 1978.
- FRANCO ESCOBAR, Susana: *La autorización administrativa en los servicios de interés económico general. Intervención administrativa en los mercados de las comunicaciones, la energía y los transportes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- FUENTES-LOJO RIUS, A.: «Riesgos de inconstitucionalidad del juicio de la regulación del juicio de desahucio arrendaticio», *Práctica de Tribunales* n° 143, marzo-abril 2020, Ed. Wolters Kluwer.
- «La protección del derecho de vivienda en juicios de desahucio y ejecuciones hipotecarias», pp. 56-60, revista *Actum urbanismo/inmobiliario*, abril-junio 2022, n° 59, ed. Lefvbre.
- GARCÍA RUBIO, F.: *Problemas actuales del derecho urbanístico*, Servicio de publicaciones URJC, 2007.
- «La regulación del precio de los alquileres de vivienda como fórmula de intervención administrativa en la economía». Dentro de *Inteligencia territorial y regulación económica* / María Luisa Gómez Jiménez (dir.), 2020, pp. 211-272, Aranzadi.
 - «La intervención administrativa sobre las viviendas vacacionales. Especial referencia a las entidades locales», *Cuadernos de derecho local* n° 49, 2019, pp. 32-81.
- GARNEZ, J.F.: *Derecho de la planificación territorial en la Europa occidental*, Compilación dirigida por IEAL, 1976.
- GIFREU FONT, Judith: «Derecho a la ciudad, ¿un sumatorio de derechos ciudadanos o un derecho independiente?», dentro de *La ciudad del siglo XXI. Transformaciones y retos: actas del XV Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo (AEPDA)* / coord. por Concepción Barrero Rodríguez, Joana Maria Socías Camacho, INAP, 2020.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: *El derecho a una vivienda digna en la Ley del suelo de 2008*, Fundación registral, 2008.
- IGLESIAS GONZÁLEZ, Felipe, «Distribución competencial entre Estado, comunidades autónomas y entidades locales en materia de vivienda», *QDL* n° 59, junio 2022, pp. 35 a 64.
- HUERGO LORA, Alejandro: «Estado de alarma en el país de los Decretos-leyes», disponible en <https://almacenederecho.org/estado-de-alarma-en-el-pais-de-los-decretos-leyes>, 13 de junio de 2020.
- LEIVA ESCUDERO, G. (2020): «Constitucionalidad de las restricciones a la libertad de circulación en el estado de alarma por el coronavirus Covid-19», *Diario La Ley*, n° 9642, Sección Doctrina, 28 de mayo de 2020, Wolters Kluwer.

- LÓPEZ RAMÓN, F., «El derecho subjetivo a la vivienda», *Revista española de derecho constitucional*, año n° 34, n° 102, 2014, pp. 49-91.
- (2020): «El reconocimiento legal del derecho a disfrutar de una vivienda», *Revista de Administración Pública*, 212, 297-308. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.212.11>.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M., «Propiedad privada y disciplina del mercado en el Proyecto de Ley por el derecho a la vivienda», *QDL* n° 59, junio 2022, pp. 14 a 34.
- MÍNGUEZ PLASENCIA, Carlos: «La legislación sanitaria y de salud pública frente al covid-19. Competencia y suficiencia de las medidas contempladas por la legislación de salud pública», pp. 37 a 46 de la obra colectiva *El impacto del covid-19 en las instituciones de derecho administrativo*, dirigida por MOROTE SARRIÓN, Jose Vicente, Tirant lo Blanch, 2020.
- MOLINA ROIG, E. y XERRI, K.: «La estabilización de la renta como mecanismo para incentivar el acceso a la vivienda a través del arrendamiento urbano desde una perspectiva comparada», en *Revista CEFLEGAL*. CEF, núm. 179 (diciembre 2015).
- MOLINA, Elga (2020): «La regulación del sistema de contención de rentas a la luz del Decreto Ley 9/2019», en *Diario La Ley*, 17 de enero.
- *Una nueva regulación para los arrendamientos de vivienda en un contexto europeo*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- MORENO MOLINA, Jose Antonio: *La reforma de la ley de contratos del sector público en materia de recursos*, La ley 2010.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago: «Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica», pp. 15 a 244 de Vol. 1: *Fundamentos e instituciones de la regulación* (10 volúmenes sobre Derecho de la regulación), Iustel: Universidad Complutense de Madrid, Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset, 2010.
- MUÑOZ PÉREZ, David: *La Vivienda en la Comunidad Valenciana. Cuestiones Controvertidas*, Tirant lo Blanch, 2019.
- NOGUEIRA FERNÁNDEZ, Albert(coordinador): *Regular los alquileres la lucha por el derecho a una vivienda digna en España*, Tirant lo Blanch, 2022.
- ORTEGA SÁNCHEZ, F.: *Los derechos de los arrendatarios de fincas urbanas en la gestión del planeamiento urbanístico*, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia, 1995.
- PAREJA EASTAWAY, M. y SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M.T.: *La política de vivienda en España: lecciones aprendidas y retos de futuro*.
- (2011): «El alquiler: una asignatura pendiente de la Política de Vivienda en España», en *Ciudad y Territorio*, vol. XLIII, núm. 167, pp. 53-70.

- PAREJO ALFONSO, Luciano: *La vigilancia y la supervisión administrativas (Un ensayo de su construcción como relación jurídica)*, Tirant lo Blanch Valencia, 2016.
- PÉREZ CONESA, Carmen: *Arrendamientos de vivienda y desahucios: Su reforma*, Thomson Aranzadi, 2013.
- PONCE SOLÉ, Juli: «El derecho a la ciudad y la Nueva Agenda Urbana: una aproximación integrada y sistémica a los derechos en la ciudad con referencia al derecho a la vivienda», pp. 115 a 155 de *El derecho, la ciudad y la vivienda en la nueva concepción del desarrollo urbano: desafíos transnacionales y transdisciplinarios de la gobernanza en la Nueva Agenda Urbana*, coord. por Juli PONCE SOLÉ, Wellington MIGLIARI, Oscar CAPDEFERRO VILLAGRASA, 2019, Atelier.
- QUINTIÁ PASTRANA, Andréi: «El derecho a la vivienda y la dialéctica entre descentralización y recentralización», *Revista vasca de administración pública*, nº 109 (2017).
- *Derecho a la vivienda y vulnerabilidad. Las medidas públicas de protección frente a la emergencia social*, Aranzadi, 2022.
- SÁENZ DE SANTAMARÍA, Soraya: «Geopolítica, derecho y Covid-19: el control de la inversión extranjera», *Actualidad Administrativa*, nº 6, Sección Actualidad, junio 2020, Wolters Kluwer, Diario La Ley, Wolters Kluwer.
- SERRANO ALBERCA, J.M.: «Artículo 116», en GARRIDO FALLA, F. (Dir.) y otros, *Comentarios a la Constitución*, 2º ed., Ed. Civitas, Madrid, 1985, pp. 1554-1611.
- SIMÓN MORENO, H.: «La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el derecho a la vivienda», *Teoría y Derecho: Revista de pensamiento jurídico*, nº 16/2014, p. 168.
- SORIANO GARCÍA, J. E.: «Derecho de la Competencia: Aspectos generales», en AA.VV., *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho administrativo*, Tomo VIII. Los Sectores Regulados. Volumen I. Iustel. Madrid, 2009.
- *Derecho Público de la Competencia*, Marcial Pons. Madrid, 1998.
- TAJADURA TEJADA, Javier: «El Estado de Derecho frente al COVID: reserva de ley y derechos fundamentales», *RVAP* nº 120, 2021, pp. 137 a 175.
- TAPIA HERMIDA, Alberto J.: «El impacto en el sistema financiero de las medidas extraordinarias adoptadas para paliar las consecuencias económicas de la pandemia del COVID-19», *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, nº 26, Sección Estudios, Primer semestre de 2020, Wolters Kluwer.
- TORRES MURO, I.: «Los estados excepcionales», en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., y CASAS BAAMONDE, M.º E. (Dir.), y otros, *Comentarios a la Constitución española [Conmemoración del XL aniversario de la Constitución]*, Ed. BOE-Ministerio de Justicia-Fundación Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2018, pp. 630 a 636.

- TRILLA BELLART, Carme y BOSCH MEDA, Jordi (2018): *El parque público y protegido de viviendas en España: un análisis desde el contexto europeo*, Madrid, Fundación Alternativas.
- United Nations Assembly General, A/70/270, 4 de agosto de 2015 (*Report of the Special Rapporteur on adequate housing as a component of the right to an adequate standard of living, and on the right to non-discrimination in this context*).
- VAQUER CABALLERÍA: «El derecho a la vivienda en su relación con los derechos a la ciudad y al medio ambiente», *Asamblea: Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid* núm. 32 (2015), pp. 121-154.
- VELASCO CABALLERO, Francisco: *Derecho público más Derecho privado*, Marcial Pons, 2014.
- VILLAR EZCURRA, José Luis: «Nuevas orientaciones en el régimen de protección pública a la vivienda», *RAP* n° 91, enero-abril 1980, pp. 343 a 427.
- VILLAR ROJAS, Francisco José: «La reserva de suelo para vivienda protegida», dentro de *El derecho urbanístico del siglo XXI: libro homenaje al profesor Martín Bassols Coma / Martín Bassols Coma (hom.)*, Vol. 1, 2008 (Urbanismo y vivienda), pp. 635-673.
- VAN HALEN RODRÍGUEZ, Juan: *La política de la vivienda en España una aproximación histórica*, Tesis doctoral UCM, 2016.
- ZAMORANO WISNES, J.: *El derecho a la vivienda en Andalucía*, Tirant lo Blanch, 2022.

EL NUEVO RÉGIMEN SANCIONADOR DEL DOPAJE: MÁS SOMBRAS QUE LUCES (*)

ALBERTO PICÓN ARRANZ
Doctor en Derecho
Universidad de Valladolid

SUMARIO: I. EL CÓDIGO MUNDIAL ANTIDOPAJE 2021: UN CONDICIONANTE INELUDIBLE.– II. LA LEY ORGÁNICA 11/2021, DE 28 DE DICIEMBRE, DE LUCHA CONTRA EL DOPAJE EN EL DEPORTE: UNA NORMA EMINENTEMENTE SANCIONADORA.– III. LOS PRINCIPALES PROBLEMAS DE ADAPTACIÓN DE LA LEGISLACIÓN ANTIDOPAJE AL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR GENERAL: UNA REDUCCIÓN INJUSTIFICADA DE GARANTÍAS PARA EL DEPORTISTA: 1. Un sistema de responsabilidad objetiva o cuasi objetiva. 2. La inversión de la carga de la prueba y el principio de presunción de inocencia. 3. Control judicial de las sanciones administrativas antidoping.– IV. CONCLUSIONES.– V. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: El régimen sancionador en el ámbito del dopaje deportivo viene homogeneizándose en todos los Estados a través del Código Mundial Antidopaje, principal referencia normativa en esta materia de la Agencia Mundial Antidopaje. En España, la última adaptación al Código de nuestro derecho interno se ha llevado a cabo a través de la Ley Orgánica 11/2021, de lucha contra el dopaje en el deporte. En el presente trabajo se analizarán algunas posibles incompatibilidades que el vigente régimen sancionador en materia de dopaje presenta con las garantías constitucionales propias del derecho administrativo sancionador.

Palabras clave: derecho administrativo sancionador; dopaje; derecho deportivo; garantías constitucionales.

ABSTRACT: *The anti-doping sanctioning regime has been standardized in all nations through the World Anti-Doping Code, the main regulatory reference in this area of the World Anti-Doping Agency. In Spain, the latest adaptation to the Code in our domestic law has been carried out through Ley Orgánica 11/2021, de lucha contra el dopaje en el deporte. This paper will analyse some possible incompatibilities that the current anti-doping disciplinary system presents with the constitutional guarantees inherent to administrative sanctioning law.*

Key words: *administrative sanctioning law; doping; sports law; constitutional guarantees.*

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA con fecha 04/07/2022 y evaluado favorablemente para su publicación el 17/11/2022.

I. EL CÓDIGO MUNDIAL ANTIDOPAJE 2021: UN CONDICIONANTE INELUDIBLE

Como es sabido, en el ámbito de la lucha contra el dopaje deportivo cobra especial importancia la normativa internacional. El principal objetivo en este sector es la consecución de una disciplina antidopaje única y eficaz a nivel mundial, para lo cual es necesaria la armonización de las diferentes legislaciones nacionales a partir de instrumentos normativos internacionales vinculantes para los Estados.

Precisamente la promoción y coordinación de la lucha contra el dopaje a nivel internacional fue —y sigue siendo— el principal objetivo (1) de la Agencia Mundial Antidopaje (en adelante, AMA). La AMA es una fundación privada suiza que se creó en Lausana en noviembre de 1999 y que se financia por el Movimiento Olímpico y los Gobiernos de los Estados a partes iguales (2).

La gran aportación de la AMA a la lucha contra el dopaje en el deporte, desde el punto de vista jurídico, es el Código Mundial Antidopaje, cuya primera versión data de 2003. Este Código ha sido objeto de cuatro enmiendas; la primera con efectos de 1 de enero de 2009, la segunda con efectos de 1 de enero de 2015, la tercera con efectos de 1 de abril de 2018 y, por último, la versión vigente desde el 1 de enero de 2021. En palabras del propio Código, éste se configura como un «*documento fundamental y universal en el que se basa el Programa Mundial Antidopaje en el deporte*» (3) y cuyo «*objeto es promover la lucha contra el dopaje mediante la armonización universal de los principales elementos relacionados con la lucha antidopaje*» (4).

Ahora bien, como se ha anticipado, la AMA tiene naturaleza privada y sus normas, en consecuencia, serán de derecho privado y tendrán carácter dispositivo, por lo que el debate acerca de la fuerza vinculante del Código no se hizo esperar. La propia AMA siempre tuvo como objetivo aplicar el Código de forma imperativa en todos los Estados y ya en su versión de 2003 mostraba sus intenciones en, al menos, dos preceptos:

(1) Sobre los objetivos de la AMA destaca el análisis de J. RODRÍGUEZ GARCÍA (2013: 64 y ss).

(2) Un recorrido sobre la normativa internacional antidopaje anterior a la creación de la AMA puede encontrarse en L. M^o. CAZORLA (1992: 412 y ss).

(3) En el ámbito internacional, la STEDH de 18 de noviembre de 2018, asunto FNASS y otros c. Francia, apartado 179, también otorga un papel central al Código Mundial Antidopaje en el ámbito internacional pues afirma que la construcción progresiva de la lucha contra el dopaje ha dado lugar a un marco jurídico internacional cuyo principal instrumento es el Código.

(4) Código Mundial Antidopaje de 2021, Objeto, ámbito de aplicación y organización del programa y del código mundial antidopaje (puede consultarse en castellano en https://www.wada-ama.org/sites/default/files/resources/files/codigo_2021_espanol_final_002.pdf).

- En primer lugar, el artículo 20.1.2 imponía —y sigue imponiendo— al Comité Olímpico Internacional (en adelante, COI) la exigencia a las federaciones internacionales pertenecientes al Movimiento Olímpico como requisito para su reconocimiento que se atengan al contenido del Código.
- En segundo lugar, los artículos 1 (definición del dopaje), 2 (infracciones de las normas antidopaje), 3 (prueba del dopaje); 4.2.2 (sustancias específicas), 4.3.3 (determinaciones por parte de la AMA de la lista de sustancias y métodos prohibidos), 7.6 (retirada del deporte), 9 (anulación automática de los resultados individuales), 10 (sanciones individuales), 11 (sanciones a los equipos), 13 (apelaciones, con excepción de los casos en los que estén implicados deportistas de nivel nacional), 15.4 (reconocimiento mutuo), 17 (plazo de prescripción), 24 (interpretación del Código), así como el contenido del Apéndice 1 (Definiciones), deben ser implantados por los signatarios sin introducir cambios sustanciales, ni agregar disposición alguna de forma que se alteren los efectos de los mismos.

En consecuencia, para los signatarios del Código y para los Estados miembros del Movimiento Olímpico, la mera promulgación del Código ya comprometía sobremanera su eficacia, aunque sigue constituyendo una norma de derecho privado.

La dotación de fuerza vinculante al contenido del Código Mundial Antidopaje tuvo lugar a través de la Convención Internacional contra el Dopaje en el Deporte aprobada en París en 2005 en el seno de la 33ª Conferencia de la UNESCO (organismo especializado de Naciones Unidas). Se trata del primer Convenio Internacional en materia de lucha contra el dopaje (5) que, además, fue ratificado por unanimidad de los gobiernos (entre ellos el de España). Es cierto que, según el artículo 4 de la Convención, el Código Mundial Antidopaje no forma parte de ella, sin embargo, *«con miras a coordinar, en el plano nacional e internacional, las actividades de lucha contra el dopaje en el deporte, los Estados Parte se comprometen a respetar los principios del Código»*.

Tanto la doctrina (6), como la jurisprudencia (7), consideran que a través de la Convención el contenido del Código Mundial Antidopaje adquiere fuerza

(5) Instrumento de ratificación de la Convención Internacional contra el dopaje en el deporte, hecho en París el 18 de noviembre de 2005, publicado en el BOE el 16 de febrero de 2007.

(6) T. R. FERNÁNDEZ (2014: 1355), D. Hernando Espada (2019: 5) o R. DE VICENTE MARTÍNEZ (2021: 867).

(7) STS de 25 de abril de 2017, FD 5 (rec. 606/2016): «La Convención es el primer instrumento jurídico internacional que con carácter obligatorio y alcance universal tiene por

vinculante en España pues se trata de una norma de derecho internacional público integrada en nuestro derecho interno a través de la fórmula prevista en nuestra Constitución.

Sin embargo, el Código, aunque inspire y condicione de forma directa la legislación nacional contra el dopaje, no es aplicable directamente por nuestras autoridades (8), sino que debe integrarse en los diferentes derechos internos de cada Estado. En el caso de España, la última gran aportación legislativa en esta materia ha sido la Ley Orgánica 11/2021, de 28 de diciembre, de lucha contra el dopaje en el deporte. A lo largo del presente trabajo analizaremos precisamente cómo influye la normativa internacional en nuestro derecho interno en materia de dopaje deportivo y, lo que es más importante, qué problemas de constitucionalidad puede implicar la importación de los principios sancionadores contenidos en el Código Mundial Antidopaje en nuestro sistema de derecho administrativo sancionador tradicional (9).

II. LA LEY ORGÁNICA 11/2021, DE 28 DE DICIEMBRE, DE LUCHA CONTRA EL DOPAJE EN EL DEPORTE: UNA NORMA EMINENTEMENTE SANCIONADORA

Desde la primera incorporación de la normativa antidoping elaborada por la AMA a nuestro derecho interno mediante la Ley Orgánica 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte —posteriormente derogada por la Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva— hasta la reciente Ley Orgánica de lucha contra el dopaje en el deporte de 2021, el legislador ha tenido el difícil reto de adaptar la normativa internacional a los principios y garantías establecidos por nuestro sistema constitucional.

Si bien los preceptos del Código Mundial Antidopaje no son directamente aplicables a nuestra legislación interna, mediante la ratificación del Convenio Internacional contra el Dopaje, España se comprometió a respetar sus principios informadores. Ese respeto a los principios del Código se convierte en una transcripción —casi— literal para el caso de los artículos arriba citados referidos a la definición del dopaje, infracciones, desarrollo de la prueba, lista de sustancias y métodos prohibidos, sanciones, plazos de prescripción... pues

objeto la eliminación del dopaje en el deporte, ofreciendo a los Estados parte un marco jurídico internacional de referencia que sirve a la armonización de las políticas, medidas e instrumentos en la lucha contra el dopaje».

(8) J. RODRÍGUEZ GARCÍA (2013: 69).

(9) A. PALOMAR OLMEDA (2004: 378).

el propio Código impone su incorporación a los sistemas normativos nacionales sin introducir cambios sustanciales. Es decir, que el verdadero contenido sancionador de la norma internacional debe ser incorporado, sin cambios sustanciales, a la norma española.

Este es principalmente el problema con el que se encuentra nuestro legislador, puesto que entre el modelo sancionador propio de la AMA y el derecho administrativo sancionador tradicional español existen diferencias irreconciliables. Aunque tendremos ocasión de analizar esta circunstancia en el próximo epígrafe con más detenimiento, baste decir por el momento que el modelo sancionador internacional de la AMA, de inspiración anglosajona, se basa en un sistema de responsabilidad objetiva —*strict liability*— (10) mientras que en España no se admite la posibilidad de cometer una infracción sin un mínimo grado de dolo o imprudencia —sistema de responsabilidad subjetiva—.

Consciente de esta dificultad, el Consejo de Estado en su Dictamen al Anteproyecto de Ley Orgánica 11/2021, de lucha contra el dopaje en el deporte, considera que *«este conjunto de normas presentan características específicas que impiden identificarlas sin más como disposiciones de “derecho administrativo sancionador”; antes bien, integran un grupo normativo específico, en el que entremezclan auténticos instrumentos internacionales y disposiciones de carácter internacional no vinculantes, como es el caso del Código Mundial Antidopaje, con normas de derecho interno, en nuestro caso, con rango de ley orgánica y otras disposiciones relacionadas. Ello no quiere decir que no sean de aplicación al ámbito de la lucha contra el dopaje los principios o incluso las normas que informan e integran esa rama del Derecho administrativo, pero habrán de serlo atendiendo a la configuración jurídica específica que caracteriza a la especial relación jurídica en que los deportistas se insertan»* (11).

Después de la lectura de la Ley —y de sus antecesoras— no podemos compartir esta apreciación del máximo órgano consultivo del Estado. En efecto, la Ley Orgánica 11/2021 constituye una auténtica manifestación del *ius puniendi* estatal, toda vez que prevé un régimen sancionador específico en materia de dopaje —infracciones, sanciones, atenuantes y eximentes—, un procedimiento administrativo propio para la imposición de sanciones y crea un órgano administrativo denominado precisamente «Comité Sancionador Antidopaje», integrado en la Agencia Estatal Comisión Española para la Lucha Antidopaje en el Deporte —antes denominada Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte— que es un organismo público adscrito al Ministerio de

(10) E. GAMERO CASADO (2003: 563) y A. PALOMAR OLMEDA (2013: 14).

(11) Dictamen del Consejo de Estado 135/2021, de 29 de abril de 2021, al Anteproyecto de Ley Orgánica de lucha contra el dopaje en el deporte.

Cultura y Deporte y cuyos procedimientos —según el artículo 6 de la citada norma— se rigen por sus estatutos y, supletoriamente, por la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común. En definitiva, independientemente de que pueda atenderse a «*la especial relación jurídica de los deportistas*», la realidad es que esta Ley constituye una verdadera disposición de derecho administrativo sancionador.

Ciertamente, los sujetos identificados en la propia Ley como destinatarios del régimen sancionador —deportistas de nivel internacional, deportistas de nivel nacional y deportistas aficionados (artículo 4)— se insertan voluntariamente en una relación de sujeción especial con las autoridades nacionales e internacionales y ello puede llegar a modular ciertos aspectos de su relación jurídica.

Las relaciones de especial sujeción no son, sin embargo, ninguna novedad en nuestro derecho administrativo sancionador. Nuestro Tribunal Constitucional admite que las relaciones de sujeción especial son expresivas de una capacidad administrativa de autoordenación que se distingue del *ius puniendi* genérico del Estado y permiten modular los derechos constitucionales de los ciudadanos.

Ahora bien, por ejemplo, en el caso del principio de legalidad sancionadora, su modulación en ningún caso puede implicar carencia de una base normativa en la imposición de una sanción pues ello resultaría contrario al derecho fundamental contemplado en el artículo 25 CE (12). En la misma línea, en relación con el principio de imputación subjetiva, siempre tan matizado en materia de disciplina deportiva (13), tampoco una relación de sujeción especial puede traducirse en su efectiva supresión. Como analizaremos más adelante, la exigencia de deberes al deportista para el desarrollo lícito de su actividad podría modular el principio de culpabilidad (14) pero en ningún caso suprimirlo pues, incluso en materia sancionadora deportiva —y especialmente antidoping—, «*son aplicables, con ciertos matices, los principios que rigen en derecho penal, y entre ellos los de in dubio pro reo y culpabilidad*» (15).

(12) STC 35/1996, de 11 de marzo (FJ 2) o STC 132/2001, de 8 de junio (FJ 4), entre otras.

(13) E. GAMERO CASADO (2003: 245).

(14) En relación con las relaciones de sujeción especial, en general, cfr. T. QUINTANA LÓPEZ (2010: 375).

(15) STS de 17 de abril de 1996, FD 3 (rec. 11748/1991). Una postura más garantista mantiene el profesor M. GÓMEZ TOMILLO (2020: 20), para quien no admite la culpabilidad ningún matiz. Ya que los principios sancionadores no guardan relación alguna con el hecho de que quien sancione sea la Administración o el Poder Judicial. Además, insiste, los principios sancionadores —entre ellos la culpabilidad— son consustanciales al Estado democrático de Derecho, de forma que éste no se concibe sin aquéllos.

En definitiva, la Ley Orgánica 11/2021, de lucha contra el dopaje en el deporte se configura como una norma fundamentalmente administrativa sancionadora, tanto formal como materialmente. La relación de sujeción especial de los deportistas con la Administración podrá justificar la modulación en algún punto de los principios inspiradores del *ius puniendi* estatal, pero en ningún caso puede constituir una merma significativa de garantías para el administrado. El régimen disciplinario deportivo en materia de dopaje no puede, en consecuencia, ser una excepción a la máxima jurisprudencial de que «*los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado*» (16).

Se nos ocurren, al menos, dos razones que ponen de manifiesto que no existen diferencias sustanciales entre el derecho administrativo sancionador general y el derecho disciplinario deportivo en materia de dopaje y que ambos tipos de infracciones tienen idéntica naturaleza jurídica. En primer lugar, la finalidad última de ambos regímenes sancionadores es la protección de bienes jurídicos. En el caso de la Ley Orgánica 11/2021, los bienes jurídicos protegidos son la salud de los deportistas y garantizar el desarrollo de las competiciones deportivas en términos de igualdad y de acuerdo con las capacidades naturales y preparación de los deportistas. Especialmente en el caso de la salud como bien jurídico protegido, se encuentran múltiples infracciones con idéntica finalidad a lo largo del ordenamiento jurídico administrativo. Y, en segundo lugar, el carácter afflictivo de ambos regímenes sancionadores es evidente, destacando especialmente la gravedad de algunas sanciones previstas en la nueva normativa antidopaje que pueden llegar hasta la inhabilitación de la licencia deportiva con carácter definitivo en algunos supuestos de reincidencia (artículo 28.7) (17).

Resulta, por tanto, difícilmente defendible que el régimen sancionador previsto en la Ley Orgánica 11/2021, de lucha contra el dopaje difiera del régimen administrativo sancionador general, por lo que, las garantías aplicables a ambos, sin negar que puedan existir matizaciones, deben ser sustancialmente las mismas.

(16) STC 18/1981, de 8 de junio (FJ 2). En este punto conviene también citar la STEDH de 21 de febrero de 1984, Caso Öztürk contra Alemania, que puso de manifiesto que las sanciones administrativas deberán tener el mismo tratamiento que las penales cuando las infracciones lleven aparejadas sanciones igualmente graves. En el caso del dopaje, se prevé incluso la retirada definitiva de la licencia federativa a un deportista impidiéndole la posibilidad de volver a competir.

(17) Sobre la identidad entre las infracciones y sanciones generales y las previstas para regímenes de sujeción especial, cfr. M. GÓMEZ TOMILLO e I. SANZ RUBIALES (2017:246).

III. LOS PRINCIPALES PROBLEMAS DE ADAPTACIÓN DE LA LEGISLACIÓN ANTIDOPAJE AL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR GENERAL: UNA REDUCCIÓN INJUSTIFICADA DE GARANTÍAS PARA EL DEPORTISTA

Tratándose de un tema —las sanciones deportivas en general— especialmente espinoso por, entre otras cosas, su transnacionalidad y la mezcla entre normativa privada y pública que configura su régimen sancionador, las dudas acerca de la constitucionalidad de las sucesivas normas sancionadoras promulgadas sobre la materia ha sido un lugar común en la doctrina. Esta polémica cobra especial importancia en el ámbito de la lucha contra el dopaje (18). En efecto, se trata de una materia especialmente sensible para la sociedad desde hace unas décadas y existe una voluntad unánime de organizaciones internacionales, federaciones, deportistas y espectadores en general, por erradicar esta lacra para el deporte y la sociedad.

Ahora bien, el fin no debe justificar los medios y, en ocasiones, la transcripción literal de la normativa internacional sancionadora antidopaje a nuestro ordenamiento jurídico interno choca de lleno con los principios y garantías que deben presidir nuestro sistema punitivo. A lo largo de las próximas líneas analizaremos algunas de estas «incompatibilidades» que, a nuestro juicio, colocan al deportista en una situación demasiado vulnerable para quien es parte imputada en un verdadero procedimiento administrativo sancionador.

1. Un sistema de responsabilidad objetiva o cuasi objetiva

Brevemente, nos encontramos ante un sistema sancionador de responsabilidad objetiva cuando se puede sancionar una conducta —acción u omisión— por su mero acaecimiento o resultado, sin tener en cuenta en ningún caso el grado de intencionalidad o negligencia en que pudo o no incurrir su autor. Por el contrario, la responsabilidad subjetiva en el ámbito sancionador determina que sólo podrán ser sancionados por conductas infractoras quienes resulten responsables de ellas a título de dolo o culpa (19).

(18) Entre otros, T. R. FERNÁNDEZ (2014: *in totum*) y J. RODRÍGUEZ GARCÍA (2022: 6 y ss.).

(19) Sirva como advertencia en este punto la diferencia —asumida en el derecho penal, no tanto en el derecho administrativo sancionador— entre el tipo subjetivo y el juicio de culpabilidad. Como veremos a lo largo de este epígrafe, es muy común entre los tribunales, nacionales e internacionales, el uso indiferente o sinónimo de categorías como culpabilidad o responsabilidad subjetiva —dolo o culpa—. Sin ánimo de extendernos en este punto, debe quedar claro que tanto el dolo como la culpa forman parte del tipo subjetivo que constituye una infracción administrativa (responsabilidad subjetiva), mientras que la culpabilidad es el juicio de reproche imputable a la conducta del acusado que podría haber actuado conforme a derecho y no lo ha hecho. Ambos elementos son necesarios para que concurra la infrac-

El Código Mundial Antidopaje presenta un modelo de responsabilidad objetiva en la infracción —tal vez— más característica y más común de la normativa antidoping, es decir, la de su artículo 2.1 que sanciona la *«presencia de una sustancia prohibida o de sus metabolitos o marcadores en la muestra de un deportista»*. En el desarrollo de esta infracción, el artículo 2.1.1 establece que *«cada deportista es personalmente responsable de asegurarse de que ninguna sustancia prohibida aparezca en su organismo. Los deportistas serán responsables de la presencia de cualquier sustancia prohibida, de sus metabolitos o de sus marcadores que se detecte en sus muestras. Por tanto, no será necesario demostrar intención, culpabilidad, negligencia o uso consciente por parte del deportista para determinar que se ha producido una infracción de las normas antidopaje»*.

Por si no fuera suficiente con esta afirmación, el comentario —que incluye el propio Código— a este precepto determina que *«existe infracción de las normas antidopaje con independencia de la culpabilidad del deportista»* y este criterio de responsabilidad objetiva ha sido respaldado permanentemente por el Tribunal de Arbitraje Deportivo (en adelante, TAS). Según el sistema establecido por el Código, el grado de dolo o negligencia que haya podido concurrir en el infractor se tomará en consideración para la terminación de la sanción aplicable pero no para la existencia de la infracción.

No es baladí la referencia del Código al TAS pues se trata del órgano internacional, quizás, con más predicamento en esta materia. No valoraremos, por el momento, el contenido de sus resoluciones pues se trata de un órgano arbitral privado suizo que no está sujeto a las garantías exigidas por nuestro derecho administrativo sancionador. Traemos a colación dos pronunciamientos del citado Tribunal muy ilustrativos en cuanto a la aplicación, sin paliativos, de la responsabilidad objetiva del deportista:

En primer lugar, en el TAS 98/214 B (Federación Internacional de Judo), el laudo de 17 de marzo de 1999, en su apartado 18 establece que, según jurisprudencia de este tribunal *«el sistema de la responsabilidad objetiva debe prevalecer cuando la equidad deportiva está en juego»*. En este asunto, justifica la responsabilidad objetiva en la equidad deportiva, es decir, en el hecho de que todos los deportistas compitan en igualdad de condiciones. Continúa el mismo laudo que la autoridad deportiva *«no tiene necesidad de probar una intención de doparse por parte del atleta. Esta intención y la culpabilidad del deportista se presumen desde que se aporta la prueba de la presencia de la sustancia prohibida»*. Es cierto que concluye dando la posibilidad al deportista

ción, pero a lo largo de este epígrafe nos centraremos en la necesidad de que concurra el tipo subjetivo para que pueda existir infracción administrativa. Un estudio profundo sobre la materia se puede encontrar en M. GÓMEZ TOMILLO e I. SANZ RUBIALES (2017: capítulos 14 a 18).

de revertir su presunción de culpabilidad mediante la aportación de medios de prueba.

Otra resolución destacable es la TAS 98/222 B (Asociación Internacional de Triatlón), cuyo laudo de 9 de agosto de 1999, en su punto segundo considera que *«la norma de la responsabilidad objetiva es esencial e indispensable para una lucha eficiente contra el dopaje en el deporte y por la protección de la justicia hacia todos los competidores, y de su salud y bienestar. El principio de la regla de responsabilidad objetiva no exime a las federaciones de probar la existencia de una infracción de dopaje. El efecto de cualquier norma legal imponiendo la responsabilidad objetiva es meramente hacer obsoleta la prueba de culpabilidad de parte de la persona sujeta al régimen de responsabilidad objetiva, mientras que por otro lado tal norma no elimina la necesidad de establecer el hecho ilícito en sí mismo y el vínculo causal entre el hecho ilícito y sus consecuencias»*.

En conclusión, la jurisprudencia del TAS parte de un sistema responsabilidad objetiva del deportista por la mera presencia de sustancias prohibidas en su organismo, siempre que lo pruebe la autoridad competente, y lo fundamenta en la equidad y en la protección de la justicia hacia todos los competidores, así como en la salud y bienestar del deportista.

Puesto que el comentado artículo 2.1 del Código entra en el grupo de los trasladables a los derechos internos sin cambios sustanciales, el legislador español he tenido una tarea complicada toda vez que nuestro Tribunal Constitucional es meridianamente claro en este punto pues considera que *«en el ámbito de derecho administrativo sancionador —y, por tanto, también en el ámbito disciplinario— está proscrito en nuestro ordenamiento el régimen de responsabilidad objetiva. De modo que la exigencia necesaria de la concurrencia de una responsabilidad subjetiva en el infractor ha de implicar que deban ser tomadas en consideración todas aquellas patologías que pudieran disminuir o, incluso, excluir la responsabilidad subjetiva del infractor. En consecuencia, su presencia debe considerarse para valorar si el presunto infractor fue responsable, en cualquiera de los grados imaginables, de la conducta sancionable “a título de dolo o culpa”»* (20).

Con estos presupuestos, el artículo 20.a) de la Ley Orgánica 11/2021 establece como infracción *«la presencia de una sustancia prohibida, o de sus*

(20) STC 51/2021, de 15 de marzo (FJ 8). También es importante en este punto la STC 76/1990, de 26 de abril (FJ 4). En términos parecidos, el Tribunal Supremo considera *«indudable que la responsabilidad subjetiva del autor de la infracción constituye requisito imprescindible para su sanción, de manera que las faltas de tal naturaleza pueden ser dolosas o culposas, pero queda totalmente proscrita la responsabilidad objetiva como consecuencia del imperio del principio de culpabilidad en el Derecho sancionador, sea penal o disciplinario»*, *vid.*, entre otras, STS de 10 de febrero de 2022, FD 22 (rec. 48/2021).

metabolitos o marcadores, en las muestras biológicas del deportista». Ahora bien, el artículo 19 —antesala del listado de infracciones— establece que los deportistas «habrán de asegurarse de que ninguna sustancia prohibida se introduzca en su organismo y de que no utilizan ningún método prohibido, siendo responsables cuando se produzca la detección de la presencia de la sustancia prohibida o de sus metabolitos o marcadores por sí sola o en cantidad superior a los límites establecidos por la Agencia Mundial Antidopaje en las Normas Internacionales para Laboratorios y en los documentos técnicos de desarrollo».

En definitiva, se hace responsable al deportista por la mera presencia objetiva de sustancias prohibidas en su organismo (21), desoyendo la doctrina del Tribunal Constitucional anteriormente citada y el artículo 28 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público que, cuando enumera los principios de la potestad sancionadora, establece que «sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas (...) que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa».

Al margen de los problemas que pueden surgir en relación con la inversión de la carga de la prueba, que analizaremos en el siguiente epígrafe, el sistema de responsabilidad diseñado por la Ley Orgánica 11/2011 nos merece una doble valoración:

Por un lado, asumiendo que en nuestro derecho administrativo sancionador esta proscrita la responsabilidad objetiva, no cabe, en ningún caso, presumir por parte de la autoridad sancionadora que la presencia de sustancias prohibidas en el organismo se debe a una conducta dolosa o culposa del deportista. Al tipo objetivo —presencia de sustancia prohibida en el organismo— debe añadirse el tipo subjetivo —conducta dolosa o culposa—, pues de lo contrario se estaría vulnerando el principio de culpabilidad o de imputación subjetiva. Su prueba corresponde, en todo caso, a la Administración. Ahora bien, podemos interpretar que un control antidoping con resultado positivo que haya sido realizado respetando las precauciones exigidas normativamente no presume el dolo o culpa del deportista, pero puede resultar un indicio cualificado para desvirtuar su presunción de inocencia (como ocurre con otras pruebas preconstituidas como un control de alcoholemia, por ejemplo). En todo caso, a nuestro juicio, la Administración debe complementar ese indicio con otras pruebas que evidencien el dolo o la culpa del deportista acudiendo, por ejemplo, a situaciones periféricas como la cantidad de sustancia, la proximidad del evento deportivo, la cualidad o efectos de la sustancia, los antecedentes o los contactos del deportista, entre otras circunstancias (22).

(21) En este sentido, la vigente Ley es continuista con el sistema establecido por su antecesora, la Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio. Cfr. J. RODRÍGUEZ TEN (2013: 240).

(22) M. GÓMEZ TOMILLO e I. SANZ RUBIALES (2017: 368).

Por otro lado, resulta interesante la evolución del legislador en la formulación de la responsabilidad del deportista ante cualquier detección de sustancias prohibidas en su organismo. La primera ley del dopaje en España que sigue los criterios de la AMA fue la Ley Orgánica 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte, cuyo artículo 13.1 disponía que *«los deportistas se asegurarán de que ninguna sustancia prohibida se introduzca en su organismo, siendo responsables en cualquier caso cuando se produzca la detección de su presencia en el mismo»*. Llama poderosamente la atención la expresión *«en cualquier caso»* (23), pues no cabe ninguna interpretación que pueda negar el sistema de responsabilidad objetiva que impone el citado precepto. Sin embargo, en la posterior Ley Orgánica del año 2013 y en la actual, la Ley Orgánica 11/2021, el artículo 19.1 omite la expresión *«en cualquier caso»* para afirmar que los deportistas *«habrán de asegurarse de que ninguna sustancia prohibida se introduzca en su organismo y de que no utilizan ningún método prohibido, siendo responsables cuando se produzca la detección»* de éstos en su organismo.

Es cierto que la redacción actual debería mejorarse para despejar aún más las dudas en torno a la responsabilidad objetiva en el ámbito sancionador del dopaje deportivo. Sin embargo, sí podemos interpretar que el legislador, presionado por los mandatos de la AMA, trata de hacer un esfuerzo por eliminar cualquier referencia directa a la responsabilidad objetiva a sabiendas de su inconstitucionalidad en España. La evolución del legislador español en este punto demuestra lo razonado anteriormente, es decir, que, si bien un control antidoping de resultado positivo puede constituir un indicio de responsabilidad, la Administración en todo caso deberá probar, no sólo el tipo objetivo, sino también el dolo o la culpa concurrente en el deportista.

Para concluir este análisis, traemos a colación un fragmento de una sentencia bastante clarificadora —a nuestro juicio— a la hora de eliminar cualquier ápice de responsabilidad objetiva en materia de doping: *«la Administración ha probado, con los resultados de las muestras de orina del jugador sancionado, que se produjeron los resultados positivos de 17 y 14,9 microgramos de efedrina por mililitro, pero ello no supone, sin más, la declaración de culpabilidad de los recurrentes, dado que la responsabilidad objetiva como tal está proscrita en derecho sancionador, aunque en algunos casos o supuestos pueda parecer que se tiene una a modo de responsabilidad cuasi objetiva, sobre todo en casos como el presente, donde la hipotética sensibilización “social” en cuanto a la lucha contra el “Doping” podría llevarnos a sostener*

(23) Ya recaló la doctrina en esta expresión por su conexión con la responsabilidad objetiva inadmisibles en nuestro derecho administrativo sancionador, *vid.* T. R. FERNÁNDEZ (2014: 1366).

presunciones de culpabilidad no acreditadas salvo por los resultados objetivos de los análisis clínicos» (24).

2. La inversión de la carga de la prueba y el principio de presunción de inocencia

Otro de los grandes problemas que plantea el régimen sancionador establecido por la Ley Orgánica 11/2021 está relacionado con su compatibilidad o no con las garantías del debido proceso y, más concretamente, con la presunción de inocencia consagrada en el artículo 24.2 de la Constitución.

Aunque existe relación entre la presunción de inocencia y la responsabilidad objetiva, no debe olvidarse que, como hemos aclarado más arriba, un régimen sancionador de responsabilidad objetiva atenta contra el más elemental sentido de justicia y dignidad del acusado —esencialmente derivados del artículo 1 y 10.1 de la Constitución—, mientras que los problemas derivados de la inversión de la carga de la prueba tienen que ver con la presunción de inocencia del artículo 24.

Como punto de partida, nuestro Tribunal Constitucional ha afirmado en numerosas ocasiones que el «*derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) rige sin excepciones en el ordenamiento sancionador y ha de ser respetada en la imposición de cualesquiera sanciones, sean penales, sean administrativas, ya que el ejercicio del ius puniendi en sus diversas manifestaciones está condicionado por el art. 24.2 de la Constitución al juego de la prueba y a un procedimiento contradictorio en el que puedan defenderse las propias posiciones*» (25). En definitiva, se trata de una garantía elemental y su traslado del proceso penal al administrativo está fuera de toda duda (26).

Respecto al alcance del derecho a la presunción de inocencia, también es unánime la jurisprudencia entendiendo que esta garantía comporta «*que la sanción esté basada en actos o medios probatorios de cargo o inculpativos de la conducta reprochada; que la carga de la prueba corresponda a quien acusa, sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia, y que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorado por el órgano sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio*» (27).

(24) Sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo nº 10, de 31 de enero de 2006, FD 3 (rec. 17/2005).

(25) STC 117/2016, de 20 de junio (AH 8) o STC 40/2008, de 10 de marzo (FJ 2).

(26) L. ALARCÓN SOTOMAYOR (2010: 252).

(27) STC 169/1998, de 21 de julio (FJ 2) o STC 76/1990, de 26 de abril (FJ 8).

De lo citado hasta el momento, podemos concluir que la disciplina deportiva no debería ser una excepción (28), y que tiene que ser la Administración quien pruebe la infracción, tanto en su vertiente objetiva —certeza de los hechos imputados— como en su vertiente subjetiva —presencia de dolo o culpa del deportista— so pena de vulneración de la presunción de inocencia del imputado.

Sin embargo, llama poderosamente la atención el artículo 26.2.a) de la Ley Orgánica 11/2021 que considera que exime al deportista de toda responsabilidad la acreditación de que «*no ha existido culpa o negligencia alguna por su parte*». Igualmente, el artículo 26.3.a) prevé como circunstancia atenuante la acreditación de «*la ausencia de culpa o negligencia grave en la actuación del deportista*» (29). Ambos preceptos parecen del todo incompatibles con el artículo 24.2 de la Constitución pues, como quedó dicho más arriba, la obligación de la carga de la prueba —tanto del tipo objetivo como del subjetivo— recaerá siempre sobre quien acusa. En definitiva, los citados preceptos constituyen una *probatio diabólica* de hechos negativos para el deportista.

Es cierto que la actividad probatoria sobre las circunstancias eximentes o atenuantes de la responsabilidad —causas de justificación o de exclusión de la culpabilidad (30), por ejemplo— debe recaer sobre quien lo alega que es,

(28) En la jurisprudencia internacional del TAS, claramente, lo es. Repetido hasta la saciedad por la doctrina dado su impacto mediático en España por la popularidad del deportista, traemos a colación el famoso «caso Contador», en cuya resolución TAS 2011/A/2384 UCI v. Alberto Contador Velasco & RFEC — TAS 2011/A/2386 WADA v. Alberto Contador Velasco & RFEC, de 6 de febrero de 2012, conclusión n° 487 se determina que «el test positivo del Atleta de clenbuterol tiene más probabilidades de haber sido causado por la ingestión de un suplemento alimenticio contaminado que por una transfusión de sangre o la ingestión de carne contaminada. Esto no significa que el Tribunal está convencido más allá de duda razonable que este argumento de ingestión de un suplemento alimenticio contaminado ocurrió realmente». A pesar de ello, como el lector sobradamente conoce, el ciclista Alberto Contador terminó siendo sancionado.

(29) No debemos confundir esta situación —de difícil compatibilidad con el principio de presunción de inocencia— con la posibilidad de que el grado de culpa o negligencia pueda tenerse en cuenta a la hora de la determinación de la sanción concreta, cuestión prevista tanto en la Ley Orgánica 11/2021 de lucha contra el dopaje en el deporte en su artículo 26.1, como en la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público en su artículo 29.3, a propósito del principio de proporcionalidad.

(30) Dentro de las causas de exclusión de la culpabilidad que podrían alegarse en materia de dopaje deportivo destaca el error de prohibición que podría estar presente cuando el deportista no haya conocido al tiempo de la realización de la conducta infractora que ésta era contraria a la normativa antidopaje. Cfr. E. GAMERO CASADO (2003: 567). Más concretamente puede alegarse desconocimiento por parte del facultativo o del deportista de la presencia de una sustancia prohibida en un fármaco prescrito con carácter terapéutico. Es cierto que el deber de responsabilidad del deportista es difícilmente compatible con este desconocimiento pero, aun así deberían valorarse las circunstancias personales del que lo sufre, especialmente

en definitiva, quien se puede beneficiar de ellas, es decir, el deportista en este caso (31). Pero, aunque el legislador lo ubique en el listado de circunstancias eximentes o atenuantes de la responsabilidad, conocedor de que debe probarlas quien las alega, es inadmisibles que lo que se deba probar no sea un hecho excluyente de la responsabilidad, sino la no concurrencia en la acción del tipo subjetivo —ausencia de culpa en este caso— que debe corresponder en todo caso a la Administración que es quien acusa (32). El tipo subjetivo es un elemento constitutivo de la infracción y la carga de la prueba debe recaer siempre en la Administración.

No termina aquí el despropósito del legislador pues, en concreto, para la infracción antes comentada del artículo 20.a) —«*presencia de una sustancia prohibida, o de sus metabolitos o marcadores, en las muestras biológicas del deportista*»— si el deportista desea eximirse de la responsabilidad deberá, además de acreditar la ausencia de culpa, «*justificar la forma en que se introdujo la sustancia prohibida en su organismo*». Esta obligación impuesta por la ley al deportista podría constituir una *probatio diabólica* pues, si el deportista es inocente, es probable que no pueda justificar la forma en que se introdujo la sustancia prohibida en su cuerpo porque lo lógico es que no lo sepa. Si no es exigible constitucionalmente la prueba de la inocencia a ningún acusado, menos exigible será aún obligar al deportista a inventar una hipótesis y demostrarla (33).

Cuestión diferente a trasladar la carga de la prueba del tipo subjetivo al presunto infractor, es reconocer que un test antidoping con resultado positivo es una prueba de cargo suficiente que puede derivar en presunciones legales. Por ejemplo, el artículo 39.3 de la Ley Orgánica 11/2021, una vez advertido que se podrán usar todos los medios de prueba admisibles en derecho y que se valorarán de forma conjunta conforme a las reglas de la sana crítica, establece que harán prueba de cargo suficiente:

su nivel cultural, posibilidad de asesoramiento, estado de salud, etc., resultando exigible al agente haber efectuado el esfuerzo de comprensión correspondiente a dichas circunstancias personales, así como la naturaleza del hecho delictivo, sus características y las posibilidades que de él se desprenden para ser conocido el mismo por el sujeto activo. Cfr. S. CÁMARA ARROYO (2020: 27).

(31) M. GÓMEZ TOMILLO e I. SANZ RUBIALES (2017: 825) o L. ALARCÓN SOTOMAYOR (2010: 262).

(32) «*Toda resolución sancionadora, sea penal o administrativa, requiere a la par certeza de los hechos imputados, obtenida mediante pruebas de cargo, y certeza del juicio de culpabilidad sobre esos mismos hechos, de manea que el art. 24.2 de la Constitución rechaza tanto la responsabilidad presunta y objetiva como la inversión de la carga de la prueba en relación con el presupuesto fáctico de la sanción*». STC 76/1990, de 26 de abril (FJ 8).

(33) T. R. FERNÁNDEZ (2014: 1365).

- Un resultado analítico adverso en un control antidopaje para las infracciones consistentes en la presencia de una sustancia prohibida en el organismo y de la utilización, uso o consumo de este tipo de sustancias (34).
- Un resultado adverso en el pasaporte biológico del deportista.
- La negativa o resistencia a someterse a los controles debidamente acreditada por el personal habilitado al efecto.

Igualmente reconoce el mismo artículo que se presume que los laboratorios de control de dopaje acreditados por la AMA actúan respetando la normativa, así como la validez científica de los métodos analíticos y de los límites de la decisión que apliquen los laboratorios.

El legislador está imponiendo una clara inversión de la carga de la prueba siempre que la Administración acredite un resultado antidoping positivo y así lo expresa claramente en artículo 39.3.g) cuando afirma que *«el presunto infractor podrá refutar todos los hechos y presunciones que le perjudiquen y probar los hechos y circunstancias necesarios para su defensa»*.

Pues bien, según la interpretación que realizan, tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) como nuestro Tribunal Constitucional, parece que este tipo de presunciones que implican, en definitiva, una inversión de la carga de la prueba, pueden resultar compatibles con el principio de presunción de inocencia.

En primer lugar, traemos a colación la famosa STEDH de 7 de octubre de 1988 (caso Salabiaku contra Francia), que versa sobre el alcance de la presunción de inocencia en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y cuyo párrafo 28 afirma que *«el artículo 6.2 no es ajeno, por tanto, a las presunciones de hecho o de Derecho que se formulan en las leyes penales. Exige a los Estados que las mantengan dentro de límites razonables, teniendo en cuenta la gravedad de lo que está en juego y respetando los derechos de la defensa»* (35).

Por su parte, el Tribunal Constitucional recuerda que el derecho a la presunción de inocencia no se opone a la prueba indiciaria siempre y cuanto entre la prueba indiciaria y la conducta infractora haya un engarce razonable. Concretamente, *«para que la prueba indiciaria pueda traspasar el umbral de*

(34) El artículo es más prolijo y establece que será prueba suficiente cuando, tras el positivo de la muestra A, el deportista renunciase al contranálisis de la muestra B, o directamente cuando la muestra B confirme el positivo de la A. Incluso cuando la muestra B se divide en dos partes y la segunda confirma el positivo o el deportista se niega a este nuevo análisis.

(35) Además de esta Sentencia, es jurisprudencia reiterada de este Tribunal en otras como STEDH de 23 de julio de 2002 (caso Janosevic contra Suecia) o STEDH de 23 de septiembre de 2003 (Caso Radio France y otros contra Francia).

las meras sospechas o conjeturas, ha de gozar de los siguientes requisitos: a) el hecho o hechos base (o indicios) han de estar plenamente probados; b) los hechos constitutivos de delito deben deducirse precisamente de estos hechos base completamente probados; c) para que se pueda controlar la razonabilidad de la inferencia es preciso, en primer lugar, que el órgano judicial exteriorice los hechos que están acreditados, o indicios, y sobre todo que explicité el razonamiento o engarce lógico entre el hecho base y el hecho consecuencia y, finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de experiencia común o en una "comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes"» (36).

Entiende doctrina y jurisprudencia que la garantía de la presunción de inocencia en el ámbito del derecho administrativo sancionador «*sólo cobra sentido cuando la Administración fundamenta su resolución en una presunción de culpabilidad del sancionado carente de elemento probatorio alguno*» (37). Es decir, que se permite que se desplace el *onus probandi* al acusado si se acredita «*la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción*» (38) a favor de la comisión de la infracción. Parece evidente que esto es lo que ocurre en los supuestos en que la Administración aporta un análisis antidoping con resultado positivo, siempre que se haya realizado en los laboratorios autorizados y respetando la normativa y garantías del deportista en su realización. Un resultado positivo genera automáticamente una sospecha razonable y, en consecuencia, puede trasladarse la carga de la prueba al presunto infractor sin vulnerar su derecho a la presunción de inocencia.

En fin, parece que la inversión de la carga de la prueba para el deportista que ha dado positivo en un control antidoping no presenta demasiados problemas en relación con la presunción de inocencia siempre que la Administración aporte al procedimiento sancionador el test positivo como prueba de cargo. Sin embargo, no podemos decir lo mismo de los preceptos que imponen al deportista probar su inocencia para lograr eximirse o atenuar su responsabilidad pues esto atenta contra el contenido más esencial de la presunción de inocencia.

Ahora bien, no nos merece la misma valoración la prueba de cargo consistente en la negativa o resistencia a someterse a los controles antidopaje preceptivos. Es claro que esta conducta del deportista podrá valorarse junto con otros indicios que consten en el expediente para llegar a una conclusión

(36) ATC 153/2001, de 15 de junio (FJ 2) o STC 180/2002, de 14 de octubre (FJ 3).

(37) STC 169/1998, de 21 de julio (FJ 2). Entre la doctrina, *vid.* V. AGUADO I CUDOLÀ (2001: 99).

(38) STC 51/2021, de 15 de marzo (FJ 3) o STC 31/2014, de 24 de febrero (FJ 3).

condenatoria, sin embargo, no puede constituir prueba única y suficiente a los efectos de exigir la responsabilidad disciplinaria del deportista como parece indicar el artículo 15.4 de la Ley Orgánica 11/2021 (39). Asumir lo contrario parece que choca frontalmente con la garantía del acusado a la no autoincriminación del artículo 24.2 de la Constitución (40).

3. Control judicial de las sanciones administrativas antidoping

El órgano competente para dictar —en su caso— la resolución sancionadora de un procedimiento de lucha contra el dopaje es el Comité Sancionador Antidopaje que, como ya se dijo más arriba, es un órgano administrativo integrado en la Agencia Estatal que, a su vez, está adscrita al Ministerio de Cultura y Deporte. En definitiva, la resolución sancionadora es un acto administrativo, y así lo confirma la propia Ley Orgánica 11/2021 cuando proclama en el artículo 43 su inmediata ejecutividad *«desde la fecha en que se notifique la correspondiente resolución administrativa, salvo que el órgano que deba conocer del recurso que contra las mismas pudiera interponerse acuerde su suspensión de conformidad con lo establecido en el párrafo segundo del artículo 90.3 o en el artículo 117.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas»*.

Este precepto puede plantear problemas de compatibilidad con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, toda vez que del primer párrafo del artículo 90.3 de la Ley 39/2015 (41) se deduce que una sanción administrativa no puede ejecutarse mientras quepa contra ella un recurso administrativo. Es decir, la mera interposición del recurso de reposición por el interesado impide la ejecución de la sanción hasta su resolución. Sólo una vez firme la sanción en vía administrativa, podrá ejecutarse, nunca antes.

(39) Cuestión diferente sería tipificar como una infracción autónoma la negativa a someterse a un control antidoping, en cuyo caso sería perfectamente posible sancionar la mera negativa. Así ocurre, por ejemplo, en los delitos de tráfico previstos en nuestro Código Penal donde se tipifica como delito independiente la negativa a someterse a un control de alcoholemia. Se podrían incluso prever, para promover la realización de controles, sanciones más graves para la negativa a someterse a un control que para las infracciones por doping propiamente dichas, pero en ningún caso podrá constituir prueba de cargo suficiente para ser una infracción por dopaje.

(40) STC 23/2014, de 13 de febrero, FJ 4, o STC 181/2020, de 14 de diciembre, FJ 2. Así se desprende también de la jurisprudencia del TEDH. *Vid.*, entre otras, STEDH de 25 de febrero de 1993 (Caso Funke contra Francia), STEDH de 8 de febrero de 1996 (Caso John Murray contra Reino Unido) o STEDH de 17 de diciembre de 1996 (Caso Saunders contra Reino Unido).

(41) «La resolución que ponga fin al procedimiento será ejecutiva cuando no quepa contra ella ningún recurso ordinario en vía administrativa».

Sin perjuicio de lo anterior y salvo interposición del recurso potestativo de reposición, el artículo 49 de la controvertida Ley que estamos analizando, determina que las resoluciones sancionadoras en materia de dopaje «*ponen fin a la vía administrativa y podrán ser recurridas directamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa*» (42).

En principio, esta previsión se acomoda al mandato del artículo 106.1 de la Constitución que prevé que «*los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican*».

Sin embargo, cuando las sanciones tengan como destinatarios deportistas calificados oficialmente como de nivel internacional o sean dictadas en el marco de una competición internacional el recurso contencioso-administrativo podrá sustituirse «*alternativamente*» —según el artículo 49.4— por el sistema de resolución de conflictos contemplado en el Código Mundial Antidopaje o en la correspondiente federación internacional.

La expresión «alternativamente» puede ser gravemente perniciosa para nuestro sistema constitucional de control de la legalidad de la actividad administrativa ya que permite esquivar el control judicial de la Administración para acudir directamente por el recurrente al TAD, que es el órgano previsto en el Código Mundial Antidopaje (43).

No puede decir el legislador que no conocía esta circunstancia, pues de forma explícita el Dictamen del Consejo de Estado 135/2021, de 29 de abril de 2021, al Anteproyecto de Ley Orgánica de lucha contra el dopaje en el deporte advertía que este precepto produciría el «*desapoderamiento de la jurisdicción contencioso— administrativa para el enjuiciamiento de la*

(42) En relación con la suspensión o no de la ejecución de la sanción en materia de dopaje por el órgano jurisdiccional, la STS de 6 de mayo de 2009, FD 2 (rec. 1388/2008) establece que «siendo cierto que el interés público exige que la sanción sea ejecutada, lo es también que en el concreto caso de autos no llega a percibirse que tal interés exija que lo sea ya, urgentemente, sin esperar el tiempo preciso para que el órgano judicial pueda pronunciarse sobre la acomodación a Derecho de la sanción impuesta. De ahí que la valoración o ponderación de los intereses en conflicto que trasluce la decisión de la Sala de instancia no pueda reputarse infundada o irrazonable». De forma más genérica, pero también en materia de dopaje, la STS de 28 de junio de 2000, FD 3 (rec. 9843/1998) «para impedir la suspensión no basta alegar la trascendencia social que tiene la potestad sancionadora en materia de dopaje en el deporte. Si esto fuera suficiente, quebraría en este ámbito el derecho a la tutela cautelar, que es una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva. Como se señala con acierto en el auto recurrido, es precisa una lesión más específica al interés general, que derive de la aplicación de la sanción en este caso concreto».

(43) J. RODRÍGUEZ GARCÍA (2022: 10) advierte sobre la posible inconstitucionalidad del comentado artículo 49.4 de la Ley Orgánica por su incompatibilidad con el artículo 106.1 de la Constitución.

actividad de una entidad pública española, como es la reiterada Agencia, desapoderamiento que ofrece serias dudas de encaje con el mandato del artículo 106 de la Constitución».

Igualmente, es doctrina consolidada del Tribunal Constitucional «*necesidad de preservar la eficacia del mandato constitucional del art. 106.1 CE, garantizando el control judicial de la actividad administrativa, con sujeción plena de ésta a la ley y al Derecho (art. 103 CE), sin permitir zonas de inmunidad de jurisdicción*» (44).

En efecto, la posibilidad de interponer alternativamente un recurso contencioso ante la jurisdicción española o un recurso ante el TAS rompe con nuestro sistema constitucional. El TAS es una entidad que, si bien es la más influyente en la lucha contra el dopaje a nivel internacional, no deja de ser de naturaleza jurídico-privada (45) y su actividad no es intercambiable con la actividad controladora de la legalidad administrativa que llevan a cabo los tribunales contenciosos del poder judicial español con todas las garantías previstas en el ordenamiento jurídico.

Independientemente de que pueda existir una instancia internacional en materia de dopaje deportivo, si se reconoce que la legislación española antidopaje respeta los principios y directrices del Código Mundial Antidopaje y de la Convención Internacional contra el Dopaje en el Deporte, no debería existir ningún recelo a que los jueces españoles —sometidos al ordenamiento jurídico español— conozcan de los recursos contra las resoluciones de los procedimientos administrativos sancionadores en esta materia. Es llamativo que es el propio legislador español quien diseña un sistema que permite precisamente obviar al poder judicial para acudir directamente a un tribunal internacional privado de arbitraje.

IV. CONCLUSIONES

Primera: la lucha contra el dopaje en el deporte siempre ha tenido una dimensión internacional. Ha sido, principalmente, la AMA quien, con la promulgación de los sucesivos Códigos Mundiales Antidopaje ha presionado a los distintos Estados a incorporar su contenido a sus Derechos internos. Sin

(44) Entre otras, STC 24/2017, de 16 de febrero (FJ 5) o STC 140/2016, de 21 de julio (FJ 3).

(45) La propia Ley Orgánica 11/2021, de lucha contra el dopaje en el deporte, en el punto 73 de su anexo de definiciones oculta la naturaleza privada del TAS pero lo define como «institución independiente para la solución de controversias relacionadas con el deporte a través del arbitraje o la mediación por medio de normas de procedimiento adaptadas a las necesidades específicas del mundo del deporte».

embargo, no pasa desapercibido que el régimen sancionador previsto en el Código Mundial Antidopaje no siempre encaja en los sistemas tradicionales de derecho administrativo sancionador y esto provoca, en el caso de España, que la legislación antidopaje en materia sancionadora se encuentre siempre en el filo de la constitucionalidad. Es importante garantizar un sistema de lucha contra el dopaje eficaz, pero es igualmente importante que este sistema respete las garantías y principios informadores del *ius puniendi* penal y administrativo.

Segunda: Un primer problema que presenta la reciente Ley Orgánica 11/2021, de lucha contra el dopaje en el deporte, es el de la importación de un sistema sancionador de responsabilidad objetiva —propio del Código Mundial Antidopaje— a nuestro derecho interno, donde está radicalmente proscrita. En todo caso, se exige dolo o culpa en la conducta infractora para poder ser calificada como tal. En definitiva, el Comité Sancionador Antidopaje como órgano administrativo competente en materia sancionadora antidoping es quien debe probar tanto el tipo objetivo como el tipo subjetivo —dolo o culpa— de la conducta del presunto infractor, no siendo admisible que la concurrencia de dolo o culpa se presuma *a priori* en el deportista.

Tercera: el resultado positivo de un control antidoping realizado por los profesionales autorizados respetando las garantías del deportista reconocidas por la propia Ley Orgánica 11/2021 puede crear una prueba de cargo contra el deportista, pues entre el test positivo y la infracción antidoping existe una conexión o indicio razonable. Esta circunstancia podrá tener consecuencias en la fase probatoria del procedimiento sancionador, recayendo sobre el deportista la carga de la prueba en algunos extremos. Sin embargo, la inversión de la carga de la prueba no puede traducirse en el deber del deportista de probar su inocencia para lograr eximir o atenuar su responsabilidad pues esto atenta contra el contenido más esencial del derecho a la presunción de inocencia.

Cuarta: Las resoluciones del Comité Sancionador Antidopaje ponen fin a la vía administrativa y contra ellas, además del recurso potestativo de reposición, cabe interponer recurso contencioso administrativo. Sin embargo, la Ley Orgánica 11/2021, para el caso de competiciones internacionales o de deportistas de nivel internacional, permite que el recurso judicial contencioso-administrativo se sustituya por un recurso ante el TAS. Esta previsión choca frontalmente con el artículo 106.1 de la Constitución que prevé el control judicial de la legalidad de la actuación administrativa y del sometimiento de ésta a los fines que la justifican. Teniendo en cuenta que el TAS es un tribunal internacional de arbitraje privado, en los casos en que se evite el control judicial de la resolución dictada por el Comité Sancionador Antidopaje se estaría vulnerando el citado artículo de la Constitución pues es una muestra evidente de una actuación administrativa que escapa al control del poder judicial.

V. BIBLIOGRAFÍA

- AGUADO I CUDOLÀ, Vicenç (2001): «La prueba en el procedimiento administrativo sancionador», *Revista Justicia Administrativa*, nº extraordinario 1, pp. 93-114.
- ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía (2010): «Derecho a la presunción de inocencia» en Blanca LOZANO CUTANDA (dir.), *Diccionario de Sanciones Administrativas*, Madrid, Iustel, pp. 252-268.
- CÁMARA ARROYO, Sergio (2020): «Más allá del deporte: el dopaje interpretado como delito contra la salud pública. Análisis penal, criminológico y jurisprudencial del art. 362 quinquies CP», *La Ley Penal*, 142, pp. 1-39.
- CAZORLA, Luis María (1992): *Derecho del deporte*, Madrid, Tecnos. 438 pp.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario (2021): «La lucha contra el dopaje en el deporte» en Eduardo GAMERO CASADO y Antonio MILLÁN GARRIDO (dirs.), *Manual de Derecho del Deporte*, Madrid, Tecnos, pp. 865-911.
- FERNÁNDEZ, Tomás Ramón (2014): «La dudosa constitucionalidad del régimen sancionador del dopaje deportiva», *Revista Vasca de Administración Pública*, 99-100, pp. 1353-1369.
- GAMERO CASADO, Eduardo (2003): *Las sanciones deportivas*, Barcelona, Bosch, 608 pp.
- GÓMEZ TOMILLO, Manuel, y SANZ RUBIALES, Iñigo (2017): *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General*, 4º Ed., Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 1037 pp.
- GÓMEZ TOMILLO, Manuel (2020): «Principios constitucionales nucleares del derecho penal y matices característicos del derecho administrativo sancionador», *Revista de Derecho Aplicado LLM UC*, 6, pp. 1-38.
- HERNANDO ESPADA, David (2019): «A vueltas con la naturaleza vinculante del Código Mundial Antidopaje: Comentario a la Sentencia de 28 de septiembre de 2018 de la Sala Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional», *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, 62, pp. 1-7.
- MILLÁN GARRIDO, Antonio (dir.) (2022): *Comentarios a la Ley Antidopaje: (Ley Orgánica 11/2021, de 28 de diciembre, de lucha contra el dopaje en el deporte)*, Madrid, Reus (en prensa).
- PALOMAR OLMEDA, Alberto (2004): «La regulación del dopaje en el deporte» en ESPARTERO CASADO, J. (coord.), *Introducción al derecho del deporte*, Madrid, Dykinson, pp. 353-389.
- PALOMAR OLMEDA, Alberto (2013): «La legislación contra el dopaje en España», *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, 3, pp. 1-19.

- QUINTANA LÓPEZ, Tomás (2010): «Empleados Públicos. Régimen Disciplinario» en Blanca LOZANO CUTANDA (dir.), *Diccionario de Sanciones Administrativas*, Madrid, Iustel, pp. 367-385.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, José (2013): «La AMA y su reglamentación» en Alberto PALOMAR OLMEDA (dir.), *El dopaje en el deporte. Comentario a la Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva*, Madrid, Dykinson, pp. 63-141.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, José (2022): «Una aproximación a la Ley Orgánica 11/2021, de 28 de diciembre, de lucha contra el dopaje en el deporte», *Revista Aranzadi de Derecho del Deporte y Entretenimiento*, 74, pp. 1-11.
- RODRÍGUEZ TEN, Javier (2013): «El régimen disciplinario del dopaje» en Alberto PALOMAR OLMEDA (dir.), *El dopaje en el deporte. Comentario a la Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva*, Madrid, Dykinson, 710 pp.

EL ABUSO DE LA TEMPORALIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO: MEDIDAS PREVENTIVAS Y SANCIONADORAS EN LA LEY 20/2021 (*)

SERGIO DIEGO GARCÍA

Secretario general del Ayuntamiento de Calatayud

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. 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.– III. EL TRADICIONAL ESCENARIO DE AUSENCIA DE MEDIDAS PREVENTIVAS Y SANCIONADORAS DEL ABUSO DE LA TEMPORALIDAD EN EL SISTEMA ESPAÑOL DE EMPLEO PÚBLICO: 1. La indeterminación de la duración máxima de las relaciones de empleo temporales: la oferta de empleo público y la «tasa de reposición de efectivos». 2. Las medidas sancionadoras de los abusos: entre la insuficiencia y la ausencia. 3. El intento fallido de dar una respuesta judicial a la problemática del abuso de la temporalidad. 4. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 junio 2021 (asunto IMIDRA).– IV. LA LEY 20/2021, DE 28 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS URGENTES PARA LA REDUCCIÓN DE LA TEMPORALIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO: 1. Medidas en materia de duración máxima de los nombramientos de funcionarios interinos. 2. Medidas sancionadoras del abuso de la temporalidad: A) Responsabilidades por las irregularidades en materia de temporalidad. B) Nulidad de pleno derecho de las actuaciones que impliquen incumplimiento de los plazos máximos de permanencia. C) Compensaciones a los empleados afectados por el incumplimiento de los plazos máximos de permanencia. 3. Los procesos de estabilización de empleo temporal.– V. CONCLUSIONES. VI.– BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: El presente trabajo tiene por objeto efectuar una aproximación al fenómeno del abuso de la temporalidad en el empleo público. El autor parte de la premisa de que el Derecho español del empleo público se ha caracterizado tradicionalmente por la insuficiencia de las medidas preventivas y sancionadoras de los abusos, con incumplimiento de las obligaciones derivadas de la Directiva 1999/70/CE. La imposibilidad de resolver esta contradicción a través de la labor interpretativa de los tribunales ha propiciado la aprobación de la reciente legislación de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público. Esta reforma será objeto de un análisis crítico, en el que se concluirá su insuficiencia para dar una solución definitiva a esta problemática.

Palabras clave: empleo público; función pública; empleo temporal; funcionarios interinos; abusos; directiva 1999/70/CE; medidas preventivas; medidas sancionadoras.

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA con fecha 11/07/2022 y evaluado favorablemente para su publicación el 26/11/2022.

ABSTRACT: The purpose of this paper is to make an approximation to the phenomenon of abuse of temporality in public employment. The author starts from the premise that the Spanish law of public employment has traditionally been characterized by the insufficiency of preventive and sanctioning measures for abuses, with breach of the obligations derived from Directive 1999/70/CE. The impossibility of resolving this contradiction through the interpretive work of the courts has led to the approval of recent legislation on urgent measures to reduce temporality in public employment. This reform will be the object of a critical analysis, in which its insufficiency to provide a definitive solution to this problem will be concluded.

Key words: public employment; civil service; temporary employment; temporary civil servants; abuses; directive 1999/70/ec; preventive measures; sanctioning measures.

I. INTRODUCCIÓN

El porcentaje de empleados temporales en el sector público alcanzó su máximo histórico en el primer trimestre de 2022, situándose en un 32,49 % del total de asalariados de dicho sector; porcentaje que supera ampliamente al correspondiente a la temporalidad del sector privado, que se vio reducido hasta un 22,07% en el mismo trimestre (1).

La temporalidad en el empleo público no afecta del mismo modo al conjunto de empleados de dicho sector, siendo una característica especialmente acusada en el caso de mujeres y jóvenes (2).

La inestabilidad laboral en el sector público, no sólo se traduce en unas menores perspectivas de desarrollo económico y personal de los empleados afectados. También tiene un impacto directo en la calidad de los servicios públicos, debido a las menores exigencias y capacidad de atracción de talento de los procesos de selección de personal no permanente en las Administraciones públicas. Y pone en riesgo la adecuación de la actividad administrativa a sus principios rectores, dada la menor protección jurídica de que goza la actuación de los empleados públicos temporales, que ha de estar guiada —al igual que en el caso del personal funcionario de carrera y laboral fijo— por los principios legalidad, objetividad e imparcialidad (3).

Las causas de este fenómeno son complejas y no siempre de índole jurídica, en ocasiones relacionadas con el mapa territorial de los servicios públicos o con las condiciones de desempeño y retribuciones asociadas a los diversos

(1) Fuente: Encuesta de Población Activa (INE).

(2) *Ibídem*.

(3) Véase el artículo 53.2 de Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

puestos de trabajo (4). Esto no obstante, las diferentes opciones escogidas por el legislador para la articulación del régimen jurídico del empleo público pueden operar como instrumento dirigido a limitar el recurso a relaciones de empleo de carácter temporal o, por el contrario, pueden incentivar el uso e, incluso, el abuso de las mismas.

El sistema normativo español en materia de empleo público se ha caracterizado tradicionalmente por su carencia de medidas preventivas y sancionadoras del abuso de la temporalidad, con incumplimiento de las obligaciones derivadas de 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.

Los órganos jurisdiccionales españoles han sido conscientes de la situación de falta de acomodo de la legislación nacional a la citada directiva, planteando numerosas cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Pero la posibilidad de solventar la contradicción indicada mediante la interpretación judicial de la normativa interna a la luz del ordenamiento comunitario terminó alcanzando un punto muerto (MORATE MARTÍN 2021: 78) o un callejón sin salida (FUENTETAJADA PASTOR 2020: 214), especialmente en lo que se refiere al ámbito de la función pública.

Adicionalmente, la labor de la doctrina judicial, en algunas ocasiones, lejos de ayudar a resolver la controversia descrita, ha contribuido a desactivar las escasas medidas preventivas y sancionadoras de los abusos que podían haberse deducido de interpretaciones diversas de la normativa española; en particular, en lo que se refiere a la institución de la oferta de empleo público.

En este contexto, parecía inevitable una intervención legislativa que se materializó por el legislador de urgencia a través del Real Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio, cuya tramitación como proyecto de ley dio lugar a la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público.

Esta reforma del sistema de empleo público introduce novedosas medidas preventivas y sancionadoras del abuso de la temporalidad, dando cumplimiento a las exigencias de la Directiva 1999/70/CE. Pero rehúye enfrentarse a determinadas instituciones y técnicas como la oferta de empleo público y la «tasa de reposición de efectivos», cuya configuración ha sido identificada de forma unánime como causa relevante de esta problemática (5).

(4) Así se desprende, por ejemplo, del Informe núm. 1032 del Tribunal de Cuentas «Informe de fiscalización de las retribuciones y de la gestión de los sistemas de provisión y promoción de los puestos de la intervención de las Entidades Locales».

(5) El papel que desempeña de la oferta de empleo público dentro de la problemática de la temporalidad se pone de relieve en el Informe del Consejo Económico y Social 3/2004

II. 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

El Tratado de Maastricht de 1992 incorporó un Protocolo de Política Social, firmado por todos los Estados miembros a excepción del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, cuyo acuerdo anexo establecía la posibilidad de que los interlocutores sociales en el ámbito comunitario alcanzasen acuerdos sobre materias en las que la Comisión estimara conveniente una acción comunitaria, y que dichos acuerdos pudieran ser aplicados sobre la base de una decisión del Consejo, a propuesta de la Comisión.

Este procedimiento fue el empleado para la negociación del Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, aprobado por dichas organizaciones el 18 de marzo de 1999, las cuales transmitieron a la Comisión su petición conjunta de aplicar el mencionado Acuerdo marco en la forma indicada. La decisión fue articulada mediante la Directiva 1999/70/CE, de acuerdo con el artículo 249 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.

Los objetivos del Acuerdo Marco —según reza su cláusula 1— son dos:

- a) Mejorar la calidad del trabajo de duración determinada garantizando el respeto al principio de no discriminación.
- b) Establecer un marco para evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada.

El primero de estos objetivos se desarrolla en la cláusula 4, según la cual «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».

Por lo que refiere al objetivo de establecimiento de un marco para evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada, su articulación se efectúa en la cláusula 5 que —bajo el epígrafe «medidas destinadas a evitar la utilización abusiva»— ordena a los Estados miembros, cuando no existan medidas legales equivalentes para prevenir los abusos, la introducción de una o varias de las siguientes medidas:

«La temporalidad en el empleo en el Sector Público», o en el Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, de 25 de abril de 2005. También se analiza en los trabajos de SÁNCHEZ MORÓN (2012: 389), SERRANO PASCUAL (2016: 278), FONDEVILA ANTOLÍN (2018: 64), GONZÁLEZ LÓPEZ (2019: 85), ROSA MORENO (2019: 388), MORATE MARTÍN (2021: 74), entre otros muchos.

- 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.

Adicionalmente, dichos Estados miembros han de determinar —en cumplimiento de la referida cláusula— en qué condiciones los contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada:

- a) se considerarán sucesivos;
- b) se considerarán celebrados por tiempo indefinido.

En cuanto al ámbito de aplicación del Acuerdo marco, no se establece ninguna exclusión o excepción para los contratos de duración determinada suscritos por entidades del sector público, tal y como se declaró por el TJUE en el asunto *Adeneler* (6). En el caso español, quedarían comprendidos bajo la cobertura de la Directiva no sólo los trabajadores ligados a la Administración con vínculo laboral de duración determinada, sino también el personal temporal en régimen de derecho administrativo (7).

El TJUE ha reconocido el efecto directo de cláusula 4 del Acuerdo marco —relativa al principio de no discriminación— en el asunto *Impact* (8), en la medida en que «prohíbe de manera general y en términos inequívocos cualquier diferencia de trato no justificada objetivamente respecto a los trabajadores con contratos de duración determinada por lo que se refiere a las condiciones de trabajo». En sentido contrario, la misma sentencia ha negado que la cláusula 5 (Medidas destinadas a evitar la utilización abusiva) sea lo suficientemente incondicional y precisa para tener efecto directo, habida cuenta de que «conforme a esta disposición corresponde a los Estados miembros la facultad de apreciar si recurren, a tal fin, a una o varias de las medidas enunciadas en esta cláusula o incluso a medidas legales existentes equivalentes».

Pero la ausencia de efecto directo de la cláusula 5 no significa que no pueda deducirse ninguna consecuencia jurídica de la falta de trasposición o trasposición inadecuada de su contenido, en virtud de los principios de efectividad y de equivalencia. De modo que «a falta de normativa de la Unión en la materia, las modalidades de aplicación de tales normas, que deben ser determinadas por el ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros en virtud del principio de autonomía de procedimiento de éstos, no deben sin

(6) STJUE de 4 de julio de 2006 (C-212/04).

(7) STJUE de 13 de septiembre de 2007 (C-307/05); STJUE de 22 de diciembre de 2010 (C-444/09 y C-456/09); STJUE de 9 de julio de 2015 (C-177/14).

(8) STJUE de 15 de abril de 2008 (C-268/06).

embargo ser menos favorables que las aplicables a situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) ni hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad)» (9).

En virtud de estos principios, los tribunales españoles han pretendido deducir del Derecho europeo una serie de consecuencias para las situaciones de abuso de la temporalidad en el ámbito del empleo público, planteando una serie de cuestiones prejudiciales que —como indica FUENTETAJADA PASTOR (2020: 205)— «han pretendido intencionadamente desbordar el ordenamiento interno al amparo del derecho europeo».

La incorporación de la Directiva 1999/70/CE al ordenamiento interno español tuvo lugar a través de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad —tal y como expresa el último párrafo de la exposición de motivos de este texto legal, en cumplimiento del último párrafo del artículo 2 de la Directiva (10)—.

Antes de la reforma operada mediante el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (TRLET), contemplaba la duración máxima de los contratos por obra o servicio determinado y circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos. Respecto del contrato de interinidad por sustitución, el Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, hacía coincidir su duración con la ausencia del trabajador sustituido con derecho a la reserva del puesto de trabajo; en el contrato de interinidad por vacante, con la del proceso de selección o promoción para la cobertura definitiva del puesto, sin que pudiera ser superior a tres meses, ni celebrarse un nuevo contrato con el mismo objeto una vez superada dicha duración máxima (11).

La consecuencia jurídica establecida legalmente para los supuestos de celebración de contratos temporales en fraude de ley o de sucesión de contratos de esta naturaleza más allá de los límites establecidos en la norma era la conversión de la relación laboral en indefinida.

Puede afirmarse, por tanto, que la legislación española aplicable a los asalariados del sector privado contemplaba medidas preventivas y sancionadoras respecto del abuso de la temporalidad.

(9) STJUE de 14 de septiembre de 2016 (C-184/15 y C-197/15), entre otras.

(10) «Cuando los Estados miembros adopten las disposiciones contempladas en el apartado 1, éstas harán referencia a la presente Directiva o irán acompañadas de dicha referencia en su publicación oficial. Los Estados miembros establecerán las modalidades de la mencionada referencia».

(11) Art. 4 del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada.

III. EL TRADICIONAL ESCENARIO DE AUSENCIA DE MEDIDAS PREVENTIVAS Y SANCIONADORAS DEL ABUSO DE LA TEMPORALIDAD EN EL SISTEMA ESPAÑOL DE EMPLEO PÚBLICO

1. La indeterminación de la duración máxima de las relaciones de empleo temporales: la oferta de empleo público y la «tasa de reposición de efectivos»

La situación en el sector público era diferente a la expuesta, tanto en lo que respecta al personal funcionario como al personal laboral. En relación con éste último, si bien resultaban aplicables los límites comunes establecidos en el artículo 15 del TRLET para los contratos de duración determinada (12), el artículo 4.2 b) del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, exceptuaba expresamente a los contratos de interinidad por vacante del plazo máximo de 3 meses previsto con carácter general para los procesos de selección o promoción para la cobertura definitiva de los puestos. Esta especialidad, unida a la articulación legal de la oferta de empleo público, tenía como consecuencia un alto grado de indeterminación en la duración máxima de esta modalidad contractual en el sector público.

En el caso del personal funcionario sujeto al Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), el artículo 10 de este texto legal —en su redacción original— establecía una serie de modalidades para el nombramiento de funcionarios interinos, condicionadas todas ellas a la existencia de razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia.

La finalización de la relación de empleo de los funcionarios interinos se conectaba —con carácter adicional a los motivos propios de la extinción del vínculo de los funcionarios de carrera— a la finalización de la causa que hubiera dado lugar a su nombramiento.

Por lo que se refiere a la modalidad de interinidad por vacante, el apartado 4º del precepto legal citado ordenaba la inclusión de las plazas vacantes en la oferta de empleo correspondiente al ejercicio en que se producía su nombramiento y, si no fuera posible, en la siguiente, salvo que se decidiese su amortización.

Esta previsión legal, unida al establecimiento —en el artículo 70.1 del EBEP— de un plazo máximo de tres años para el desarrollo de los procesos selectivos en ejecución de la oferta de empleo público, podría haber operado como una limitación a la duración máxima de las relaciones de empleo de carácter temporal. Pero la figura de la «tasa de reposición de efectivos» junto

(12) Con las especialidades previstas en la Disposición Adicional Decimoquinta del citado texto legal en su redacción previa a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre.

a la interpretación de la jurisprudencia sobre los efectos de la superación de estos plazos, han venido en la práctica a suspender —al menos de forma parcial— la virtualidad de este precepto.

La primera ley de presupuestos generales del Estado aprobada tras la entrada en vigor del EBEP, introdujo una importante novedad que ha de valorarse negativamente, en la medida en que implicaba desactivar el mandato legal comentado el primer año de su vigencia —tal y como advirtió SERRANO PASCUAL (2016: 277)—. De forma similar a las anteriores normas presupuestarias, la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2008 preceptuaba la obligatoria inclusión en las ofertas de las plazas desempeñadas por personal interino en el ejercicio anterior, dentro del límite del cien por cien de la tasa de reposición (13). Pero —a diferencia de aquéllas— no facultaba para ofertar, adicionalmente a dicha tasa de reposición, las plazas cubiertas de forma interina en ejercicios precedentes. De modo que la inclusión de las plazas correspondientes a personal interno con mayor antigüedad únicamente sería posible dentro del citado límite.

La circunstancia de que la totalidad de las plazas objeto de cobertura interina computasen a efectos del cumplimiento del límite determinado por la aplicación de la «tasa de reposición de efectivos», propició el incumplimiento de la obligación de ofertar dichas plazas —tal y como explica SÁNCHEZ MORÓN (2012: 389)—.

El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 29 de Octubre 2010 (14), anuló la Oferta de Empleo Público del Gobierno de Aragón del año 2007, por incumplimiento del mandato de inclusión de las plazas cubiertas interinamente contenido en el artículo 10.4 del EBEP y en la legislación de función pública aragonesa. Esta resolución judicial fue objeto de valoraciones positivas, entendiendo que de la misma derivaba la obligación de ofertar las plazas ocupadas por personal interino con independencia de las limitaciones contenidas en las leyes de presupuestos generales del Estado (15). Sin embargo, en posteriores pronunciamientos en los que el Tribunal Supremo analizó esta cuestión ofreció soluciones opuestas a la deducida de su resolución del año 2010, admitiendo la prevalencia de las limitaciones a la incorporación de personal de nuevo ingreso contenidas en las normas presupuestarias, sobre la obligación de ofertar las plazas correspondientes a funcionarios interinos (16).

(13) Art. 23 Uno de la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2008.

(14) STS (C/A) de 29 Octubre de 2010 (Rec. 2210/2007).

(15) En este sentido, SÁNCHEZ MORÓN (2012: 390) o SERRANO PASCUAL (2014: 191).

(16) STS (C/A) de 20 de noviembre de 2013 (Rec. 44/2013); STS (C/A) de 2 de diciembre de 2015 (Rec. 401/2014).

El establecimiento de un plazo máximo para la ejecución de la oferta de empleo público tampoco ha servido como medida preventiva de los abusos, dada la interpretación que se ha dado a los efectos del incumplimiento de este plazo.

El artículo 70.1 del EBEP —apartándose de la recomendación de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público (17)— introdujo en su último inciso la exigencia de que la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar fuera objeto de desarrollo dentro del plazo improrrogable de tres años.

Sobre el incumplimiento del plazo máximo de tres años la doctrina se inclinó mayoritariamente por su consideración como una irregularidad no invalidante (ARROYO YANES 2016: 111) (CAVAS MARTÍNEZ 2017: 5).

El Tribunal Supremo se pronunció sobre esta cuestión en Sentencia de 10 de diciembre de 2018 (18), en la que interpretó que el plazo de tres años para el desarrollo de las ofertas de empleo público tenía carácter esencial e invalidante respecto de los procesos selectivos convocados una vez transcurrido dicho plazo. Esta posición ha sido reiterada en posteriores resoluciones (19).

Como indica GONZÁLEZ LÓPEZ (2019: 74), este criterio imposibilita cualquier posibilidad de impugnación del incumplimiento de la obligación de convocar los procesos selectivos en ejecución de las ofertas de empleo público, «ya que el inicio del plazo de reclamación contra la inactividad comenzará justamente al finalizar el plazo de tres años para ejecutar la oferta». Desde la óptica de las medidas preventivas del abuso de la temporalidad, esta interpretación acentúa la situación de inadecuación de la normativa española a la Directiva 1999/70/CE, habida cuenta de que, aún incluidas las plazas desempeñadas por personal temporal en las correspondientes ofertas de empleo público, no existe ninguna garantía de que los correspondientes procesos de selección vayan a ser puestos en marcha, ni posibilidad alguna de reacción de los perjudicados ante la falta de convocatoria de estos procesos.

2. Las medidas sancionadoras de los abusos: entre la insuficiencia y la ausencia

Si la trasposición de la Directiva era más que cuestionable respecto de la introducción de medidas preventivas de los abusos, en lo que se refiere a

(17) Dicha Comisión era partidaria de que los plazos máximos para el desarrollo de los procesos fueran fijados en las leyes de desarrollo y no en el propio Estatuto.

(18) STS (C/A) de 10 de diciembre de 2018 (Rec. 129/2016).

(19) STS (C/A) de 21 de mayo de 2019 (Rec. 209/2016); STS (C/A) de 12 de diciembre de 2019 (Rec. 3554/2017).

las medidas sancionadoras de dichos abusos el incumplimiento del Acuerdo marco resultaba aún más patente.

En el caso del personal laboral temporal, la conversión de la relación laboral en indefinida —establecida con carácter general como consecuencia jurídica para los supuestos de abuso— encontró importantes obstáculos aplicativos en el ámbito del empleo público, habida cuenta de que el acceso a éste se efectúa a través de procesos selectivos ajustados a los principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad. Lo que dio lugar a la creación jurisprudencial de la problemática figura del indefinido no fijo.

El Tribunal Supremo, en Sentencias de 14 de julio y 15 de julio de 2014 (20), admitió que la consecuencia de la superación del plazo para la ejecución de las ofertas de empleo público —determinado por el repetido artículo 70.1 del EBEP— había de ser la conversión de la relación de interinidad en la propia de los trabajadores indefinidos no fijos. Pero este criterio fue rectificado en Sentencia de 24 de abril de 2019 (21) en la que se declaró que «el plazo de tres años no puede operar de modo automático».

En posteriores pronunciamientos, el Tribunal Supremo ha considerado relevantes las limitaciones a las ofertas de empleo público contenidas en las normas presupuestarias a efectos de rechazar la conversión de contratos de interinidad por vacante en indefinidos no fijos, pese a la superación del plazo señalado (22).

Adicionalmente, y siguiendo el criterio expresado por el TJUE (asunto *Baldomero Martín* (23), entre otros), tanto la Sala Tercera como la Cuarta no apreciaron la existencia de abusos en los casos en los que los empleados públicos temporales hubieran sido objeto de una única contratación o nombramiento de interinidad, al no existir una sucesión de contratos temporales a los efectos de la cláusula 5 del Acuerdo marco (24).

En el caso del personal en régimen de Derecho administrativo, el incumplimiento de este aspecto de la cláusula 5 del Acuerdo marco era absoluto, al no incluirse en el EBEP, ni deducirse de norma alguna aplicable a este tipo de personal, ninguna consecuencia jurídica para los supuestos de sucesión fraudulenta de nombramientos de interinidad más allá de los límites previstos

(20) STSs (Soc) de 14 y 15 de julio de 2014 (Recs. 1847/2013 y 2047/2013).

(21) STS (Soc) de 24 de abril de 2019 (Rec. 1001/2017).

(22) STS (Soc) de 22 mayo de 2019 (Rec. 2469/2018); STS (Soc) de 31 de mayo de 2019 (Rec. 4420/2017), entre otras.

(23) SJUE de 22 de enero de 2020 (C-177/18).

(24) STS (C/A) de 28 de mayo de 2020 (Rec. 5801/2017); STS (C/A) de 24 de septiembre de 2020 (Rec. 2302/2018); STS (Soc) de 9 de junio de 2020 (Rec. 4845/2018); STS (Soc) de 10 de junio de 2020 (Rec. 2088/2018), entre otras.

legalmente (FERNÁNDEZ GRACIA 2021: 34), o de demora —cualquiera que fuera su entidad— en la provisión definitiva de los puestos de trabajo desempeñados por personal temporal.

3. El intento fallido de dar una respuesta judicial a la problemática del abuso de la temporalidad

La ausencia de una clara articulación normativa de medidas preventivas y sancionadoras del abuso de la temporalidad en el ámbito del empleo público ha provocado que las consecuencias jurídicas de las actuaciones abusivas o fraudulentas hayan sido deducidas fundamentalmente de la actividad interpretativa de los tribunales.

Algunas de estas soluciones de creación judicial se han pretendido extraer de las exigencias derivadas de la Directiva 1999/70/CE y de las orientaciones ofrecidas por el TJUE. En otros casos, las reacciones a las situaciones de abuso se han diseñado inicialmente sobre la exclusiva base del Derecho interno, pero su evolución posterior se ha visto influida por la normativa y jurisprudencia comunitarias (25).

El TJUE parte de la premisa de que la cláusula 5 del Acuerdo marco impone la existencia de medidas preventivas y sancionadoras del abuso de la temporalidad y que, en ausencia de las mismas, corresponde a las autoridades nacionales adoptar las medidas apropiadas para hacer frente a dicha situación. Estas medidas no sólo deben ser proporcionadas, sino también lo bastante efectivas y disuasorias como para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en aplicación del Acuerdo marco (26). Pero ninguna de las respuestas ofrecidas por los órganos jurisdiccionales ha resultado satisfactoria.

La declaración de personal indefinido no fijo ha sido la consecuencia establecida tradicionalmente por los órganos del orden jurisdiccional social para los casos de irregularidades en materia de contratación laboral. Pero su extensión al ámbito de la función pública, fue rechazada por el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 26 de noviembre de 2018 (27), en las que se sustituyó dicha consecuencia por la subsistencia de la relación de empleo, hasta que la Administración cumpla con la obligación de proceder a la cobertura reglamentaria de las correspondientes plazas. Además, respecto de las posibles indemnizaciones derivadas de los abusos, estos pronunciamientos descartan la

(25) Es el caso de la evolución del régimen relativo a la extinción de la relación laboral de los indefinidos no fijos.

(26) ATJUE de 11 de diciembre de 2014 (C-86/14); STJUE de 14 de septiembre de 2016 (C-16/15), entre otras.

(27) STSs (C/A) de 26 de septiembre de 2018 (Recs. 785/2017 y 1305/2017).

equivalencia con el régimen propio del Derecho laboral, reconduciendo la cuestión al régimen general de la responsabilidad patrimonial de la Administración y condicionando el nacimiento del derecho indemnizatorio a la acreditación de los daños y perjuicios ocasionados.

Los pronunciamientos citados fueron objeto de valoraciones positivas al plantear una solución desde el sistema propio del Derecho administrativo (SÁNCHEZ MORÓN 2019: 225) y descartar la importación de la inestable figura del indefinido no fijo perteneciente al ámbito laboral (BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ 2020: 18). Con todo, la respuesta ofrecida por el Tribunal Supremo plantea problemas, especialmente en lo que se refiere a las posibles consecuencias derivadas de la extinción de la relación de empleo por cobertura de la vacante, habida cuenta de que —como señala GONZÁLEZ LÓPEZ (2019: 73) será difícil que se acrediten en ese momento perjuicios más allá de los derivados de la extinción de dicha relación, pudiendo existir apreciaciones judiciales muy heterogéneas sobre la entidad y valoración de dichos daños (FERNÁNDEZ GRACIA 2021: 76).

La posterior Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2021 (28) —referida también a personal sujeto a vínculo administrativo— declara que una indemnización con finalidad sancionadora de comportamientos ilegales de la Administración, no vinculada al resarcimiento de daños y perjuicios, carece de encaje en la regulación española de la responsabilidad patrimonial de la Administración; por lo que rechaza la posibilidad de su concesión.

La declaración de indefinición (sin fijeza) y la concesión de indemnizaciones han llegado a ser cuestionadas como medidas sancionadoras incluso en el ámbito del personal laboral, a raíz del pronunciamiento del TJUE recaído en los asuntos acumulados *Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez* (29) —tal y como observa BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ (2020: 30)—. Respecto de la primera de las medidas citadas, el TJUE declara que no permite alcanzar los objetivos de la cláusula 5 del Acuerdo marco, en la medida en que faculta al empleador para amortizar la plaza o acordar el cese del empleado por la cobertura de la plaza por funcionario, y no garantiza que los empleados declarados indefinidos no fijos disfruten de las mismas condiciones que el personal fijo. En cuanto a la segunda, se considera inadecuada considerando que se concede con independencia «de cualquier consideración relativa al carácter lícito o abusivo de la utilización de contratos de duración determinada» Además, dicha indemnización no se percibirá en los casos en los que no se ha producido el cese. Pese a que los supuestos de hecho que dieron lugar al planteamiento de las cuestiones prejudiciales venían referidos a personal sujeto a vínculo

(28) STS (C/A) de 15 de noviembre de 2021 (Rec. 6103/2018).

(29) SJUE de 19 de marzo de 2020 (C-103/18 y C-429/18).

administrativo, las citadas declaraciones pueden trasladarse al ámbito del personal laboral.

La declaración de fijeza como respuesta a los abusos ha sido admitida en algunos supuestos de hecho excepcionales, tanto por los órganos jurisdiccionales del orden social como por los del contencioso-administrativo (30). Pero se ha rechazado con carácter general, desde la premisa de que la superación de un proceso selectivo dirigido a la contratación o nombramiento de personal temporal no resulta suficiente para posibilitar esta conversión (31). Adicionalmente, parece que debe descartarse que esta consecuencia pueda desprenderse del Derecho europeo a la vista de lo declarado por el TJUE en los asuntos acumulados *Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez* (32).

4. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 junio 2021 (asunto *IMIDRA*)

El supuesto de hecho que dio lugar al planteamiento de la cuestión prejudicial resuelta por este pronunciamiento del TJUE (33) era el de un trabajador contratado en la modalidad de interinidad por vacante por el Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario (IMIDRA) y que, tras quedar vacante en concurso de traslados el puesto de trabajo desempeñado, fue cesado por la provisión de dicho puesto, tras la realización de un proceso selectivo de consolidación —convocado seis años después de la fecha de su nombramiento y que fue resuelto cuando habían transcurrido más de trece años desde ésta—.

La sentencia introduce algunas novedades importantes respecto del concepto de sucesión de contratos o relaciones laborales de duración determinada. En concreto, se declara que la alteración en la fecha de finalización de un contrato, constituye una novación sustancial del mismo asimilable a la celebración de un nuevo contrato o relación laboral que suceda a la anterior.

Aplicando la anterior consideración al litigio examinado, el TJUE concluye que ha existido una prórroga del contrato de interinidad, que quedaría com-

(30) STS (Soc) de 16 noviembre de 2021 (Rec. 3245/2019); STJCA núm. 4 de Alicante de 8 de junio de 2020 (Rec. 813/2019), revocada por STSJ (C. Valenciana) de 19 de mayo de 2021 (Rec. núm. 315/2020); SJCA núm. 7 de Barcelona, de 5 de noviembre de 2021.

(31) STS (Soc) de 17 septiembre de 2020 (Rec. 154/2018); STS (Soc) de 30 septiembre de 2020 (Rec. 112/2018).

(32) «el Derecho de la Unión debe interpretarse en el sentido de que no obliga a un tribunal nacional que conoce de un litigio entre un empleado público y su empleador a abstenerse de aplicar una normativa nacional que no es conforme con la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco».

(33) STJUE de 3 de junio de 2021 (C-726/19).

prendida en el concepto «utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada» a que se refiere la cláusula 5 del Acuerdo marco.

Se observa, por tanto, que esta sentencia pone en tela de juicio la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que venía rechazando la calificación de abusivas a situaciones en las que se había producido un único contrato o nombramiento de interinidad, pese la falta de realización durante años de los correspondientes procesos encaminados a la cobertura de plazas vacantes (SEMPERE NAVARRO 2021: 9).

La segunda cuestión que interesa destacar de este pronunciamiento del TJUE, tiene que ver con la consideración de los procesos encaminados a la cobertura de vacantes como medida preventiva del abuso de la temporalidad.

El Tribunal —con cita en lo ya declarado en los asuntos *Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez*— acepta que la organización de procesos selectivos podría ser una medida equivalente para prevenir el uso abusivo de la temporalidad a los efectos de la cláusula 5 del Acuerdo marco. Pero concluye que, dado que el plazo para el desarrollo de estos procesos no es fijo —según la jurisprudencia española— su puesta en marcha no resulta adecuada como medida preventiva.

Finalmente, en respuesta a la cuestión prejudicial quinta planteada, declara que las consideraciones económicas relacionadas con las limitaciones a las ofertas de empleo público en las leyes de presupuestos —que, como se ha dicho, eran tomadas en consideración por el Tribunal Supremo para justificar la duración de las relaciones temporales— no permiten «justificar la inexistencia, en el Derecho nacional, de medidas destinadas a prevenir y sancionar la utilización sucesiva de contratos de trabajo de duración determinada».

IV. LA LEY 20/2021, DE 28 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS URGENTES PARA LA REDUCCIÓN DE LA TEMPORALIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO

En el *Boletín Oficial del Estado* núm. 161, de fecha 7 de julio de 2021, apareció publicado el Real Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público. La intervención legislativa del ejecutivo se justificó, entre otros extremos, en la alta de tasa de temporalidad existente en el ámbito del empleo público, en los compromisos adquiridos por España en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, y en la recepción interna de la sentencia del TJUE recaída en el asunto *IMIDRA*.

En la sesión celebrada por el Congreso Diputados en la que se sometió a votación la convalidación o derogación del Real Decreto-ley, a la vista de las dificultades para obtener los apoyos precisos para aquélla, la Ministra de

Hacienda y Función Pública expresó el compromiso del Gobierno de tramitar el texto normativo como proyecto de ley, a fin de introducir modificaciones en el mismo, en particular, en lo que se refiere a los procesos destinados a la estabilización del personal temporal.

La tramitación del texto como proyecto de ley dio lugar a la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, que incorporó algunas modificaciones como resultado de la tramitación parlamentaria.

Se ha de destacar que —pese a la referencia al Acuerdo marco contenida en las exposiciones de motivos de estas normas— no se efectúa en las mismas declaración alguna sobre la trasposición de la Directiva, con inobservancia de lo dispuesto en el artículo 2 de ésta. Haciendo abstracción de esta circunstancia, la reforma se articula en torno a los tres ejes fundamentales a los que se hará referencia en los epígrafes que siguen.

1. Medidas en materia de duración máxima de los nombramientos de funcionarios interinos

El artículo 1 del Real Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio, modificó la redacción del artículo 10 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP), por el que se establece el régimen jurídico básico de los funcionarios interinos. Estas modificaciones —de acuerdo con lo dispuesto en la Disposición transitoria segunda del referido texto normativo— serán aplicables únicamente respecto del personal nombrado con posterioridad a su entrada en vigor. La Ley 20/2021, de 28 de diciembre, contiene idéntica regla transitoria, lo que puede generar algunas dudas sobre el régimen jurídico aplicable a los nombramientos efectuados en el periodo comprendido entre la entrada en vigor de ambos textos legales. Como observa SEMPERE NAVARRO (2022: 37), considerando que la Ley no ha derogado el Real Decreto-ley del que trae causa y que las diferencias entre las dos normas son mínimas parece que el nuevo régimen jurídico de la función pública interina será aplicable a los nombramientos efectuados con posterioridad al 8 de julio de 2021.

Este nuevo régimen jurídico no resultaba aplicable de forma inmediata al personal estatutario de los servicios de salud ni al personal docente, respecto de los cuales se estableció un plazo de un año para efectuar las correspondientes adaptaciones normativas.

La primera novedad que se ha de destacar, dentro de las modificaciones en el régimen de la función pública interina, es la ampliación del plazo máximo del nombramiento de funcionarios interinos por exceso o acumulación de tareas, que pasa a ser de nueve meses, dentro de un periodo de dieciocho meses.

Al margen de esta modificación menor —que ya aparecía en el acuerdo suscrito con las organizaciones sindicales el día 5 de junio de 2021— las principales innovaciones de la reforma vienen referidas a la articulación de la interinidad por vacante. La nueva normativa sigue identificando la causa del nombramiento de funcionarios en esta categoría de interinidad con la existencia de plazas vacantes, cuando no sea posible su cobertura por funcionarios de carrera. Para ARROYO YANES (2021: 144), sin perjuicio de que el funcionario interino desempeñe un puesto de trabajo, en la modalidad objeto de estudio el vínculo característico del nombramiento lo es con la plaza vacante de plantilla y no con el puesto existente en la relación de puestos.

Pero la vinculación del funcionario interino con la plaza y no con el puesto de trabajo puede resultar problemática. En primer lugar, porque la nueva redacción del artículo 10 del TREBEP —al igual que las precedentes— condiciona la posibilidad de efectuar nombramientos de interinidad, en cualquiera de sus modalidades, a la concurrencia de razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia. En este sentido, resulta difícil predicar las circunstancias señaladas de la mera existencia de plazas vacantes, habida cuenta de que éstas únicamente recogen con carácter genérico y abstracto las funciones correspondientes a los diversos cuerpos funcionariales. Parece que la necesidad y urgencia únicamente puede apreciarse en relación con los puestos de trabajo concretos, que son los que tienen atribuidas unas funciones específicas en una determinada división de la estructura administrativa. Adicionalmente, no puede obviarse la existencia de textos normativos que configuran de forma expresa la interinidad por vacante como un mecanismo de provisión de puestos de trabajo y no de cobertura temporal de plazas vacantes (34).

Al margen del debate sobre la naturaleza de los nombramientos de interinidad por vacante —que se retomará posteriormente— se ha de destacar que la reforma pone fin a la tradicional indeterminación en el elemento temporal de esta relación de empleo, introduciendo un plazo máximo de 3 años, cuyo transcurso determinará la finalización del vínculo, con dos excepciones que más adelante se expondrán.

Además de esta causa de extinción automática, los funcionarios interinos por vacante podrán cesar antes del transcurso del plazo máximo de tres años por diversas causas. En concreto, el primer párrafo del apartado 4º del precepto comentado determina que «las plazas vacantes desempeñadas por personal funcionario interino deberán ser objeto de cobertura mediante cualquiera de

(34) Es el caso del artículo 53 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 mecanismos de provisión o movilidad previstos en la normativa de cada Administración Pública».

Debe ponerse de relieve la confusión entre los conceptos «plaza» y «puesto de trabajo» en la que incurre el precepto, considerando que los denominados mecanismos de provisión o movilidad tienen la naturaleza de procedimientos de provisión de puestos de trabajo y no de cobertura de plazas. Al margen de esta confusión terminológica que, por lo demás, resulta tradicional en la normativa de función pública —tal y como advirtió PÉREZ LUQUE (2003: 188-191)— de la redacción del precepto resulta que la provisión del puesto de trabajo desempeñado por el funcionario interino determinará la extinción de su relación de servicio. Esto evidencia que —tal y como se defiende en este trabajo— la razón de ser de la interinidad por vacante está en la existencia de un puesto de trabajo vacante y no de una plaza.

Una vez se hayan resuelto los procedimientos de provisión de puestos de trabajo, si éstos no han sido adjudicados a funcionarios de carrera, el interino continuará su relación de empleo con el plazo máximo de tres años indicado. A partir de este momento, la actuación de la Administración debería consistir en la aprobación de la correspondiente oferta de empleo público y la puesta en marcha de los procesos de selección precisos para su ejecución. Sin embargo, la reforma objeto de estudio ha eliminado del artículo 10 del TREBEP la exigencia de incorporar en la primera oferta de empleo público las plazas ocupadas por funcionarios interinos (35). Pero la exigencia de incorporar estas plazas en la primera oferta de empleo público subsiste, en los términos previstos en la Disposición adicional tercera, párrafo 2º de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre:

«Esas vacantes ocupadas con personal interino se incluirán obligatoriamente en la oferta de empleo público del ejercicio en que se haya nombrado dicho personal y si ello no fuera posible, en la oferta del año siguiente. Todo ello, en los términos previstos en la normativa presupuestaria».

De la lectura de esta disposición se desprende que la referida obligación se amplía a las plazas correspondientes a personal laboral temporal, dada la expresión «personal interino» empleada. Pero la redacción de este precepto —de resultar ésta la intención del legislador— es criticable y confusa, en la medida en que el personal laboral no es objeto de nombramiento sino de contratación. Además, el término «interino», referido al personal laboral, habría quedado desfasado automáticamente al haber sido sustituida en la última reforma laboral la denominación «contrato de interinidad» por la de «contrato de sustitución». Finalmente, no parece que la ubicación sistemática de esta norma sea la más

(35) En opinión de BOLTAINA BOSCH (2021: 79) la reforma del régimen de la interinidad evidencia el fracaso de la provisión inicial esta norma.

adecuada, habiendo sido preferible su inclusión en la regulación de la oferta de empleo público contenida en el artículo 70 del TREBEP, dada la vocación de permanencia de este texto normativo, en contraste con la legislación sobre temporalidad, cuyas normas no modificativas agotarán mayoritariamente sus efectos con la culminación de los procesos de estabilización.

La finalización de los procesos de selección encaminados a la cobertura de vacantes, con la consiguiente adjudicación inicial de destinos a funcionarios de nuevo ingreso, determinará el cese del funcionario interino, dentro del plazo referido de tres años. Así se desprende de lo dispuesto en el artículo 10.3 del TREBEP que recoge, dentro de las causas de cese del personal funcionario interino, cualquiera que sea la modalidad del nombramiento, la que se refiere a «la cobertura reglada del puesto por personal funcionario de carrera a través de cualquiera de los procedimientos legalmente establecidos». Lo que vuelve a poner de manifiesto que el soporte del nombramiento de interinidad se encuentra en el puesto de trabajo y no en la plaza.

En caso de que no se haya procedido en la forma descrita, y haya transcurrido el repetido plazo de tres años, la nueva redacción del artículo 10.4 del TREBEP dispone que «se producirá el fin de la relación de interinidad, y la vacante solo podrá ser ocupada por personal funcionario de carrera». Pero se introducen —como se ha anticipado— dos importantes excepciones a esta regla general.

En primer lugar, se establece que «cuando el correspondiente proceso selectivo quede desierto» se podrá efectuar otro nombramiento de personal funcionario interino. Esta excepción plantea importantes problemas aplicativos en lo que se refiere a la identificación de la plaza o plazas respecto de las cuales el proceso haya quedado desierto, en caso de que se hayan convocado una pluralidad de vacantes. La plaza no es sino la unidad mínima de cada cuerpo o subescala (PÉREZ LUQUE 2003: 204), por lo que las diversas plazas que los integran son indistinguibles las unas de las otras. Por ello, se ha de insistir en la conveniencia de vincular los nombramientos de funcionarios interinos con puestos de trabajo concretos, perfectamente distinguibles, y cuya identificación tras su provisión resultará claramente constatable; no con las plazas de plantilla.

La norma analizada plantea un problema práctico adicional en los supuestos en los que el proceso selectivo haya culminado con la cobertura de todas las plazas objeto de convocatoria, pero el puesto de trabajo concreto no haya sido objeto de asignación inicial. Esta situación puede obedecer a diversas causas: desde el pase a la situación de excedencia por incompatibilidad de aspirantes que han superado simultáneamente varios procesos selectivos, a la oferta en la relación de puestos para la asignación inicial de un número de puestos de trabajo superior al de plazas objeto de convocatoria, como consecuencia de bajas de funcionarios de carrera posteriores a la aprobación

de la oferta de empleo público y de la convocatoria. En estos casos, resulta evidente que con carácter general persistirán las razones de necesidad que justificaron el nombramiento interino; sin embargo —en una interpretación literal del precepto— ni podrá prolongarse la relación de servicio del interino, ni podrá efectuarse un nuevo nombramiento, puesto que el proceso no ha quedado desierto. Esta consecuencia indeseable es una nueva manifestación de la problemática que plantea la ficción de vincular estos nombramientos con la plaza y no con el puesto de trabajo.

La segunda excepción al cese automático del funcionario interino por el transcurso del plazo máximo fijado legalmente se establece por el párrafo 3º del artículo 10.4 del TREBEP para aquellos supuestos en los que se hubiera publicado la convocatoria del correspondiente proceso selectivo dentro del repetido plazo de tres años, en cuyo caso el nombramiento podrá prologarse hasta la conclusión de dicho proceso. Esta salvedad al plazo máximo de tres años se califica por la norma como excepcional, lo que constituye un concepto de difícil concreción.

Durante la tramitación parlamentaria del proyecto de ley se incorporó en el informe de la ponencia —en relación con la prórroga excepcional del plazo máximo— la necesidad de que la convocatoria, publicada dentro del plazo de tres años, sea resuelta en los plazos establecidos en el artículo 70 del TREBEP.

Esta nueva excepción al automatismo del cese por el transcurso del plazo plantea las mismas dificultades expuestas anteriormente respecto de la identificación de las plazas y empleados afectados.

Adicionalmente a las causas de extinción examinadas, el funcionario interino por vacante cesará por las causas comunes establecidas para los funcionarios de carrera y por los restantes motivos enumerados en el artículo 10.3 del TREBEP, entre los que interesa destacar la amortización del puesto de trabajo y la finalización de la causa que dio lugar al nombramiento. En ésta última tendría encaje la desaparición de las razones de necesidad y urgencia que lo motivaron. En estos supuestos—al igual que en los de extinción del vínculo por provisión del puesto de trabajo—, el funcionario cesado no tendrá derecho a la percepción de cantidad compensatoria o indemnizatoria alguna.

Estas causas de cese de los funcionarios interinos, adicionales a la provisión del puesto de trabajo, resultan tradicionales en nuestro Derecho de la función pública. Pero parece que pueden plantear problemas a la luz del principio de no discriminación recogido en la cláusula 4 del Acuerdo marco.

Se ha de recordar que el cambio de criterio del TJUE en el Asunto *Diego Porras 2* (36), respecto del carácter no discriminatorio de la ausencia de

(36) STJUE de 21 de noviembre de 2018 (C-619/17).

indemnización por cese de trabajadores interinos por las causas de extinción típicas de esta modalidad contractual, se basaba en la consideración de que la indemnización establecida para el despido por causas objetivas se abonaba —con independencia de la naturaleza indefinida o temporal de la relación laboral— con el fin de compensar el carácter imprevisible de la ruptura del vínculo; mientras que en el caso del contrato de interinidad las partes conocen desde su celebración «la fecha o el acontecimiento que determinan su término».

Trasladando estas consideraciones al ámbito de la función pública interina pueden extraerse una serie de conclusiones. En primer lugar, que en los supuestos de supresión del puesto de trabajo, los funcionarios de carrera —trabajadores fijos comparables— que no hayan obtenido un nuevo puesto mediante procedimiento de reasignación de efectivos pasan a la situación de expectativa de destino y, posteriormente, a la de excedencia forzosa, percibiendo los porcentajes sobre sus retribuciones previstas en los artículos 12 y 13 del Real Decreto 365/1995, de 10 de marzo. Los funcionarios interinos, en los mismos casos, ven finalizada su relación de empleo sin percibir cantidad retributiva ni compensación alguna. Constatada esta diferencia de trato en cuanto a las condiciones de trabajo no parece que exista ninguna razón objetiva que la justifique, en la medida en que estos supuestos de extinción del vínculo interino no son predecibles ni están determinados por la producción de ningún acontecimiento ajeno a la apreciación discrecional de la Administración pública empleadora.

La articulación legal de las causas de cese de los funcionarios interinos contrasta con la situación de los trabajadores análogos sujetos a vínculo laboral. Desde la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2014 (37), la extinción de la relación laboral de estos empleados no puede fundarse en la simple amortización del puesto de trabajo, sino que ésta deberá efectuarse con sujeción a los cauces y formalidades establecidos legalmente para el despido por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción.

El Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, ha suprimido la Disposición adicional decimosexta del TRLET, que regulaba las especialidades de los despidos por causas económicas, técnicas y organizativas en el sector público. La derogación de esta norma puede interpretarse en el sentido de que tales despidos se ajustarán a idéntico régimen que el establecido para las empresas del sector privado (BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ: 2022), habida cuenta de que esta vía extintiva había sido admitida por diversas resoluciones judiciales previas a la introducción de estas especialidades. Pero lo cierto es que, tanto los sindicatos y medios de comunicación como algunas de las primeras reacciones

(37) STS (Soc) de 24 junio de 2014 (Rec. 217/2013).

doctrinales (ROJO TORRECILLA: 2022), han interpretado que la reforma elimina la posibilidad de extinción de la relación laboral de empleados públicos por las causas indicadas.

Con independencia de la interpretación final que se dé a la derogación de la disposición adicional decimosexta del TRET, lo cierto es que la situación de los funcionarios interinos por vacante tiene muchas menos garantías de estabilidad que la de los empleados públicos análogos en régimen de Derecho laboral. Lo que debe llevar a replantearse la propia existencia de la figura del funcionario interino, considerando que su normativa reguladora no aporta ningún elemento positivo para la consecución de los objetivos de objetividad e imparcialidad a los que ha de servir el régimen jurídico de la función pública, sino al contrario.

La valoración de la modificación del artículo 10 del TREBEP, a la vista de las consideraciones efectuadas en los párrafos precedentes, ha de ser parcialmente positiva. Si bien se introducen medidas preventivas de la temporalidad que pueden ser eficaces, su aplicación práctica puede resultar problemática en muchos casos.

En esta reforma el legislador no renuncia al empleo de la técnica de la tasa de reposición de efectivos, que vuelve a aparecer en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2022. Esta técnica —como explica BOLTAINA BOSCH (2021: 83)— se basa en cálculos sobre la pérdida de efectivos durante el ejercicio anterior, por lo que aboca a políticas de gestión de personal reactivas en las que no encajan las medidas orientadas a satisfacer necesidades futuras aunque sean previsibles. El sistema, articulado de este modo, dará lugar —como se ha expuesto anteriormente— a un desajuste entre las plazas ofertadas y convocadas y las necesidades reales de recursos humanos a la finalización de los procesos de selección, con el consiguiente riesgo de que los gestores públicos no tengan más remedio que perpetuar situaciones de interinidad, aun habiendo transcurrido los plazos máximos legalmente establecidos.

En este sentido —siguiendo a NEVADO-BATALLA MORENO (2021: 130)— puede afirmarse que la articulación original de la oferta de empleo público en la Ley de medidas para la reforma de la Función Pública de 1984, resultaba más idónea para los fines de prevención de la temporalidad abusiva, ya que garantizaba la inclusión de la totalidad de las plazas vacantes y la convocatoria de los correspondientes procesos selectivos. Si a la recuperación de este sistema se añadiese la vinculación del nombramiento interino al puesto de trabajo y no a la plaza, con convocatorias anuales de procesos de provisión de puestos, parece que se cumplirían adecuadamente las exigencias de la cláusula 5 del Acuerdo marco, al quedar determinadas claramente las circunstancias justificativas de la posible prolongación o sucesión de los nombramientos interinos.

Admitiendo la competencia del Estado para limitar el gasto de personal de las Administraciones públicas, deberían introducirse técnicas menos distor-

sionadoras que la «tasa de reposición de efectivos» y más respetuosas con la autonomía de las diversas entidades que integran la estructura territorial del Estado. En este sentido, el Derecho histórico ofrece algún ejemplo que podría servir como punto de partida para la articulación de estas medidas, como el Reglamento de Funcionarios de Administración Local de 1952, que limitaba las cantidades globales destinadas a gastos de personal en función de la población y el presupuesto de las diferentes entidades locales.

2. Medidas sancionadoras del abuso de la temporalidad

El artículo 1.3 de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre —del mismo modo que el Real Decreto-ley del que deriva— introduce una nueva Disposición adicional decimoséptima en el TREBEP bajo el epígrafe «medidas dirigidas al control de la temporalidad en el empleo público». Al igual que sucede con las medidas analizadas en el epígrafe anterior, las contenidas en esta nueva disposición únicamente serán aplicables respecto del personal nombrado o contratado con posterioridad a su entrada en vigor.

A) Responsabilidades por las irregularidades en materia de temporalidad

Los apartados 1º y 2º de la citada disposición contienen una declaración sobre la responsabilidad de las Administraciones públicas por las irregularidades en materia de temporalidad, tanto en lo que se refiere al personal funcionario como al laboral.

Estos preceptos tienen como precedente las declaraciones sobre la exigencia de responsabilidades derivadas de las actuaciones irregulares en materia de contratación laboral, contenidas en la Disposición adicional trigésimo cuarta de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2017. La novedad, por tanto, se refiere a la extensión de dichas responsabilidades al ámbito de la función pública interina; lo que resulta coherente con la introducción de límites temporales en este sector del empleo público.

La posible exigencia de responsabilidades a que se refiere el apartado 2º de la citada disposición adicional se ha conectar con el régimen disciplinario de los empleados públicos contenido en el TREBEP, y en el título II de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

Las responsabilidades disciplinarias son compatibles con la exigencia de responsabilidad patrimonial (SEMPERE NAVARRO 2022: 44), que deberá articularse a través de la acción de regreso contra autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas, regulada en el artículo 36 de la Ley 40/2015,

de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Esto implica que la posible exigencia de esta responsabilidad tendrá como presupuesto la previa indemnización a las víctimas de los abusos.

Este planteamiento no parece el más adecuado para el cumplimiento de los objetivos de la norma. Dado que las indemnizaciones al personal afectado por las actuaciones irregulares— de posible repercusión a los gestores públicos— no se generarán hasta el momento de la extinción de la relación de empleo, dichos gestores tendrán más interés en evitar dicho cese que la propia situación de abuso; con el consiguiente riesgo de prolongación de las relaciones de empleo temporales o de que se articulen procesos selectivos sin las debidas exigencias a fin de facilitar la consolidación de los empleados afectados.

Por ello, sería más conveniente que la responsabilidad patrimonial de las autoridades y el personal al servicio de las Administraciones públicas tuviera como presupuesto el simple abuso de la temporalidad, con independencia de los posibles derechos indemnizatorios de los perjudicados.

Una responsabilidad similar a la propuesta era la recogida en el artículo 31 del Reglamento de Funcionarios de Administración Local de 1952, en el que se establecían responsabilidades derivadas del pago de nóminas de funcionarios interinos transcurrido el plazo máximo de seis meses fijado en este texto reglamentario como duración máxima de estos nombramientos.

B) Nulidad de pleno derecho de las actuaciones que impliquen incumplimiento de los plazos máximos de permanencia

El apartado 3º de la nueva Disposición adicional decimoséptima del TREBEP determina la nulidad de pleno derecho de «todo acto, pacto, acuerdo o disposición reglamentaria, así como las medidas que se adopten en su cumplimiento o desarrollo, cuyo contenido directa o indirectamente suponga el incumplimiento por parte de la Administración de los plazos máximos de permanencia como personal temporal».

Esta declaración de nulidad de pleno derecho plantea algunos interrogantes respecto de su alcance. En primer lugar, el ámbito de aplicación de este precepto se extiende a todo el personal con independencia de la naturaleza del vínculo—administrativo o laboral— que liga a éste con la Administración. Así se desprende del apartado 5º de la referida disposición, que se refiere al incumplimiento de los plazos máximos de permanencia del personal laboral. Por otra parte, dada la amplitud de las actuaciones de las que se predica este vicio de invalidez, podría admitirse su proyección sobre las propias acciones u omisiones administrativas que dan lugar a los supuestos de abuso de la temporalidad. Por ello, resultaría defendible interpretar que estas irregularidades pasarían a resolverse por la vía de la revisión de oficio de los actos nulos de

pleno de derecho —tal y como en su momento propuso FONDEVILA ANTOLÍN (2018: 77)—. De este modo, se pondría fin a la figura del trabajador indefinido no fijo y a la solución consistente en la subsistencia de la relación de empleo de los funcionarios interinos —ideada por las sentencias del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2018, anteriormente comentadas—.

C) Compensaciones a los empleados afectados por el incumplimiento de los plazos máximos de permanencia

Los apartados 4º y 5º de la disposición adicional objeto de estudio introducen un derecho compensatorio para los supuestos de incumplimiento de los plazos máximos de permanencia del personal funcionario interino y del personal laboral temporal, respectivamente.

Por lo que se refiere al personal funcionario, esta compensación se prevé para las situaciones en que se rebase la duración máxima del nombramiento. Por tanto, el derecho a su percepción surgirá no sólo en el caso de superación de los nuevos plazos establecidos para la interinidad por vacante, sino también por la infracción de los límites temporales aplicables a las restantes modalidades de interinidad.

El nacimiento del derecho al abono de las compensaciones fijadas en la norma se producirá en el momento del cese de los empleados afectados. Sin embargo, a diferencia de lo que sucede en los supuestos de nombramientos de interinidad ajustados a derecho —para los que se regulan con precisión las causas de extinción de la relación de empleo— la norma no determina los motivos ni la forma a los que han de ajustarse dichas extinciones. Las posibilidades que se ofrecen a este respecto son dos: la revisión de oficio —propuesta sobre la base del nuevo supuesto de nulidad de pleno derecho introducido en la reforma—o la provisión reglamentaria del puesto de trabajo.

En el caso del personal laboral, el derecho compensatorio se conecta también con la inobservancia de los plazos máximos de permanencia. Pero la modificación del TREBEP no fija ningún plazo máximo aplicable a la relación de los empleados temporales sujetos a vínculo laboral, lo que obliga a acudir a las previsiones contenidas en este sector del ordenamiento jurídico.

La problemática que se plantea para la determinación de la duración máxima del ahora denominado «contrato de sustitución para la cobertura temporal de un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva mediante contrato fijo» en las Administraciones públicas viene dada por la circunstancia de que el Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre —que exceptuaba a los anteriores contratos de interinidad por vacante suscritos por aquellas del límite máximo de tres meses establecido con carácter general— ha de entenderse derogado, de acuerdo con la Dispo-

sición derogatoria única del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre. La única referencia a este contrato en el ámbito de la Administración pública aparece contenida en el último párrafo de la Disposición adicional cuarta del citado texto legal, que efectúa una remisión a la legislación sobre medidas para la reducción de la temporalidad en el empleo público (38). Pero en dicha legislación no se prevé especialidad alguna en cuanto la duración de las relaciones temporales sujetas a Derecho laboral.

El interrogante expuesto en el párrafo precedente podría ser objeto de dos respuestas diversas. La primera ellas sería considerar que referido contrato está sujeto a los mismos plazos fijados para las empresas del sector privado; pero dicho plazo de tres meses resulta difícilmente compatible con las formalidades de los procesos de selección en las Administraciones públicas. La segunda posibilidad pasaría por entender que la remisión a la legislación en materia de temporalidad en el empleo público tiene el sentido de hacer coincidir la duración máxima del contrato analizado con la de tres años prevista para el personal funcionario interino por vacante —lo que se correspondería con el plazo recogido en la doctrina del Tribunal Supremo, corregida a raíz del asunto *IMIDRA*—. Esta interpretación parece la única viable en la práctica, pero la técnica empleada por el legislador resulta muy deficiente y obliga a una lectura del precepto más que forzada.

La cuantía de la compensación se cifra en la equivalente a veinte días de retribuciones fijas por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de doce mensualidades. En el caso del personal laboral, se precisa que esta compensación será la diferencia entre la cantidad indicada y la indemnización que le correspondiera percibir por la extinción de su contrato, procediéndose a la compensación de cantidades en caso de que dicha indemnización fuera reconocida en vía judicial.

En cuanto a la minoración o descuento de la cantidad compensatoria en el importe de la indemnización por extinción del contrato, puede entenderse que el precepto quiere hacer referencia a las indemnizaciones por finalización de contratos temporales recogidas en el artículo 49.1 c) del TRLET.

La compensación resulta casi idéntica en su determinación a la establecida en la normativa laboral para los despidos por causas objetivas. Por lo que resulta cuestionable su adecuación como medida sancionadora de los abusos, en la medida en que dicha indemnización «debe tener específicamente por

(38) «Igualmente se podrán suscribir contratos de sustitución para cubrir temporalmente un puesto de trabajo hasta que finalice el proceso de selección para su cobertura definitiva, de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad y en los términos establecidos en la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público».

objeto compensar los efectos de la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada», tal y como declaró el TJUE en los asuntos acumulados *Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez*.

En el caso del personal laboral, además, se da la circunstancia de que la consecuencia de la infracción de los plazos máximos de permanencia será la conversión del contrato temporal en indefinido no fijo —salvo que, finalmente, se acepte la desaparición de esta categoría—, cuya extinción por cobertura reglamentaria de la vacante dará lugar a la percepción de la indemnización prevista para el despido por causas objetivas (39). Por consiguiente —como observa SEMPERE NAVARRO (2022: 47)—, esta compensación «será inoperante mientras se mantenga la figura del PINF». Para el citado autor, la finalidad de la norma podría ser una disminución de la litigiosidad permitiendo el reconocimiento de esta compensación sin la previa presentación de la correspondiente reclamación.

La percepción de la compensación queda excluida en los supuestos de extinción de la relación de empleo por causas disciplinarias o por renuncia voluntaria. Esto puede resultar también problemático desde la óptica de la correcta trasposición de la Directiva en la medida en que estas circunstancias son totalmente ajenas a la existencia del abuso.

Además, la vinculación de la compensación al cese de los empleados afectados, unida a la circunstancia de que la reforma no ha precisado la forma y plazos en los que ha de producirse dicha extinción, tiene como consecuencia que la aplicación de la sanción por empleo abusivo de relaciones de empleo temporales dependerá finalmente de la actividad o inactividad de la propia Administración.

La valoración de estas medidas desde la óptica de prevención y sanción de los abusos no puede, por tanto, ser positiva.

3. Los procesos de estabilización de empleo temporal

La sentencia del TJUE recaída en los Asuntos acumulados *Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez*, declaró que la organización de procesos selectivos podía ser una medida apta para evitar la prolongación de la situación de precariedad, pero rechazó que esta medida pudiera ser adecuada desde la óptica de la sanción de los abusos partiendo de la constatación de que su puesta en marcha resulta potestativa para la Administración, que la misma no produce ningún efecto desfavorable para ésta, y que la participación en estos procesos está abierta a otros posibles candidatos.

Por tanto, los procesos de estabilización diseñados por la reforma objeto de estudio no constituyen propiamente medidas preventivas ni sancionadoras del abuso de la temporalidad, en la medida en que su valor preventivo es

(39) A partir de la STS (Soc) de 28 de marzo de 2017 (Rec 1664/2015).

exactamente idéntico al de los mecanismos de reclutamiento ordinarios. Por este motivo, no se considera preciso efectuar un análisis de las particularidades del diseño y aplicación práctica de estos procesos específicos, al quedar fuera de los objetivos del presente trabajo.

Esto no obstante, parece obligado manifestar, respecto de la introducción del concurso como sistema de acceso durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de ley, que el empleo masivo e indiscriminado de este sistema en exclusiva atención a la antigüedad de los supuestos de provisión temporal, persigue una finalidad ajena a los principios de igualdad, mérito y capacidad a los que se ha de ajustar el acceso al empleo público por imperativo constitucional (CANTERO MARTÍNEZ 2021). Como advierte JIMÉNEZ ASENSIO (2021), parece que el propio legislador es consciente del difícil acomodo constitucional de la medida al haber reproducido en la exposición de motivos de la Ley la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la admisibilidad excepcional de los procesos selectivos restringidos.

V. CONCLUSIONES

La normativa española en materia de empleo público se ha caracterizado tradicionalmente por la insuficiencia e, incluso, la inexistencia de medidas preventivas y sancionadoras del abuso de la temporalidad, especialmente en el ámbito de la función pública. Esta situación se ha ido agravando en las últimas décadas debido a diferentes causas, entre las que se han destacado el abandono de la configuración inicial de la institución de la oferta de empleo público, la deficiente regulación y cuestionable interpretación de los plazos para su ejecución, o la introducción y extensión de la «tasa de reposición de efectivos».

La nueva legislación sobre medidas para la reducción de la temporalidad en el empleo público gira en torno a tres ejes fundamentales: la articulación de límites a las relaciones de empleo de carácter temporal, el establecimiento de consecuencias jurídicas para los supuestos inobservancia de dichos límites, y la puesta en marcha de un proceso excepcional de estabilización del empleo público temporal. En este trabajo se ha efectuado un análisis y valoración de las medidas preventivas y sancionadoras del abuso de la temporalidad introducidas por esta reforma.

La fijación de límites temporales a los nombramientos y contrataciones de personal temporal es una medida positiva y, sin duda, necesaria para dar cumplimiento al mandato contenido en la cláusula 5 del Acuerdo marco. Pero su concreta articulación —tal y como se ha defendido en este trabajo— va a generar notables dificultades para su aplicación práctica debido a la vinculación de los nombramientos temporales al concepto de «plaza» y no al de «puesto de trabajo». Por lo que se refiere al personal laboral temporal contratado en

la modalidad de sustitución para cobertura de vacante, la determinación de los plazos máximos de permanencia exige de un esfuerzo interpretativo que supera lo razonable. Además, al haberse mantenido las causas tradicionales de extinción de la relación de empleo de los funcionarios interinos, se plantean dudas sobre la utilidad del mantenimiento de esta figura, al estar sujeta a un régimen jurídico con menos garantías que el aplicable al personal laboral análogo.

El establecimiento de consecuencias para los supuestos de prolongación indebida de las relaciones de empleo temporales en el ámbito del sector público era también una exigencia ineludible a la luz de la Directiva 1999/70/CE.

La incorporación de un nuevo supuesto de nulidad de pleno derecho consistente en infracción de los límites antes señalados ofrece posibilidades de gran interés. Pero no se ha formulado con la claridad necesaria, por lo que se deberá esperar a la interpretación que efectúen los órganos jurisdiccionales, la cual previsiblemente no será uniforme con carácter inicial.

La vinculación de las responsabilidades y compensaciones al cese de los empleados públicos afectados por los abusos, así como la cuantificación de dichas compensaciones no parece que responda al espíritu de la Directiva —en la interpretación que de la misma ha efectuado el TJUE—.

Por lo que se refiere a los procesos de estabilización, se trata de una medida cuyo valor preventivo es el mismo que el de las convocatorias ordinarias, y cuya concreta regulación arroja importantes dudas sobre la compatibilidad de esta medida con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad.

En este trabajo se han propuesto medidas alternativas para la prevención y sanción de la temporalidad, que pasan por la recuperación de la primitiva regulación de la oferta de empleo público, y la reinterpretación de la naturaleza del plazo para su ejecución; la configuración del nombramiento de interinidad como un mecanismo de provisión de puestos de trabajo y no de cobertura de plazas vacantes; la introducción de técnicas de control del gasto de personal menos distorsionadoras que la «tasa de reposición de efectivos»; y, por último, la necesaria desvinculación de las medidas sancionadoras del cese de los concretos empleados que han sufrido los abusos.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ARROYO YANES, Luis Miguel (2016): *Los instrumentos de gestión del empleo público*, 1ª ed., Madrid, INAP, 354 pp.
- ARROYO YANES, Luis Miguel (2021): «El nuevo régimen del funcionario interino en plaza vacante tras el decreto-ley 14/2021, de 6 de julio. Del funcionario interino de duración indeterminada al funcionario interino temporal», en *Documentación Administrativa*, núm. 8, pp. 137-169.

- BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi (2020): «Personal interino del sector público y nombramientos abusivos a la luz del asunto “Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez”», en *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. 18, pp. 8-37.
- (2022): «RD Ley 32/2021 y derogación de la DA 16ª ET: ¿Las Administraciones Públicas pueden despedir por la vía de los arts. 51 y 52.c) ET?» [en línea]. *Una mirada crítica a las relaciones laborales Por Ignasi Beltran de Heredia Ruiz. Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. [Fecha de consulta: 8 de septiembre de 2022]. <https://ignasibeltran.com/2022/01/27/rdley-32-2021-y-derogacion-de-la-da-16a-et-las-administraciones-publicas-pueden-despedir-por-la-via-de-los-arts-51-y-52-c-et/>.
- BOLTAINA BOSCH, Xavier (2021): «Personal temporal en la Administración Pública: soluciones de presente y opciones de futuro», en *Documentación Administrativa*, núm. 8, pp. 66-91.
- CANTERO MARTÍNEZ, Josefa (2021): «Los principios constitucionales rectores del empleo público no se negocian (a propósito de los interinos)» [en línea]. *Hay Derecho*. [Fecha de consulta: 8 de septiembre de 2022]. <https://www.hayderecho.com/2021/07/29/los-principios-constitucionales-rectores-del-empleo-publico-no-se-negocian-a-proposito-de-los-interinos/>.
- CAVAS MARTÍNEZ, Faustino (2017): «El empleo temporal irregular en el sector público», en *Anales de derecho*, vol. 35, núm. 2, pp. 1-41.
- FONDEVILA ANTOLÍN, Jorge (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, pp. 15-84.
- FERNÁNDEZ GRACIA, Eva María (2021): «El derecho a la indemnización del personal interino al servicio de la Administración española a la luz de la jurisprudencia del TJUE», en *Gabilex. Revista del gabinete jurídico de Castilla-La Mancha*, núm. 27, pp. 14-97.
- FUENTETAJADA PASTOR, Jesús (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, pp. 201-230.
- GONZÁLEZ LÓPEZ, Juan José (2019): «Abuso del empleo público temporal: propuestas administrativas y jurisdiccionales», en *RDUNED. Revista de derecho UNED*, núm. 25, pp. 61-88.
- JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael (2021): «Proyecto de ley de medidas urgentes de reducción de la temporalidad en el empleo público» [en línea], *La mirada institucional*. [Fecha de consulta: 8 de septiembre de 2022]. <https://rafael-jimenezasensio.com/documentos/>.

- MORATE MARTÍN, Lourdes (2021): «El empleado público 2021. Crisis del empleo temporal: interinos vs. indefinidos no fijos», en *Revista jurídica de Asturias*, núm. 44, pp. 73-92.
- NEVADO-BATALLA MORENO, Pedro T. (2021): «La temporalidad en el empleo público como fallo activo en la administración», en *Documentación Administrativa*, núm. 8, pp. 115-136.
- PÉREZ LUQUE, Antonio (2003): *La Relación de Puestos de Trabajo de las Corporaciones Locales*, 1ª ed., Madrid, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, 752 pp.
- ROJO TORRECILLA, Eduardo (2022): «Estudio de la reforma laboral de 2021 (II). Examen de las disposiciones adicionales, derogatoria, transitorias y finales del RDL 32/2021 de 28 de diciembre» [en línea]. *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*. [Fecha de consulta: 8 de septiembre de 2022]. <http://www.eduardorjotorrecilla.es/2022/01/estudio-de-la-reforma-laboral-de-2021.html>.
- ROSA MORENO, Juan (2019): «La temporalidad en la función pública local», en *Anuario Aragonés del Gobierno Local 2018*, núm. 10, pp. 367-424.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (2012): «Informe jurídico sobre el deber de las Administraciones públicas de incluir en la oferta de empleo público las plazas vacantes ocupadas por personal interino o temporal y publicar en plazo las correspondientes convocatorias de selección», en *Revista de Administración Pública*, núm. 187, pp. 379-395.
- (2019): «La consagración del funcionario interino indefinido», en *Revista de Administración pública*, núm. 208, pp. 223-238.
- SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente (2021): «Interinidad por vacante de larga duración (Caso IMIDRA)», en *Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL)*, núm. 7, pp. 1-14.
- SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente (2022): *Las reformas laborales de diciembre de 2021*, [Libro electrónico], Lefebvre, 87 pp.
- SERRANO PASCUAL, Antonio (2014): «La oferta de empleo público y la obligatoria inclusión de las plazas cubiertas interinamente, en la reciente Jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 2/2014, pp. 182-198.
- (2016): «Las ofertas de empleo público y la precariedad de la función pública: la Directiva 1999/70/CE, frente a las leyes anuales de Presupuestos Generales del Estado», en *Cuadernos de derecho local*, núm. 42, pp. 263-295.

JUNTAS DE COMPENSACIÓN Y CONTRATACIÓN PÚBLICA: EL DEBATE CONTINÚA ABIERTO (*)

DAVID EDGAR ARAIZ HUARTE
Contratado predoctoral
Universidad Pública de Navarra

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES GENERALES.– II. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS JUNTAS DE COMPENSACIÓN.– III. ENCAJE EN EL CONCEPTO DE PODER ADJUDICADOR: 1. Requisitos para ser poder adjudicador: A) Primera condición: satisfacción de un interés general. B) Segunda condición: personalidad jurídica propia. C) Tercera condición: dependencia de otro poder adjudicador. 2. Las juntas de compensación como poder adjudicador según la legislación urbanística, doctrina y jurisprudencia: A) La ley aragonesa y navarra. B) Jurisprudencia y doctrina.– IV. DE LA RELACIÓN ENTRE LAS JUNTAS DE COMPENSACIÓN Y LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.– V. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO CONDITIO SINE QUA NON DE LA EXTERNALIZACIÓN DE LAS OBRAS PÚBLICAS DE URBANIZACIÓN POR LAS JUNTAS DE COMPENSACIÓN: 1. Sujeción a la legislación de contratos del sector público en caso de ser poderes adjudicadores. 2. Sujeción a la legislación de contratos del sector público en caso de no ser poderes adjudicadores. La doctrina del criterio funcional de obra pública: A) A favor de la aplicación de la legislación de contratos del sector público. B) En contra de la aplicación de la legislación de contratos del sector público. Rechazo al criterio funcional de obra pública.– VI. ESPECIALIDAD DE LA NORMATIVA FORAL: 1. Las juntas de compensación como poderes adjudicadores. 2. Cobertura del artículo 5 d) LFCP.– VII. CONCLUSIONES.– VIII. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.

RESUMEN: Cuando las juntas de compensación se ven obligadas a externalizar la ejecución de las obras de urbanización al no contar con empresas urbanizadoras, surge la controversia jurídica sobre si debe someterse tal supuesto de hecho a los procedimientos previstos en la normativa de contratación pública, o si, por el contrario, la adjudicación de dichas obras debe esquivar la legislación de contratos del sector público. En la actualidad, la jurisprudencia y doctrina mayoritaria se inclina por la subsunción de las obras de urbanización en la carcasa de los contratos de obras previstos en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre. No obstante, la postura no es unánime, existiendo argumentos lo suficientemente sólidos y coherentes para cuanto menos seguir manteniendo candente este interesante debate integrador de dos de las ramas *sui generis* del Derecho administrativo más terrenales.

Palabras clave: contratación pública; administración pública; poder adjudicador; juntas de compensación; obras públicas de urbanización.

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA con fecha 25/07/2022 y evaluado favorablemente para su publicación el 01/12/2022.

ABSTRACT: When the compensation councils are forced to outsource the execution of the public urban development works as they do not have urbanization companies, the legal controversy arises as to whether such a case should be subject to the procedures provided for in the public procurement regulations, or whether, on the contrary, the awarding of such works should avoid the public sector contract legislation. At present, most of the case law and doctrine is inclined towards the subsumption of urbanization works in the form of construction contracts provided for in Law 9/2017, of 8 November. However, the position is not unanimous, and there are sufficiently solid and coherent arguments to at least keep this interesting debate, which integrates two of the most terrestrial *sui generis* branches of administrative law.

Key words: public procurement; public administration; contracting authority; compensation councils; public urban development works.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

El fenómeno de «la huida del Derecho administrativo» ha ido difuminándose de manera progresiva a lo largo de los últimos años, sufriendo un golpe probablemente definitivo el 8 de marzo de 2018 (1).

La interminable contienda contra la corrupción, la sed de transparencia y el necesario desmarque de esa estrige procedimental llamada «burocracia», han ido perfilando un nuevo y reformado Derecho administrativo en la Unión Europea y en nuestro país dispuesto a recuperar el ámbito de aplicación perdido en favor del sector privado. Perfecto ejemplo de ello es la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) que ha venido a erigirse como el gran exponente de este renovado Derecho público.

Así, este nuevo movimiento que bien podría denominarse de «huida del Derecho privado», está dispuesto a exterminar radicalmente la propagación de cualquier signo inmotivado de privatización, mediante la sujeción de toda entidad relacionada con la explotación de una función pública, a los principios y procedimientos de la contratación del sector público.

Dicho de esta manera, pudiera parecer que se trata de un avance, de un progreso en la lucha contra la indiscriminada externalización de funciones y servicios públicos acometida en las últimas décadas. Y así es. Sin embargo, son numerosos los supuestos en los que se ha exacerbado la aplicación del Derecho público, sobrepasando las fronteras de su natural ámbito de aplicación y pretendiéndose legitimar dicha extralimitación en base a los principios dúctiles de este revitalizado Derecho administrativo.

(1) Fecha de entrada en vigor de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

Ejemplo de ello es precisamente el objeto de estudio de este trabajo relativo a los contratos de obras públicas de urbanización externalizados por las juntas de compensación, cuyo sometimiento a las directrices de la normativa de contratación pública, desde no hace muchos años, deviene preceptivo en la práctica urbanística de diversas Comunidades Autónomas. Se discutirá sobre la idoneidad de tal sujeción con la que anticipo, no concuerdo personalmente (2).

El trabajo se estructurará partiendo de la naturaleza jurídica de las juntas de compensación, para posteriormente entrar a conocer de su posible categorización como poderes adjudicadores, o en el caso de no resultar posible tal inclusión, determinar el alcance que puede llegar a tener (si es que finalmente tiene) la normativa de contratación pública sobre la actividad contractual (y en concreto sobre las obras públicas de urbanización) de las juntas de compensación.

II. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS JUNTAS DE COMPENSACIÓN

En lo concerniente a la naturaleza jurídica de las juntas de compensación, debe reconocerse que existe unanimidad en la cuestión. Así, la totalidad de normativas autonómicas que prevén el sistema de compensación (3) como opción de ejecución urbanística (todas menos Comunidad Valenciana y Castilla-La Mancha) (4), concuerdan que las juntas de compensación, catalogadas como entidades urbanísticas colaboradoras de la Administración pública (5), tienen

(2) Las juntas de compensación se integran en el denominado sistema de compensación, el cual, aun no tratándose del único sistema de ejecución privado del planeamiento urbanístico, sí que resulta el más utilizado en la mayoría de las Comunidades Autónomas y sin duda, resulta el más controvertido en términos de sujeción a la normativa de contratación pública se refiere.

(3) En el País Vasco se denomina «sistema de concertación» y a las juntas de compensación «junta de concertación». En Extremadura, se habla de «agrupaciones de interés urbanístico», en vez de juntas de compensación, aunque manteniéndose la denominación de sistema de compensación.

(4) En estas Comunidades Autónomas existe una filosofía urbanística diferente que en el resto del territorio español. En términos de gestión y ejecución urbanística, se regula el agente urbanizador como único sistema de actuación al margen de la posible gestión directa por parte de la misma Administración (véase en este sentido arts. 118 y ss. Decreto Legislativo 1/2021, de 18 de junio, del Consell de aprobación del texto refundido de la Ley de ordenación del territorio, urbanismo y paisaje; y arts. 116 y ss. Decreto Legislativo 1/2010, de 18 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad urbanística). Además, se califica al agente urbanizador como sistema público, en vez de privado como en el resto de las Comunidades Autónomas.

(5) *Vid.* art. 24.2 Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Gestión Urbanística para el desarrollo y aplicación de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana.

naturaleza administrativa, personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines (6).

No es ocioso matizar que las juntas de compensación no dejan de tratarse de sujetos privados ya que están compuestas por los propietarios de los terrenos cuya urbanización deviene obligatoria. Sin embargo, la naturaleza administrativa comentada, estriba en la realidad jurídica consistente en que tales sujetos privados desarrollan una función pública mediante la ejecución del planeamiento (todo ello en virtud de la delegación que realiza la Administración en favor de los propietarios, al optar la misma en el planeamiento por un sistema privado de ejecución, tal y como es el sistema de compensación) (7).

Por tanto, cabe afirmar lo que doctrina y jurisprudencia han venido a denominar como «naturaleza híbrida» de las juntas de compensación (8). Así, la STS, de 24 de mayo de 1994, teniendo como ponente a Don Mariano De Oro-Pulido López, en su FD Segundo, dice: «Si, pues, la finalidad de la junta de compensación es la ejecución de la urbanización, nada puede sorprender que se le atribuya personalidad jurídica propia, plena capacidad para el cumplimiento de sus fines y sobre todo naturaleza administrativa. Ciertamente, ello no quiere decir que toda su actuación esté sometida al Derecho administrativo, como tampoco lo está toda la actividad de las Administraciones públicas, y que, en consecuencia, es factible que parte de aquella actuación pueda resultar ajena a nuestro específico ordenamiento, pero también lo es que cuando dichas Entidades realizan funciones públicas no resulta posible desconocer su naturaleza administrativa. Se impone, pues, examinar en cada caso la gestión de los intereses en juego».

En mismo sentido, argumenta la STSJ de Madrid de 17 de abril de 2003 (nº recurso: 601/1998), en cuyo FD Cuarto, resuelve: «Sin que se cuestione el carácter administrativo de las juntas de compensación, que resulta de su propia regulación legal (la calificación administrativa se contiene en el art. 127.3 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976, según el cual tienen naturaleza administrativa, personalidad jurídica propia y plena capacidad para

(6) Véase a título de ejemplo y por todas, el art. 165.1 TRLFOTU, o el art. 209.2 de Ley 13/2015, de 30 de marzo, de ordenación territorial y urbanística de la Región de Murcia.

(7) Es importante, recordar que la junta de compensación es el ente instrumental del sistema de compensación, tratándose este último de uno de los sistemas privados de ejecución del planeamiento previsto en los ordenamientos urbanísticos de las Comunidades Autónomas.

(8) Legislaciones autonómicas como la andaluza y la madrileña, han incluso reconocido a las juntas de compensación la categoría de corporaciones de Derecho público, asimilándolas de esta manera a los Colegios Profesionales o las Cámaras de Comercio (véase art. 134.1 Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía y art. 108.2 Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo, de la Comunidad de Madrid). Otras como la canaria, las denominan: «asociaciones administrativas de propietarios» (véase art. 227.1 Ley 4/2017, de 13 de julio, del Suelo y de los Espacios Naturales Protegidos de Canarias).

el cumplimiento de sus fines), ha de deshacerse un equívoco, porque a pesar de ese carácter administrativo, las juntas de compensación no dejan de tener *naturaleza híbrida*, de manera que sus actos o acuerdos unas veces estarán sometidos al derecho público y otras no, *secundum quid*, y la tangencia podría situarse por el criterio de las competencias o potestades que se ejercen, de manera que solo cuando se trata de ejercicio de potestades públicas actúan sujetas al derecho administrativo».

Por tanto, queda clara la identidad dualista de unas juntas de compensación que danzan, principalmente pero no únicamente, en el ámbito público, y que como consecuencia habrá que estudiar cada supuesto en concreto para conocer su sometimiento al derecho público o al derecho privado (9).

III. ENCAJE EN EL CONCEPTO DE PODER ADJUDICADOR

Analizada de manera sintética la naturaleza de las juntas de compensación, es momento de reflexionar acerca de las relaciones entre su actividad contractual (principalmente absorbida por la obligación legal de ejecución de las obras públicas de urbanización) y la norma estatal de contratación pública (LCSP). Con tal fin se comenzará estudiando una cuestión que a día de hoy sigue suscitando controversia entre la jurisprudencia y doctrina, esto es, si la inclusión de las juntas de compensación en el concepto de poder adjudicador deviene compatible con la configuración legal que de esta figura jurídica ha venido construyendo el TJUE en concordancia con las reglas contenidas en la Directiva 2014/24/UE, de 24 de febrero.

Sentado en el punto anterior la cuestión acerca de la naturaleza administrativa que poseen las juntas de compensación, cabe señalar que dicho carácter eminentemente público no otorga de por sí sólo a aquellas el escalafón de poder adjudicador. Así se da apertura a una cuestión no pacífica, sobre la que sí existen afirmaciones dispares en las legislaciones autonómicas, así como en la jurisprudencia jurisdiccional y administrativa.

Debe recordarse que el concepto de «poder adjudicador» proviene del Derecho europeo, no siendo su significado susceptible de ser delimitado por las autoridades estatales y autonómicas de los Estados Miembros de la

(9) Sin embargo, no existe tanta unanimidad en cuanto a otras artificiosas denominaciones que la jurisprudencia ha venido asociando a las juntas de compensación. Así, las SSTSJ de Madrid, de 7 de junio de 2021 y 9 de diciembre de 2021, nº recurso: 691/2020 y 594/2020, califican a las juntas de compensación como «agente descentralizado de la administración». O las SSTJ de 13 de septiembre de 1996 y 17 de diciembre de 2008, nº recurso: 8637/1991 y 8120/2004 que hablan de las juntas de compensación como un «fenómeno de autoadministración».

UE. En este sentido GIMENO FELIÚ (10) afirma que «no existe el dilema que se plantea Hamlet de ser o no ser al respecto: se es, o no, poder adjudicador de forma reglada. Y los Estados no tienen margen de discrecionalidad para graduar o inaplicar las consecuencias de esta categoría [...] en su concreta interpretación y alcance debe estarse, insistimos, a lo dictaminado por el TJUE al respecto».

Conforme al Derecho de la Unión, actualmente, es en el artículo 2.1 de la Directiva 2014/24/UE, de 24 de febrero, donde se regula el concepto de poder adjudicador (11). Así, en su apartado primero establece:

«A los efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

1) Poderes adjudicadores: el Estado, las autoridades regionales o locales, los organismos de Derecho público o las asociaciones formadas por uno o varios de dichos poderes o uno o varios de dichos organismos de Derecho público».

Conociendo, por supuesto, que las juntas de compensación no obedecen a ninguna de las conocidas como Administraciones territoriales o primarias (Administración estatal, autonómica y local), interesa conocer qué entiende la Directiva por organismos de Derecho público. Al respecto, el apartado cuarto de este mismo precepto expresa que:

«A los efectos de la presente Directiva, se entenderá por: [...] 4) Organismo de Derecho público: cualquier organismo que reúna todas las características siguientes:

- a) que se haya creado específicamente para satisfacer *necesidades de interés general* que no tengan carácter industrial o mercantil;
- b) que esté dotado de *personalidad jurídica propia*, y
- c) que esté *financiado mayoritariamente* por el Estado, las autoridades regionales o locales, u otros organismos de Derecho público, o cuya *gestión esté sujeta a la supervisión* de dichas autoridades u organismos, o que tenga un órgano de administración, de dirección o de supervisión, en el que *más de la mitad de los*

(10) J.M. GIMENO FELIÚ (2018: 7).

(11) En el considerando 10 de la Directiva, se reconoce el mantenimiento (en su parte esencial) del concepto de poder adjudicador perfilado en los años anteriores por el TJUE: «El concepto de poderes adjudicadores, y en particular el de organismos de Derecho público, han sido examinados de forma reiterada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Para dejar claro que el ámbito de aplicación *ratione personae* de la presente Directiva no debe sufrir modificaciones, procede mantener la definición en la que se basaba el Tribunal e incorporar determinadas aclaraciones que se encuentran en dicha jurisprudencia como clave para comprender la propia definición sin intención de alterar la interpretación del concepto tal como ha sido elaborada por la jurisprudencia. A tal efecto, ha de precisarse que un organismo que opera en condiciones normales de mercado, tiene ánimo de lucro y soporta las pérdidas derivadas del ejercicio de su actividad no debe ser considerado un organismo de Derecho público, ya que puede considerarse que las necesidades de interés general para satisfacer las cuales ha sido creado, o que se le ha encargado satisfacer, tienen carácter industrial o mercantil».

miembros sean nombrados por el Estado, las autoridades regionales o locales, u otros organismos de Derecho público» (12).

Por tanto, son tres los requisitos a analizar en relación con las juntas de compensación, para dilucidar su carácter de poder adjudicador o por el contrario su calificación como mera entidad urbanística colaboradora de la Administración.

Advertir desde este primer momento, que la interpretación de estos requisitos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (y por el anterior Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea) ha venido realizándose bajo un denominador común compuesto por criterios subjetivo-funcionales. Es decir, en palabras del TJUE, en su Sentencia de 15 de mayo de 2003 (Asunto C-214/00), apartados 52 a 55:

«El Tribunal de Justicia ya ha precisado, que, para ser calificada de organismo de Derecho público en el sentido de esta disposición, una entidad debe cumplir los tres requisitos acumulativos que enuncia la citada disposición, según los cuales debe ser un organismo creado para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, dotado de personalidad jurídica, y cuya actividad dependa estrechamente del Estado, de los entes territoriales o de otros organismos de Derecho público [...] Además, el Tribunal de Justicia ha declarado reiteradamente que, teniendo en cuenta el doble objetivo de apertura a la competencia y de transparencia que persiguen las directivas de coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, *el concepto de organismo de Derecho público debe recibir una interpretación funcional* [...] En esta perspectiva, para resolver la cuestión de la calificación eventual como organismos de Derecho público de distintas entidades de Derecho privado, el Tribunal de Justicia se ha limitado únicamente, según jurisprudencia reiterada, a comprobar si estas entidades cumplan los tres requisitos acumulativos enunciados en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37, *considerando que la forma de constitución de la entidad era indiferente a este respecto* [...] *De los principios así elaborados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que el estatuto de Derecho privado de una entidad no constituye un criterio que pueda excluir su calificación como entidad adjudicadora» (13).*

(12) Estos tres requisitos necesarios para que una entidad adquiera la condición de poder adjudicador, han sido refrendados por la jurisprudencia europea desde tiempos inmemoriales, representando la STJUE de 5 de octubre de 2017 (Asunto C-567/15) uno de sus últimos pronunciamientos al respecto.

(13) Esta idea se ha venido reproduciendo en diferentes sentencias del TJUE. A título de ejemplo, las sentencias «Asunto Mannesmann Anlagenbau Austria y otros», de 15 de enero de 1998, apartados 20 y 21; de 12 de diciembre de 2002, «Asunto Universale-Bau y otros», apartados 51 a 53; de 15 de mayo de 2003, «Asunto Comisión/España», apartados 52 y 53, de 16 de octubre de 2003, «Asunto Comisión/España», de 18 de enero de 2007, apartado 27. Esta interpretación funcional se ha tenido en cuenta, por ejemplo, por el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 104/2015.

Aplicando lo expuesto a las juntas de compensación, puede confirmarse que su naturaleza «híbrida» analizada anteriormente, no va a poder funcionar como obstáculo previo al análisis consistente en determinar si estas entidades tratan de verdaderos organismos de Derecho público y como consecuencia de ello, poderes adjudicadores.

Aclarado lo anterior, es momento de comprobar el cumplimiento o no por parte de las juntas de compensación de cada uno de los tres requisitos exigidos por el artículo 2.1.4) de la Directiva 2014/24/UE expuesto anteriormente.

1. Requisitos para ser poder adjudicador (14)

A) Primera condición: Satisfacción de un interés general

El primer requisito es el consistente en que la entidad correspondiente (las juntas de compensación, en este caso) «se haya creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil». La STJUE de 15 de enero de 1998 (asunto C-44/96), en sus apartados 25 y 26, declara:

«[...] es indiferente que, además de cumplir dicha función, dicha entidad pueda desempeñar otras actividades, como la producción de otro material impreso, así como la edición y la distribución de libros. *El hecho de que la satisfacción de necesidades de interés general sólo constituya una parte relativamente poco importante* de las actividades realmente emprendidas por la OS, como señaló el Gobierno austriaco en sus observaciones escritas, *tampoco es pertinente*, puesto que la mencionada entidad sigue encargándose de las necesidades que está específicamente obligada a satisfacer».

Para terminar afirmando:

«En efecto, el requisito exigido en el primer guión del párrafo segundo de la letra b) del artículo 1 de la Directiva —actual letra a) del artículo 2.1, 4 de la Directiva 2014/24/UE—, según el cual el organismo debe haber sido creado para satisfacer “específicamente” necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, *no implica que esté únicamente encargado de satisfacer dicha necesidad*».

Como puede observarse el TJUE aplica en su máxima extensión el criterio subjetivo-funcional comentado previamente, ensanchando el ámbito de cobertura de este primer requisito, pero a su vez sin faltar a la literalidad del mismo. Resulta pues indiferente que la entidad en cuestión desempeñe otras

(14) Los requisitos previstos en el artículo 2.1, 4º de la Directiva 2014/24/UE fueron traspuestos al ordenamiento jurídico español mediante el artículo 3.3 d) LCSP precepto el cual establece esencialmente lo mismo que la norma europea.

actividades que *per se* no supongan satisfacer necesidades de interés general público, siempre y cuando, la entidad haya sido creada bajo la particular finalidad de cubrir y explotar un determinado interés público (15).

En lo concerniente a las juntas de compensación, doctrina y jurisprudencia parlamentan en igual sentido acerca del cumplimiento por estas entidades de la primera exigencia expuesta. Ello es así, ya que las juntas de compensación son constituidas con el objetivo principal de ejecutar el planeamiento, comprometiéndose a ejecutar las obras públicas de urbanización necesarias en aras a transformar el suelo. Y no hay duda alguna hoy en día, que la ejecución del planeamiento junto al acometimiento de las obras públicas de urbanización, suponen el ejercicio de una función pública, y por ello de interés público (16).

Consecuentemente, la primera condición para ser poder adjudicador se entiende cumplida por las juntas de compensación.

B) Segunda condición: personalidad jurídica propia

En relación con el segundo requisito, el mismo se refiere a que la entidad u organismo «esté dotado de personalidad jurídica propia».

Llevado a las juntas de compensación debe subrayarse que no existe problema alguno en torno a esta cuestión, en vista de la aceptación unánime tanto por legislación como jurisprudencia de la tenencia de personalidad jurídica propia por parte de estas entidades urbanísticas (17). Así, las juntas de compensación se constituyen bajo la sujeción a unos estatutos propios que justifican y delimitan sus actuaciones (18). Además, poseen la capacidad para ser acreedoras de derechos (cobro de deudas por vía de apremio a sus miembros, por ejemplo) y deudoras de obligaciones (la principal, la relativa a la ejecución de las obras públicas de urbanización) (19).

(15) Esta idea ha venido siendo reproducida por el TJUE en diversas ocasiones: STJUE de 10 de noviembre de 1998 (asunto 360/96); STJUE 27 de febrero de 2003 (asunto 373/00); STJUE de 13 de diciembre de 2007 (asunto 337/06).

(16) *Vid.* art. 4.1 del Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, o en las legislaciones autonómicas, a título de ejemplo, la Comunidad Foral de Navarra, arts. 2.1 y 10.1 TRLFOTU.

(17) Art. 26.2 Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto, o a nivel autonómico y por todas, art. 165.1 TRLFOTU.

(18) Art. 166 Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto, o a nivel autonómico, art. 300 Decreto 143/2016, de 22 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 2/2016, de 10 de febrero, del suelo de Galicia; o el art. 62 Decreto Foral 85/1995, de 3 de abril.

(19) Arts. 157 y ss. Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto, en concordancia con las legislaciones urbanísticas de carácter autonómico.

C) Tercera condición: dependencia de otro poder adjudicador

Debe subrayarse la alternatividad característica de este tercer y último requisito para decidir si una entidad es poder adjudicador. Así, son tres las opciones brindadas por el precepto: en primer lugar, que la actividad de la entidad esté mayoritariamente financiada por los poderes públicos (20); en segundo lugar, que la gestión de dicha entidad esté controlada por parte de los poderes públicos (la indeterminación de qué debe entenderse por «gestión», como se verá, ha sido y es fuente de conflictos); finalmente, que más de la mitad de los miembros del órgano de administración, de dirección o de vigilancia de la entidad, hayan sido nombrados por los poderes públicos.

La concurrencia de uno de estos tres escenarios ilustradores de una intensa intervención administrativa, sería suficiente para calificar a las juntas de compensación como poderes adjudicadores a los efectos de la legislación de contratos públicos con las consecuencias que de ello se derivarían.

a) Financiación mayoritaria

Cabe comenzar analizando el primer extremo (financiación mayoritaria). En este sentido resulta interesante la STJUE de 3 de octubre de 2000 (asunto 380/98), en cuyo apartado 33, aporta luz sobre qué debe entenderse por estar «financiado mayoritariamente».

Así la sentencia: «Habida cuenta de lo expuesto, procede responder a la segunda cuestión que el término mayoritariamente, que figura en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, tercer guion, de cada una de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37, debe interpretarse en el sentido de que *significa más de la mitad*».

También resulta relevante el matiz subrayado por la sentencia, explicando qué debe de entenderse por «financiar». En su apartado 21:

«Aunque el modo de financiarse de un organismo determinado puede resultar revelador de su estrecha dependencia respecto de otra entidad adjudicadora, es preciso hacer constar que este criterio no tiene carácter absoluto. No toda suma abonada por una entidad adjudicadora tiene por efecto crear o reforzar una relación específica de subordinación o de dependencia. Únicamente cabrá calificar de “financiación pública” aquellas prestaciones que financien o apoyen las actividades de la entidad de que se trate mediante una ayuda económica abonada sin contraprestación específica».

(20) A efectos de este tercer requisito, tal y como concreta el propio artículo 2.1.4.c) de la Directiva 2014/24/UE, se entiende por poder público, el Estado, las autoridades autonómicas y locales, u otros organismos de Derecho público (todos ellos, poderes adjudicadores en consideración de la Directiva).

Es decir, una suma de dinero entregada sin contraprestación directa a favor de la Administración es precisamente la perfecta definición del concepto de subvención pública (21).

Con efectos de terminar de perfilar este primer extremo referido a la financiación mayoritaria, es congruente mencionar la posibilidad de financiación indirecta reconocida en la STJUE de 13 de diciembre de 2007 (asunto 337/06), que en sus apartados 47 a 49, establece:

«Por último, procede señalar que, a la luz del enfoque funcional antes mencionado, como acertadamente indica la Comisión de las Comunidades Europeas, no puede haber una diferente apreciación según que los medios financieros circulen a través del presupuesto público, cuando el Estado percibe en primer lugar el canon y luego pone a disposición de los organismos públicos de radiodifusión los ingresos procedentes de dicho canon, o que el Estado conceda a dichos organismos el derecho de percibir el canon por sí mismos. Por consiguiente, es preciso concluir que una financiación como la analizada en el asunto principal, que tiene su origen en un acto del Estado, está garantizada por el Estado y asegurada mediante una modalidad de imposición y recaudación incluida dentro de las prerrogativas de poder público, cumple el requisito de financiación por el Estado, a efectos de la aplicación de las normas comunitarias en materia de adjudicación de contratos públicos. Esta forma de financiación indirecta basta para que se cumpla el requisito relativo a la financiación por el Estado previsto en la normativa comunitaria, sin que sea necesario que el propio Estado establezca o designe un organismo público o privado encargado del cobro del canon».

Expuesta la teoría y aplicándola ahora a las juntas de compensación, debe concluirse la imposibilidad de defender la financiación por parte de la Administración, ni minoritaria ni mayoritaria con respecto a estas entidades urbanísticas, salvo en un supuesto que comentaré posteriormente.

Ocurre que las juntas de compensación integran a los propietarios de los suelos incluidos en la unidad de actuación o de ejecución cuya urbanización quiere llevarse a cabo (mediante las obras públicas de urbanización). Ello sumado a que los costes de urbanización (esencialmente los derivados de la ejecución de las obras públicas de urbanización) se imputan a cargo de la junta (22) mediante las llamadas cuotas de urbanización que son abonadas por

(21) Vid. artículo 2.1 Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

(22) Vid. art. 157.2 en relación con arts. 176 y 177 del Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto (la regulación de esta cuestión prevista en el reglamento estatal es concordante con la expuesta en las legislaciones autonómicas, que no está de más recordar la primacía de estas últimas, siendo la legislación estatal de aplicación supletoria. Véase en este sentido la trascendental e histórica STC 61/1997, de 20 de marzo).

los propietarios, no hace más que confirmar la exclusión de la Administración como inversor público (23).

Pero cuidado, y esto es esencial. En caso de que la Administración pública fuera propietaria de más de la mitad de la superficie de una unidad de actuación, y se optara por el sistema de compensación como forma de ejecución, debería, en obediencia al principio de proporcionalidad de aplicación, sufragar más del 50% de los costes de urbanización. ¿Estaría en ese supuesto financiando a la junta de compensación?

Personalmente creo que la respuesta debería ser negativa. Debe recordarse en este punto el apartado 21 de la STJUE, de 3 de octubre de 2000, antes expuesto, en cuya parte final expresaba que: «Únicamente cabrá calificar de financiación pública aquellas prestaciones que financien o apoyen las actividades de la entidad de que se trate *mediante una ayuda económica abonada sin contraprestación específica*».

Además, en el supuesto de que la Administración abonara parte de los costes de urbanización al ser propietaria mayoritaria de la unidad de actuación, tal abono no tendría naturaleza dispositiva, sino que se trataría de un pago de naturaleza preceptiva (obligación legal) en base a su condición de propietario de los terrenos cuya urbanización debe ejecutarse.

Por ello, todo parece indicar que ninguna junta de compensación podría adquirir la condición de poder adjudicador en base al cumplimiento de este requisito referido a la financiación mayoritaria por parte de un poder público. Lo anterior sin perjuicio del supuesto en que una Administración pública otorgase una subvención pública a una junta de compensación, supuesto improbable y cuyo encaje legal sería sin duda, cuestionable.

b) Gestión sujeta a supervisión por el poder público

La segunda posibilidad ofrecida por el artículo 2.1, 4, letra c) de la Directiva 2014/24/UE para cumplir el tercer requisito, contiene algún concepto jurídico indeterminado que necesita de aclaración. Por ejemplo, ¿Qué debe entenderse por «supervisión»? ¿Qué alcance debe darse a ese término?

(23) Clarificador y sintético resulta en este sentido lo dicho por F. MINGUEZ JIMÉNEZ (2002), donde resume lo previsto en la legislación urbanística en tan sólo unas líneas: «la financiación se realiza a través de las cuotas que la Junta exige a los propietarios integrados en la misma, pudiendo ser en metálico o en especie, ordinarias o extraordinarias. En caso de impago, la Junta puede exigir a la Administración que ejecute el cobro a través del procedimiento de apremio, entregando el importe obtenido. Incluso resulta posible llevar a cabo la expropiación de las fincas del propietario moroso, siendo expropiante la Administración y beneficiaria la Junta».

El control o supervisión de una entidad por la Administración pública obedece a lo conocido como «tutela administrativa». Una tutela que debe recaer sobre las actuaciones de las que es competente esa entidad, sin ser necesario que aborde la totalidad de las actuaciones emprendidas por la misma (24). Pero, en todo caso, la actividad esencial y pilar de esa entidad debe depender estrechamente de un poder público, en aras a poder considerar cumplido este requisito constituyente de la figura de poder adjudicador (25).

En este sentido, parte de la doctrina ha ponderado dos escenarios de cuyo estudio podría extraerse la conclusión de un control por parte de la Administración sobre las juntas de compensación. Por ello, se hace necesario valorar la posibilidad de que esos dos escenarios (más otro que propondré) obedezcan a una supervisión de la gestión de las juntas de compensación por parte de las Administraciones públicas.

El primer escenario se relaciona con la aprobación del proyecto de estatutos de las juntas de compensación por la Administración competente, es decir, en la mayoría de los casos, por el ayuntamiento competente territorialmente acorde al término municipal.

En efecto, tanto las legislaciones estatal y autonómica (26), prevén la competencia de las Administraciones públicas para aprobar o denegar el proyecto de estatutos propuesto por la junta de propietarios, publicándose en los boletines oficiales correspondientes su aprobación definitiva y posibilitándose desde ese momento la constitución de la junta de compensación mediante otorgamiento de escritura pública.

Sin embargo, este control previo a la constitución de la junta, trata de un control de estricta legalidad, no teniendo en ningún caso carácter discrecional. El criterio que la Administración debe aplicar en aras a aprobar o denegar el proyecto de estatutos, tiene que sustentarse en el cumplimiento por este último de los requisitos legales preceptivos y exigidos para los estatutos de las juntas de compensación (27).

Por ello, este control previo no puede relacionarse con una influencia dominante de la Administración sobre la gestión de las juntas de compensación, ya que el control que realiza la Administración para la aprobación o

(24) CAÑAS LABAIRU, J.I. (2006: 149).

(25) STJUE de 15 de enero de 1998 (asunto C-44/96), apartado 20.

(26) Vid. Arts. 161 y ss. del Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto; art. 58.1 Decreto Foral 85/1995, de 3 de abril.

(27) Véase el contenido mínimo que deben recoger los Estatutos de las juntas de compensación: Art. 166 Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto; art. 300 Decreto 143/2016, de 22 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 2/2016, de 10 de febrero, del suelo de Galicia; art. 62 Decreto Foral 85/1995, de 3 de abril.

denegación de sus estatutos es un control reglado, no discrecional (comprobar que los estatutos recogen el contenido obligatorio por ley y verificar su adecuación a la legalidad).

No obstante, el TSJ del País Vasco, en sentencia de 22 de octubre de 2015, nº recurso: 205/2015 (28) (FD Cuarto), se pronuncia a favor de dicha influencia dominante, aunque sin justificar el porqué de ello, dando a entender que la aprobación por parte de la Administración de los estatutos de las juntas de concertación (o compensación) es una muestra de dependencia. Establece que:

«Si el agente urbanizador [no confundamos su régimen jurídico con el de las juntas de concertación] ejerce sus actividades bajo la dirección, inspección y control de la Administración actuante, con sujeción, en todo caso, a las condiciones establecidas en el convenio de colaboración [art. 149-3 de la Ley 2/2006 del País Vasco] *la junta de concertación realiza sus actividades en régimen de dependencia de la antedicha Administración a la que, además, corresponde la aprobación de sus constitución, de sus estatutos o la modificación de estos*».

El segundo escenario a dar respuesta es si el hecho de poder interponer recurso de alzada ante la Administración competente en impugnación de acuerdos adoptados por las juntas de compensación, supone de por sí un control por parte de las Administraciones públicas lo suficientemente intenso como para poder deducir una supervisión del poder público sobre la gestión de las actuaciones de la junta (29).

De nuevo, cabe hacer mención a la STSJ PV, de 22 de octubre de 2015, nº recurso: 205/2015, en cuyo FD Cuarto, dice:

«*Y a los mismos efectos hay que reiterar la dependencia que tienen las juntas de concertación de la Administración local, según los precitados textos legales y no ya la doctrina más autorizada, y de la que es buen exponente el control de sus actuaciones a través del recurso de alzada [...]. Nótese que los actos, sujetos al Derecho Administrativo, de otras corporaciones de base privada como los Colegios Profesionales no son recurribles en alzada ante la Administración, sino directamente*

(28) Sentencia cuyos razonamientos y conclusiones jurídicas fueron confirmados posteriormente mediante STSJ PV, de 5 de abril 2016, nº recurso: 136/2016.

(29) La STSJ de Madrid, de 6 de junio de 2006, nº recurso: 1067/2000, en su FD Segundo, dice: «Nadie discute que las juntas de compensación tienen carácter administrativo y *dependen de la Administración urbanística actuante: la calificación administrativa se contiene en el art. 127.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo del 76 este mismo artículo, en su número 4, integra en el órgano rector de la junta un representante de dicha Administración, y, conforme al número 5 de idéntico precepto legal, los acuerdos de la Junta son recurribles en alzada ante ésta*». Parece que el Tribunal utiliza la posibilidad de recurrir ante la Administración como argumento para defender la dependencia de la junta con respecto a la Administración. No obstante, no fundamenta más allá explicando el porqué de tal relación de dependencia.

ante la Jurisdicción contencioso— administrativa, una vez agotados los recursos corporativos (art. 8-1 de la Ley 2/1974 de 13 de febrero, modificada por la Ley 74/1978 de 26 de diciembre) lo cual denota una importante diferencia entre el régimen jurídico de las juntas de concertación y el de otras entidades constituidas por la voluntad o iniciativa de sus miembros».

Esta postura no puede compartirse. Debe tenerse en cuenta que cuando la Directiva exige la existencia de una supervisión sobre la gestión de la entidad, está en realidad requiriendo un control basado en una cierta periodicidad, aunque no concrete cuál. Es decir, para que esa supervisión se materialice, el poder público debe controlar cada cierto periodo de tiempo la gestión de la entidad correspondiente, o al menos emprender la actividad de supervisión cada vez que el ente decida formalizar un acuerdo, por ejemplo. Si se decidiese defender que el conocimiento de los recursos de alzada por parte del poder público supone de por sí una supervisión de la gestión de la entidad, se estaría dando por cumplido el requisito en base a un control que puede que nunca se materialice, ya que debe recordarse que la decisión de interponer un recurso de alzada no reside en la Administración, sino que depende de la voluntad de las personas físicas o jurídicas que posean la cualidad jurídica de interesado con respecto a ese concreto acto administrativo susceptible de recurso. Por tanto, esa periodicidad en la supervisión de la gestión de la entidad se vería condicionada al número de recursos de alzada que se decidiera interponer por los interesados, el cual, puede llegar a ser ninguno.

Además, dicha materialización de la tutela administrativa efectiva (entiéndase ahora como paralela a la tutela judicial efectiva) no puede servir como argumento para defender que la gestión de las juntas de compensación está sometida a supervisión de la Administración. Conocer de los recursos interpuestos por los interesados significa en la práctica un control *a posteriori* o *ex post* de las actuaciones de las juntas de compensación, mientras que la supervisión a la que se refiere la Directiva 2014/24/UE, debe entenderse como un control *ex ante* de la propia gestión de las entidades capaz de reflejar una influencia dominante del poder público sobre la entidad urbanística.

A más a más, el considerar que tal control *ex post* (basado en la resolución de los recursos interpuestos contra la actividad de las juntas de compensación) supone que la gestión de las juntas de compensación está sujeta a la supervisión de un poder público, equivaldría a defender que la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa o el Tribunal Administrativo de Navarra (este último con respecto a las entidades locales navarras) supervisan la gestión de los poderes públicos por el mero hecho de ser los competentes para conocer del recurso contencioso-administrativo o del recurso ante el T.A.N respectivamente. Y afirmar tal cosa, desde luego, resultaría incomprensible ya que la competencia de resolución de recursos de los tribunales no es más que una manifestación del

control de legalidad sobre las actuaciones de los poderes públicos (no de la supervisión de su gestión). Es decir, lo mismo que ocurre con los ayuntamientos y las juntas de compensación en relación con el recurso de alzada.

Relevante resulta en este sentido, la STJUE de 1 de febrero de 2001 (asunto C-237/99), en cuyo apartado 48, comienza afirmando que:

«En cuanto al tercer requisito que caracteriza a un organismo de Derecho público, es preciso examinar si los diferentes controles a los que se somete a las SA VAM crean una dependencia de éstas con respecto a los poderes públicos que permite a éstos influir en sus decisiones en materia de contratos públicos».

Es decir, el criterio de dependencia es el que debe regir en orden a establecer el cumplimiento o no de alguna de las tres alternativas previstas en la letra c) del artículo 2.1, 4 Directiva 2014/24/UE.

En esta idea vuelve a incidir el TJUE en el apartado 49, cuando aborda el concreto supuesto de la supervisión de la gestión de las entidades por parte de los poderes públicos:

«Tal como señala el Abogado General en el punto 48 de sus conclusiones, puesto que el control de gestión en el sentido del artículo 1, letra b), párrafo segundo, tercer guión, de la Directiva es uno de los tres criterios que se recogen en dicha disposición, debe crear una dependencia de los poderes públicos equivalente a la que existe cuando se cumple uno de los otros dos criterios alternativos, a saber, que la financiación proceda mayoritariamente de los poderes públicos o que éstos nombren a más de la mitad de los miembros que integran los órganos directivos de la SA VAM».

A lo largo de los apartados de la Sentencia, el TJUE expone los diferentes indicios conducentes a justificar la dependencia de la entidad con respecto al poder público, siendo uno de los más relevantes el presentado en el apartado 57:

«Además, de los artículos L. 423-1 y L. 423-2 del Código se desprende que el ministro competente en materia de construcción y vivienda puede imponer a las SAVAM un perfil de gestión determinado bien obligándolas a un mínimo de dinamismo, bien limitando su actividad cuando se considere excesiva».

Ello no ocurre en las relaciones entre Administración (en este caso, ayuntamientos) y junta de compensación, no existiendo tal intervención sobre la gestión de estas últimas, las cuales como se ha expuesto anteriormente, poseen plena capacidad para perseguir y cumplir los fines de interés público para los que fueron constituidas por los propios propietarios de los terrenos de la unidad de ejecución.

Sí es cierto, no obstante, la potestad que poseen los ayuntamientos de sustituir el sistema de compensación por otro diferente en caso de incumpli-

miento de los plazos previstos en el planeamiento por parte de la junta de compensación (30). De hecho, tal prerrogativa administrativa es interpretada por R. Mazán Baeza (31) como: «una importante faceta del control de la Administración, en cuanto a intervención sobre el sistema de Compensación». Sin embargo, a mi juicio debería calificarse a tal potestad como de un control externo, ajeno a la esfera de gestión de las actividades de las entidades urbanísticas, no pudiendo suponer ello un ejemplo de dependencia lo suficientemente intenso, sino más bien una labor de policía, calificable incluso de carácter disciplinario.

El tercer y último escenario, que podría servir de base para defender un control de la gestión de las juntas por parte de la Administración, es precisamente la tercera de las opciones contenidas en la letra c) del artículo 2.1,4 analizado, es decir, el supuesto consistente en que más de la mitad de los miembros del órgano de decisión de la entidad (en este caso la junta de compensación) hayan sido nombrados por un poder público. Se analiza a continuación.

c) Más de la mitad de los miembros del órgano de decisión, nombrados por un poder público

En relación con este tercer extremo, no es necesaria interpretación alguna ya que trata de una cuestión meramente matemática (más del 50% de los miembros). Así lo ha reconocido el TJUE, que por si alguna duda pudiera generar la literalidad del precepto, en su Sentencia de 3 de octubre de 2000 (asunto 380/98), apartado 32, dice:

«Además, la interpretación según la cual debe entenderse que el término mayoritariamente significa más de la mitad resulta asimismo conforme con lo previsto en uno de los otros supuestos contemplados en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, tercer guión, de cada una de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37. *En efecto, a tenor de dichas disposiciones, también debe calificarse de organismo de Derecho público todo organismo cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público.*»

Debe entenderse sin lugar a duda, que «más de la mitad», significa precisamente «más de la mitad», es decir, más de un 50%. Como he comentado previamente, un aspecto que no necesita de mayor interpretación que la literal.

En tal contexto, resulta especialmente interesante el artículo 29 del Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento

(30) A título de ejemplo véase art. 158 TRLFOTU.

(31) MAZÁN BAEZA, R. (2012: 21).

de Gestión Urbanística para el desarrollo y aplicación de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana. Dice así:

«Los acuerdos de las Entidades urbanísticas colaboradoras se adoptarán por mayoría simple de cuotas de participación, salvo que en los Estatutos o en otras normas se establezca un quórum especial para determinados supuestos. Dichos acuerdos podrán impugnarse en alzada ante la Administración urbanística actuante».

Es decir, los derechos de voto en los órganos de decisión de las juntas de compensación (se trata de un tipo de entidad urbanística colaboradora), vienen determinados por las cuotas de participación de los propietarios.

Por tanto, para que se pudiera dar la posibilidad de que la Administración correspondiente nombrase a más de la mitad de los miembros del órgano de decisión de una junta de compensación, tendría que concurrir la situación contemplada por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón en su reciente Informe 1/2020, de 24 de febrero, en cuya consideración jurídica IV y conclusiones I y II, establece:

«Las juntas de compensación, en su condición de entidades colaboradoras de la Administración pública, *no tienen como regla general la consideración de poder adjudicador* [...] No obstante, *cuando corresponda a los poderes públicos una mayoría de los votos en la asamblea de la junta de compensación, deberá entenderse que concurren los requisitos que caracterizan a los poderes adjudicadores* [...]».

Supuesto que podrá darse, siempre y cuando:

«[...] la Administración sea el propietario de más de la mitad de la superficie de una unidad de actuación o le vaya a corresponder más de la mitad del aprovechamiento urbanístico resultante».

Este informe viene a plantear una posibilidad de laboratorio jurídico, cuya concurrencia permitiría concluir la condición de poder adjudicador de las juntas de compensación. Es decir, en caso de que la Administración fuese propietaria de más del 50% de los terrenos de una unidad de ejecución cuya urbanización quisiera llevarse a cabo, y además se optara por el sistema de compensación como sistema de ejecución del planeamiento, podría emerger la situación en la cual más de la mitad de los miembros del órgano de decisión de la junta de compensación fueran Administración pública. Como consecuencia de ello, correspondería al poder público la mayoría de los votos en la asamblea de la junta y por ende, dicha junta de compensación sería considerada poder adjudicador a todos los efectos.

Pero como he dicho, este supuesto es más un producto asociado al sinfín de posibilidades que nos brinda la teoría jurídica, que una realidad práctica

del derecho urbanístico, pues en el caso de que la Administración pública fuese propietaria de más del 50% de los terrenos de una unidad de ejecución, las probabilidades de que eligiese el sistema de compensación como forma de ejecución del planeamiento no serían sino escasas (32).

A efectos de incidir en esta última idea, es necesario realizar un breve resumen de todo lo antedicho. Las juntas de compensación son entidades urbanísticas colaboradoras de la Administración pública, de naturaleza híbrida (pública y privada) y con personalidad jurídica propia, así como poseedoras de plena capacidad para el cumplimiento de sus fines. La finalidad de su constitución es la ejecución del planeamiento, siendo por tanto su objetivo principal, la ejecución de una función pública y por ende, su fin último se basa en la satisfacción de un interés público general. Por todo ello, puede afirmarse que todas las juntas de compensación, con independencia de su composición, cumplen con las letras a) y b) del artículo 2.1, 4 de la Directiva 2014/24/UE, pudiendo ocurrir como supuesto extremadamente excepcional, que algunas de ellas, en atención a su composición, cumplan también con una de las alternativas de la letra c) de ese mismo precepto (más de la mitad de los miembros del órgano de decisión de la junta de compensación nombrados por un poder público). Supuesto este último, que supondría para esa concreta junta de compensación el escalafón de poder adjudicador.

Consecuentemente, las juntas de compensación no poseen la condición de poderes adjudicadores como regla general, ya que si bien es cierto cumplen con los dos primeros requisitos (letras a y b), muy pocas, por no decir ninguna, cumplirán en la práctica con el tercero de los requisitos (letra c). Y en este contexto debe recordarse, que los tres requisitos para elevar a una entidad a la condición de poder adjudicador son acumulativos (33), significando la no concurrencia de uno de ellos la imposibilidad de categorizar las juntas de compensación como poderes adjudicadores.

(32) El sistema de ejecución del planeamiento es elegido por la Administración, ya bien en los planes urbanísticos derivados del Plan General Municipal (planeamiento en cascada), o en el mismo momento en que se delimita la unidad de ejecución (véase art. 158.1 TRLFOTU).

(33) Art. 2.1, 4 Directiva 2014/24/UE:

«Organismo de Derecho público (y por tanto, poder adjudicador): cualquier organismo que reúna *todas* las características siguientes:

a) que se haya creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil;

b) que esté dotado de personalidad jurídica propia, y

c) que esté financiado mayoritariamente por el Estado, las autoridades regionales o locales, u otros organismos de Derecho público, o cuya gestión esté sujeta a la supervisión de dichas autoridades u organismos, o que tenga un órgano de administración, de dirección o de supervisión, en el que más de la mitad de los miembros sean nombrados por el Estado, las autoridades regionales o locales, u otros organismos de Derecho público».

2. Las juntas de compensación como poder adjudicador según la legislación urbanística, doctrina y jurisprudencia

A) La ley aragonesa y navarra

Analizando lo regulado por el conjunto del ordenamiento urbanístico, se averigua que tan sólo dos son las Comunidades Autónomas que se pronuncian expresamente sobre la calificación como poderes adjudicadores de las juntas de compensación.

Así, en el primer inciso del artículo 156.2 del Decreto Legislativo 1/2014, de 8 de julio, del gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Urbanismo de Aragón, se establece que:

«Las juntas de compensación, en su condición de entidades colaboradoras de la Administración pública, *no tienen la consideración de poder adjudicador* a los efectos de la normativa sobre contratación pública sin perjuicio de que, en tanto ejecuten obra pública de urbanización, sí que deberá aplicarse la legislación de contratos públicos, en tanto resulta de aplicación el criterio funcional de obra pública. La relación jurídica existente entre la Administración municipal y las juntas de compensación no es la de un contrato público, sino la de un encargo o traslado de funciones públicas de carácter unilateral».

Por el contrario, el artículo 165.6 del Decreto Foral Legislativo 1/2017, de 26 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Foral de Ordenación del Territorio y Urbanismo (en adelante, TRLFOTU), afirma lo siguiente:

«Las Juntas de Compensación y Reparcelación, en su condición de entidades colaboradoras de la Administración pública, *tienen la consideración de poder adjudicador* a los efectos de la normativa sobre contratación pública, *en tanto en cuanto ejecuten obra pública de urbanización*».

Ambos preceptos serán objeto de análisis posterior junto a otros artículos directamente relacionados. Es suficiente por el momento conocer que la división doctrinal y jurisprudencial que a continuación se presenta, ya consta de reflejo positivo en las legislaciones autonómicas.

B) Jurisprudencia y doctrina

La postura en contra de considerar a las juntas de compensación como poderes adjudicadores es defendida a título de ejemplo, por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (en adelante, JCCPE) en su Informe 44/2009, de 26 de febrero de 2010, mediante el cual, después de aclarar su imposibilidad de ser Administración pública, continúa analizando las características de estas entidades urbanísticas, concluyendo que ya no sólo no tratan de poderes adjudicadores, sino que además no pueden ubicarse en la estructura orgánica de las entidades integrantes del sector público español:

«De esta caracterización plantea alguna duda la expresión “naturaleza administrativa”, pues podría interpretarse en el sentido de que es propósito de la norma mencionada integrarlas en el concepto de Administración pública. Sin embargo, este carácter debe considerarse contradicho por el hecho de que el artículo 117 de la misma las considera entidades colaboradoras de la Administración, lo cual supone, sin lugar a dudas, su exclusión del concepto de Administración pública [...] es claro que las Juntas de Compensación, tal como aparecen reguladas en la legislación urbanística catalana no tienen la consideración de entidades del sector público lo que evidentemente lleva consigo que no les sea de aplicación en la contratación de sus obras, suministros o servicios la legislación de Contratos del Sector Público».

También adopta la misma postura la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón mediante Informe 21/2011, de 12 de septiembre, que tras motivar las funciones de la junta como intereses privados, termina concluyendo: «En consecuencia, a juicio de esta Junta, las juntas de compensación, por su naturaleza de base privada y finalidad de consunción inmediata (se crean para la ejecución de un único proceso de urbanización), no tienen la consideración de poder adjudicador cuando gestionan intereses privados y, por tanto, no se encuentran sometidas a las reglas de la contratación pública».

En este mismo sentido razona J.I. CAÑAS LABAIRU (34), estableciendo que: «Todo lo expuesto hasta este momento nos lleva a la conclusión de que no se cumple la condición a la que nos venimos refiriendo, en el sentido de que sobre la contratación y ejecución de la obra de urbanización que lleva a cabo una junta de compensación, no existe control o tutela administrativa alguna», así como M. PARDO ÁLVAREZ (35) justificando tal exclusión en la inexistencia de financiación pública de las juntas de compensación, el no ejercicio de la función pública que supone (a su juicio) los contratos celebrados por éstas, así como al hecho de que cuando se urbaniza, la obra no es pública sino que recae sobre bienes de titularidad privada.

Por último, J.M. GIMENO FELIÚ (36), hace depender la exclusión de las juntas de compensación del concepto de poder adjudicador, del tipo de contrato que estas celebren:

«[...] son sujetos privados (salvo participación mayoritaria pública, claro está) en los que se delegan funciones públicas. Y esto significa que no toda la actuación de la junta de compensación esté sometida al Derecho administrativo: en la medida en que aquélla gestiona intereses propios de sus miembros sin ejercicio directo de

(34) J.I. CAÑAS LABAIRU (2006: 155).

(35) M. PARDO ÁLVAREZ (2002: 11 a 36).

(36) J.M. GIMENO FELIÚ (2007: 173).

funciones públicas estará sujeta al derecho privado. De ello deriva, pues, que, en principio, al contratar —consultoría, préstamos, ventas de terrenos, etc.— no haya de someterse a las formalidades propias del derecho administrativo, pues todo ello tiene un carácter instrumental respecto de la finalidad última de la ejecución del planeamiento, sin implicar el ejercicio directo de funciones públicas. Es decir, tiene una doble naturaleza. En definitiva, *las Juntas de Compensación de base privada no tienen la consideración de poder adjudicador cuando gestionan intereses privados*».

No obstante, la postura a favor de considerar las juntas de compensación como poderes adjudicadores, es defendida, por ejemplo, por el TSJ del País Vasco, en cuyas sentencias de 22 de octubre de 2015 y de 5 de abril de 2016 (nº recurso: 205/2015 y 136/2016), anteriormente referidas, argumenta de la siguiente manera:

«En efecto, la entidad (junta de compensación) antes subsumible en el concepto de Administración pública o asimilada es ahora subsumible en el concepto de Administración pública o asimilada [...] Atendida, así, la naturaleza administrativa de las juntas de concertación (37), su personalidad jurídica y relación de dependencia con la Administración local actuante y sus funciones, dicha entidad merece la consideración de Administración pública y, por ende, de poder adjudicador a efectos de la aplicación de la legislación de contratos del sector público, de conformidad con el artículo 3.2 e) y 3 del TRLCSP, aprobado por RDL 3/2011».

En este mismo sentido concluye Á. MENÉNDEZ REXACH (38) que defiende la condición de poder adjudicador de las juntas de compensación: «[...] si la Junta de Compensación va a adjudicar las obras a un tercero, tendrá que someterse a la legislación de contratos públicos, no sólo porque las obras de urbanización sean obras públicas, sino porque *se puede sostener que tiene la condición de poder adjudicador*, de acuerdo con la normativa comunitaria y la LCSP [artículo 3.3.b)], ya que satisface necesidades de interés general que no tienen carácter industrial ni mercantil y su gestión está controlada por un poder adjudicador, que es la Administración actuante».

Expuestas algunas de las diferentes opiniones de la jurisprudencia y doctrina (existen muchas otras de relevante interés, que por razones exclusivamente sistemáticas no pueden presentarse) puede observarse el prolongado debate terminológico y conceptual persistente sobre esta cuestión, mostrando tal situación la inexistencia de una respuesta clara en la inclusión o exclusión de las juntas de compensación como poderes adjudicadores.

A mi juicio, tal y como he refutado a lo largo de los puntos anteriores, sigo manteniendo la imposibilidad de considerar como poderes adjudicadores

(37) En la legislación vasca se denominan a las juntas de compensación como «juntas de concertación».

(38) Á. MENÉNDEZ REXACH (2009: 535 a 584).

a las juntas de compensación como criterio general (y prácticamente único). Y ello con independencia del tipo de contrato celebrado por estas, al ser determinante la no concurrencia de los tres requisitos acumulativos previstos y regulados en el artículo 2.1.4) Directiva 2014/24/UE. Concuero de esta manera con la conclusión adoptada, en este punto, por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, en su reciente Informe 1/2020, de 24 de febrero, antes expuesto.

IV. DE LA RELACIÓN ENTRE LAS JUNTAS DE COMPENSACIÓN Y LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Como se ha comentado a lo largo de este trabajo, las juntas de compensación son constituidas con el fin de ejecutar el planeamiento, recayendo sobre ellas la obligación legal de acometer las obras públicas de urbanización. Es decir, la razón de ser de estas entidades urbanísticas colaboradoras se sustenta principalmente en la ejecución de una función pública.

Sentando lo anterior, J.M. GIMENO FELIÚ (39) comienza afirmando que la relación junta de compensación-Administración se basa en «un encargo o traslado de funciones públicas», para posteriormente concluir la no condición de contratista por parte de las juntas de compensación: «la relación Administración junta de compensación no se articula ni se debe articular mediante contrato».

En este mismo sentido, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante su Informe 21/2011, de 12 de septiembre, argumenta bajo la misma premisa, estableciendo en su Conclusión II lo siguiente: «La relación jurídica existente entre la Administración municipal y las juntas de compensación no es la de un contrato público, sino la de un encargo o traslado de funciones públicas (de carácter unilateral), por lo que no son de aplicación las previsiones propias de éstos: garantía definitiva, recurso especial, publicación en perfil de contratante, entre otras».

En este contexto, el TJUE ya advirtió en su sentencia de 25 de marzo de 2010 (asunto Müller) que: «el mero ejercicio de competencias normativas en materia urbanística, con la finalidad de satisfacer el interés general no tiene por objeto ni recibir prestaciones contractuales ni satisfacer el beneficio económico directo del poder adjudicador».

Interesante resulta, para finalizar, la fundamentación expuesta por F. García Gómez de Mercado (40) para razonar la inexistencia de relación contractual entre las juntas de compensación y las Administraciones públicas en

(39) J.M. GIMENO FELIÚ (2007: 173 y 174).

(40) F. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO (2018).

cuanto a ejecución del planeamiento se refiere: «Con todo, para la aplicación de las Directivas comunitarias en materia de contratación pública es esencial la existencia de contrato. Conforme al *artículo 1261 del Código Civil*, “no hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1°. Consentimiento de los contratantes...”. Y a tenor del *artículo 1262* del mismo cuerpo legal “el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato”. De este modo, a nuestro juicio, en el supuesto del propietario que ejecuta obras de urbanización como deber urbanístico, cuyo cumplimiento es previo a la adquisición del derecho a edificar, sin ninguna clase de acuerdo o convenio con la Administración, ni ofrece, ni acepta, ni, por tanto, consiente el establecimiento de una determinada relación jurídica, sino que ésta (la entrega de la obra de urbanización) *surge del cumplimiento de una obligación legal*».

En efecto, la ejecución de las obras públicas de urbanización no es una opción para los propietarios, sino que se erige como una verdadera obligación legal, una *conditio sine qua non* para la posterior materialización de su derecho a edificar.

V. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO *CONDITIO SINE QUA NON* DE LA EXTERNALIZACIÓN DE LAS OBRAS PÚBLICAS DE URBANIZACIÓN POR LAS JUNTAS DE COMPENSACIÓN

La LCSP es de aplicación a tres grandes grupos de entidades del sector público: poderes adjudicadores que a su vez son Administraciones públicas (Libro II Ley 9/2017), poderes adjudicadores que no son Administraciones Públicas, también conocidos como «PANAP» (Título I, Libro III LCSP) y por último, entidades que a tenor del artículo 3 de la legislación de contratos, adquieren la condición de entidades del sector público, pero que no reúnen los requisitos suficientes para ser ni Administración pública, ni poderes adjudicadores (41).

Teniendo en cuenta que las juntas de compensación no se encuentran dentro de este último grupo (42) y que por supuesto no son Administraciones públicas (43), la única opción de que les sean de aplicación las normas de contratación pública es que posean la condición de poder adjudicador.

(41) A este último grupo de entidades, únicamente se les exige el respeto de los principios de contratación pública, que vienen a erigirse como «instrucciones» de obligado cumplimiento por estas entidades (véase art. 321 LCSP).

(42) Las juntas de compensación no son fondos sin personalidad jurídica, ni entidades públicas empresariales, ni por supuesto sociedades mercantiles [art. 3.1 g), h), i) LCSP].

(43) No obedecen a ninguna de las entidades mencionadas en las letras a) y b) del artículo 3.2 Ley 9/2017. Además, las juntas de compensación son entidades urbanísticas colaboradoras de las AAPP, no significando ello que sean un subtipo de AAPP.

Por ello la importancia del debate que se ha abordado en este trabajo sobre la naturaleza de poder adjudicador de las juntas de compensación.

Si se parte de la conclusión de que son poderes adjudicadores, todo aquel contrato oneroso que reúna las características necesarias para ser calificado de obra, servicios, suministros, concesión de obra o concesión de servicios (44), deberá adjudicarse previa licitación y previo cumplimiento de los diferentes requisitos de garantía procedimental previstos en la LCSP.

Sin embargo, si se adopta la postura consistente en la exclusión de las juntas de compensación del concepto de poder adjudicador (postura que defendiendo personalmente), los contratos celebrados por éstas con el resto de operadores jurídicos no deberían sujetarse a las normas de contratación pública. No obstante, como se estudiará en este punto, existe doctrina, jurisprudencia e incluso legislación de carácter autonómico, que aun defendiendo la imposibilidad de considerar a las juntas de compensación como poderes adjudicadores, afirman la sujeción de los contratos de obras de urbanización externalizados por estas entidades urbanísticas a la legislación de contratos del sector público.

1. Sujeción a la legislación de contratos del sector público en caso de ser poderes adjudicadores

Es evidente que no todo contrato celebrado por las juntas de compensación consideradas como poder adjudicador debería someterse a las normas de contratación pública, sino únicamente aquellos que poseyeran la nota de onerosidad. Así, el artículo 2.1 LCSP en sintonía con el artículo 2.1, 5 de la Directiva 2014/24/UE:

«Son contratos del sector público y, en consecuencia, están sometidos a la presente Ley en la forma y términos previstos en la misma, *los contratos onerosos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica*, que celebren las entidades enumeradas en el artículo 3» (45).

El mismo precepto se preocupa de matizar el concepto de onerosidad por si pudiera quedar alguna duda al respecto:

(44) Vid. art. 2 LCSP en relación con artículos 12 a 18 del mismo cuerpo normativo.

(45) Eso no excluye, sin embargo, la posibilidad de que las entidades del sector público puedan realizar transmisiones a título gratuito. En palabras de P. CORVINOS BASECA «[...] quedarían excluidos del ámbito de aplicación de esta legislación los contratos de carácter gratuito. Ello no quiere decir que los entes que integran el sector público no puedan celebrar contratos de carácter gratuito; pueden hacerlo, y de hecho lo hacen continuamente, si bien se les aplica a estos contratos el derecho privado y, en algún caso, la legislación administrativa especial, como sucede con la adquisición gratuita de bienes y derechos, a la que se aplica la legislación sobre patrimonio de las Administraciones públicas».

«Se entenderá que un contrato tiene carácter oneroso en los casos en que *el contratista* obtenga algún tipo de beneficio económico, *ya sea de forma directa o indirecta*».

Definición, acorde con lo establecido al respecto por el TJUE en su sentencia de 18 de enero de 2007 (asunto C-220/05) cuyo apartado 45, dispone que:

«El carácter oneroso de un contrato se refiere a la contraprestación que se ofrece al contratista por la realización de las obras previstas por la entidad adjudicadora (véase, en este sentido, la sentencia *Ordine degli Architetti* y otros, antes citada, apartado 77)».

No obstante, en vista del artículo 2.1 LCSP, pudiera parecer que para concurrir onerosidad, únicamente debiera existir prestación a favor del contratista, cuando de manera reiterada el TJUE ha establecido, como resulta evidente, que el poder adjudicador también deberá recibir una prestación por parte del contratista. Así, a modo de ejemplo, la STJUE de 25 de marzo de 2010 (asunto C-451/08), en cuyos apartados 48 a 51 establece:

«El carácter oneroso del contrato implica que el poder adjudicador que haya celebrado un contrato público de obras reciba mediante el mismo una prestación a cambio de una contraprestación. *Esta prestación consiste en la realización de las obras que la entidad adjudicadora prevé obtener* (véanse las sentencias de 12 de julio de 2001, *Ordine degli Architetti* y otros, C-399/98, Rec. p. I-5409, apartado 77, y de 18 de enero de 2007, *Auroux* y otros, C-220/05, Rec. p. I-385, apartado 45). Tanto por su naturaleza como por la estructura y los objetivos de la Directiva 2004/18, dicha prestación debe conllevar un beneficio económico directo para el poder adjudicador. *Este beneficio económico está claramente acreditado cuando se dispone que el poder adjudicador asumirá la propiedad de las obras objeto del contrato*. Puede constatarse también dicho beneficio económico *si se establece que el poder adjudicador dispondrá de un título jurídico que le asegurará la disponibilidad de las obras objeto del contrato*, a los efectos de su afectación pública (véase, en este sentido, la sentencia *Ordine degli Architetti* y otros, antes citada, apartados 67, 71 y 77)».

Esto llevado a las obras de urbanización (46), debe tenerse en cuenta que cuando éstas son externalizadas por las juntas de compensación, el contrato que emerge cumple con la nota de onerosidad aunque dichas obras de

(46) Hay que recordar que las obras de urbanización se erigen como obligación legal de aquellos propietarios que deseando edificar, son dueños de suelos urbanizables, es decir, suelos cuya urbanización deviene preceptiva, necesitando de esas obras para así transformar el suelo y poder posteriormente materializar su derecho a edificar. Por tanto, con el fin de ejecutar el planeamiento y de acometer las obras de urbanización, los propietarios se constituyen en una junta de compensación (siempre y cuando el sistema de compensación sea el sistema de ejecución previsto en el planeamiento o elegido en el momento de delimitar la unidad de ejecución).

urbanización no vayan a ser finalmente de titularidad de la entidad urbanística colaboradora (47), ya que como bien expresa R. MAZÁN BAEZA (48): «En cuanto al carácter de oneroso del contrato de obra de urbanización, parece indiscutible que, siendo las partes contratantes, por un lado, una junta de compensación y, por otro, una empresa constructora, exista dicha onerosidad en la relación contractual. *En efecto, se trata de una relación sinalagmática o bilateral por la cual la Junta de Compensación se obliga al pago de un precio como contraprestación por la ejecución de las obras de urbanización, encomendadas a la empresa constructora*».

Sentado lo anterior, se hace necesario ahondar acerca de la naturaleza jurídica de las obras de urbanización, es decir, su eventual consideración como auténticas obras a los efectos del artículo 13 LCSP, resultando, en su caso, el contrato de obras el idóneo instrumento jurídico para regular su contenido. En este sentido, la STJUE de 12 de julio de 2001 (asunto C-399/98) en sus apartados 59 y 67 afirma que:

«Procede subrayar que *las obras de urbanización constituyen obras de construcción o de ingeniería civil* y, por tanto, están incluidas en las actividades contempladas en el anexo II de la Directiva, y que constituyen obras destinadas a cumplir por sí mismas una función económica o técnica [...] A este respecto, como indica el órgano jurisdiccional remitente, las obras de urbanización *pueden ser perfectamente calificadas de obras públicas* debido, por una parte, a sus características funcionales aptas para satisfacer las exigencias de urbanización que van más allá de la simple vivienda individual y, por otra parte, a que la Administración competente tiene el control de tales obras mientras disponga de un título jurídico que le asegure su disponibilidad con el fin de garantizar su disfrute por todos los usuarios de la zona».

Por todo ello, en caso de considerar a las juntas de compensación como poderes adjudicadores, las obras públicas de urbanización que se externalicen deberían ser objeto de licitación sometándose a las reglas de contratación previstas en la LCSP conforme a lo dispuesto en su Título I, Libro III (49) específicamente previsto para los contratos de los PANAP.

(47) A pesar de que las obras de urbanización no acaben siendo titularidad de la junta de compensación (pasan a formar parte del dominio público de la Administración), la prestación del contratista hacia la junta se sustenta en el mero hecho de la ejecución de las obras, ya que tal acto permite transformar el suelo urbanizable en solar y consecuentemente, el derecho a edificar puede materializarse posteriormente.

(48) R. MAZÁN BAEZA (2012: 17).

(49) En este Título I, Libro III LCSP, se realiza una subdivisión en función de si el contrato está sometido a regulación armonizada o no. En lo que aquí interesa acerca de las obras públicas de urbanización, cabe decir que en caso de constituir su valor estimado una cifra igual o superior a 5.350.000 euros, el contrato deberá sujetarse a regulación armonizada (vid. art. 20.1 LCSP).

2. Sujeción a la legislación de contratos del sector público en caso de no ser poderes adjudicadores. La doctrina del criterio funcional de obra pública

El criterio negativo de aplicación de la LCSP se apoya en la imposibilidad de aplicar la legislación de contratos públicos a aquellas entidades que no se encuentren entre las consideradas como integrantes del sector público, pues del articulado de la LCSP subyace la conclusión consistente en que es criterio incondicional para su aplicación, tener encaje en alguna de las entidades del sector público enumeradas en su artículo 3.

Por tanto, en caso de considerar a las juntas de compensación como entidades al margen de dicha categoría jurídica (postura que he defendido en partes anteriores del presente estudio), devendría incompatible la sujeción de su actividad contractual a la legislación de contratos del sector público. Debe aclararse, que esto es aplicable tanto a los contratos que potencialmente podrían haber sido SARA, como a los que no. En este sentido, es cierto que la trasposición de la Directiva 2014/24/UE mediante la LCSP tuvo como finalidad esencial la de sujetar los contratos adjudicados por poderes adjudicadores con valor estimado superior a los umbrales reglados, a los procedimientos de contratación pública. Pero a su vez, el legislador español en uso de la libertad de configuración legal sobre aquellos aspectos en los que no regía la norma europea, decidió que a los contratos con valor estimado por debajo de esos umbrales (contratos no SARA) les fuese también de aplicación la legislación de contratos del sector público (50).

A) A favor de la aplicación de la legislación de contratos del sector público

Dicho lo anterior, no falta doctrina y jurisprudencia que con sustento en el llamado «criterio funcional de obra pública», persiste en la aplicación de la normativa de contratación pública a las juntas de compensación, con independencia de si estas últimas tratan de poderes adjudicadores o no, y con independencia de si forman parte o no del sector público esquematizado en el artículo 3 LCSP.

Personalmente, considero que dicho criterio funcional resulta incorrecto al colisionar con la filosofía más básica de la contratación pública, que no es otra que su ámbito de aplicación. No obstante, como consecuencia de su

(50) Así, en su reciente Informe 33/2020 la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (Consideración Jurídica tercera) explica el acierto de haber sometido los contratos no SARA a los principios de libre concurrencia, transparencia, publicidad, igualdad y no discriminación exigidos por el TFUE.

peculiar esfuerzo argumental, merece la pena analizar los pronunciamientos más destacados acerca de esta teoría doctrinal basada fundamentalmente en la STJUE de 12 de julio de 2001 (asunto C-399/98).

En primer lugar, destacar que esta postura doctrinal ya ha encontrado cobertura en la legislación de carácter autonómico. Así, el artículo 156.2 del Decreto-Legislativo 1/2014, de 8 de julio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Urbanismo de Aragón, establece:

«Las juntas de compensación, en su condición de entidades colaboradoras de la Administración pública, *no tienen la consideración de poder adjudicador* a los efectos de la normativa sobre contratación pública *sin perjuicio de que, en tanto ejecuten obra pública de urbanización, sí que deberá aplicarse la legislación de contratos públicos, en tanto resulta de aplicación el criterio funcional de obra pública*».

La positivización de esta hipótesis en la legislación aragonesa trajo causa de lo previamente establecido por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, en su Informe 21/2011, de 12 de septiembre, Consideración Jurídica III y que ha venido a ser confirmado en su reciente Informe 1/2020, de 24 de febrero, estableciendo que:

«En todo caso, *aunque no tienen la consideración de sujetos contratantes sometidos a las previsiones de la LCSP, sí deben aplicar la misma* en los contratos consecuencia de la función pública encomendada, por imperativo de la Directiva de contratos públicos —y del artículo 2 LCSP y concordantes, en especial, el artículo 6— en tanto concurren los conocidos criterios de: a) obra artificialmente creada, b) obra vinculada al aprovechamiento general y c) obra de titularidad pública. *Es decir, es el concepto funcional de obra pública de las obras de urbanización exigidas por la legislación urbanística lo que "atrae" el régimen de la contratación pública a la actuación de la junta de compensación, por cuanto concurren todas las notas para su consideración de obra pública, tal y como se deriva de la Sentencia del TJCE de 12 de julio de 2001 (Asunto Scala de Milán) [...] En consecuencia, las juntas de compensación, sin ser poderes adjudicadores, vienen obligadas a aplicar la normativa de contratación pública solo cuando ejecutan obra pública derivada de la función urbanística encomendada*».

Como puede observarse, según esta teoría, es el carácter público de las obras de urbanización lo determinante para decidir sobre la aplicación de la legislación pública contractual a las juntas de compensación, siendo irrelevante su condición de poder adjudicador.

Es importante prestar atención a la mención final que realiza el Informe en relación con la STJUE de 12 de julio de 2001 (asunto C-399/98), expresando que el criterio funcional encuentra su origen jurídico en dicha resolución europea. En verdad, es la transposición de un *obiter dicta* (apartado 100) de dicha STJUE:

«[...] Esto no significa que, para que se respete la Directiva en caso de realización de una obra de urbanización, la propia administración municipal deba necesariamente aplicar los procedimientos de contratación previstos por dicha Directiva. La eficacia de esta última se garantiza igualmente si la legislación nacional permite que la administración municipal obligue al encargado de la urbanización titular de la licencia, mediante los acuerdos que celebra con él, a realizar las obras convenidas recurriendo a los procedimientos previstos por la Directiva, para cumplir las obligaciones que incumben a este respecto a la administración municipal en virtud de dicha Directiva. En efecto, en este caso, con arreglo a los acuerdos celebrados con el ayuntamiento que lo exoneran de la contribución a las cargas de urbanización como contrapartida por la realización de una obra de urbanización pública, debe considerarse que el urbanizador ha recibido un mandato expreso del ayuntamiento para la construcción de dicha obra. Esta posibilidad de aplicación de las reglas de publicidad de la Directiva por personas distintas de la entidad adjudicadora está, por otra parte, expresamente prevista en su artículo 3, apartado 4, en caso de concesión de obras públicas».

Tal pronunciamiento ha sido interpretado por diferentes autores en el mismo sentido que el acogido por la Junta Consultiva aragonesa. Así, por ejemplo, J.M. GIMENO FELIÚ (51) defiende la no consideración de las juntas de compensación como poderes adjudicadores, afirmando, sin embargo, su necesaria sujeción a las imperativas derivadas de la normativa de contratación pública. Argumenta que es decisiva la ejecución de una función pública por parte de las juntas de compensación, atrayendo tal circunstancia el régimen de contratación pública a la actividad contractual de las juntas, eso sí, únicamente respecto de las obras de urbanización que decidan acometer, no siendo extrapolable el criterio funcional a otro tipo de responsabilidades de carácter privado de las que son también competentes las juntas de compensación.

Siguiendo la misma línea argumental, F. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO (52) después de analizar minuciosamente la STJUE de 17 de julio de 2001, termina por adoptar la misma interpretación extensiva, estableciendo que en caso de no existir necesidad de seleccionar un contratista por parte de la Administración (supuesto del agente urbanizador) debido a la constitución de una junta de compensación, ésta última entidad urbanística deberá sujetarse a la legislación de contratos del sector público, cuando externalice las obras públicas de urbanización.

Debe puntualizarse que la STJUE de 17 de julio de 2001 no ha sido la única resolución instrumentalizada jurídicamente para construir la teoría del criterio funcional de obra pública. La STJUE de 26 de mayo de 2011 (asunto C-306/08) a su vez ha tenido protagonismo en este sentido, no resultando

(51) J.M. GIMENO FELIÚ (2007: 173 y 174).

(52) F. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO (2018).

ocioso matizar que estas sentencias abordan el conflicto consistente en la sumisión o no a las normas de contratación pública del contrato celebrado entre la Administración y el agente urbanizador. Es decir, unas partes contratantes completamente diferentes a las que constituyen una junta de compensación y una empresa constructora, siendo esta última pareja contractual la que aquí interesa. Sin embargo, existen autores que razonan la intrascendencia de la no coincidencia de las partes, haciendo uso de lo establecido en las resoluciones europeas para las relaciones contractuales de las juntas de compensación. Sobre ello ahondaré posteriormente, pero adelanto que, a mi juicio, no resulta del todo convincente.

La STJUE de 26 de mayo de 2011 aludida, ha sido interpretada por tres sentencias de nuestro Tribunal Supremo, tal y como anunció la STS de 12 de noviembre de 2014 (nº recurso: 1684/2012) en su FD Tercero: «La incidencia de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, de 26 de mayo de 2011, en nuestra Jurisprudencia ha sido examinada en tres sentencias de este Tribunal Supremo de 4 de abril de 2012 (recursos de casación 6531/2008, 6460/2008 y 6378/2008)».

Por tanto, se hace necesario acudir a estas sentencias del Alto Tribunal en aras a conocer cómo debe interpretarse la resolución europea y si acaso posee algún tipo de relación con el criterio funcional de obra pública reiteradamente referenciado en este punto.

La primera de ellas, STS de 4 de abril de 2012 (nº recurso: 6531/2008), en su FD Séptimo establece: «Basta indicar que la sentencia del TJUE de 26 de mayo de 2011 se ha limitado a desestimar la pretensión de la Comisión Europea frente al Reino de España *porque aquélla no demostró que el objeto principal del contrato celebrado entre el Ayuntamiento y el urbanizador correspondiese a un contrato público de obras en el sentido de la Directiva 93/37 o de la Directiva 2004/18, de lo que no cabe deducir que en la adjudicación del Programa de Actuación Urbanística no haya de respetarse los principios de concurrencia, igualdad y no discriminación, publicidad y transparencia*».

La segunda de ellas STS de 4 de abril de 2012 (nº recurso: 6460/2008) en su FD Séptimo precisa que: «Esta Sala no ha definido la naturaleza jurídica de la selección del urbanizador en el ordenamiento urbanístico valenciano, es decir que nunca se pronunció sobre el significado jurídico de la adjudicación de los Programas de Actuación Urbanística al agente urbanizador, sino que declaró que, *dada su finalidad*, tal adjudicación debía respetar los principios recogidos en la legislación estatal de contratos de las Administraciones públicas, *que había incorporado los principios que las tan repetidas Directivas comunitarias exigen en el procedimiento de adjudicación de los contratos públicos de obras o de servicio [...] Así las cosas, obligado resulta mantener el criterio jurisprudencial descrito, lo que determina la estimación del primer*

motivo de casación interpuesto por los recurrentes, en cuanto a la exigencia, en lo que ahora interesa, de las bases reguladoras del procedimiento de adjudicación del PAI litigioso, dada la infracción de los preceptos correspondientes del Real Decreto 2/2000, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas, así como de la normativa europea plasmada en las Directrices Europeas 93/37 y 2004/18 y de la Jurisprudencia que cita».

Como he dicho anteriormente, existen experimentados profesionales del derecho urbanístico que defienden la relevancia de estas resoluciones del Tribunal Supremo y de la STJUE de 26 de mayo de 2011, para concluir favorablemente sobre la aplicación de la legislación de contratos del sector público a las juntas de compensación cuando éstas externalicen las obras públicas de urbanización.

Ejemplo de ello es G. BALAGUER PALLÁS, que tras analizar las sentencias y afirmar como consecuencia la necesidad de someter el contrato entre Administración y agente urbanizador a la normativa de contratación pública, establece finalmente lo siguiente: «[...] Y de ello cabe deducir, y en esto radica la clave de la respuesta, que *tal consideración es extrapolable al contrato de obras que formalice la Junta de Compensación con el constructor, pues obsérvese que el motivo de someter dicho contrato al cumplimiento de tales principios radica en la finalidad de las obras y no en condición de Administración pública del órgano contratante o de su adscripción al sector público*» (53), incidiendo posteriormente en la idea de que para el TJUE lo determinante, en aras a la sujeción a las exigencias de contratación pública, es el tipo de obra que se pretenda ejecutar, no quien la contrate.

Con todo, así queda expuesto el criterio funcional de obra pública como elemento de arrastre hacia la contratación pública de los contratos de esa naturaleza, entre los que se encuentran por supuesto los de obras de urbanización. No obstante, a mi juicio es una postura que puede ser rebatida, siendo por ello de máximo interés el apartado que se presenta a continuación.

B) En contra de la aplicación de la legislación de contratos del sector público. Rechazo al criterio funcional de obra pública

Como bien nos recuerda A. J. Alonso Timón, (54) hasta no hace mucho la inmensa mayoría de obras de urbanización de nuestro país se ejecutaban mediante el sistema de compensación, es decir, a través de las juntas de compensación, las cuales, en aras a acometer dichas obras y de transformar

(53) G. BALAGUER PALLÁS (2017).

(54) A.J. ALONSO TIMÓN (2017: 3).

el suelo, celebraban todo tipo de contratos (de ejecución de obras, de arrendamiento de servicios, suministro, etc.). Pues bien, hasta hace relativamente poco tiempo, todos esos contratos, incluidos los propiamente relacionados con la ejecución de las obras de urbanización, se encontraban inequívocamente sujetos al Derecho privado.

Ocurre en tal contexto, que como no podía ser de otra forma, sigue existiendo doctrina y jurisprudencia que al no considerar las juntas de compensación como poderes adjudicadores, insisten en la tradicional conclusión de sostener la imposibilidad de aplicar las normas de contratación pública a estas entidades urbanísticas, anulando por tanto la aplicación del criterio funcional de obra pública.

Uno de los máximos exponentes en este sentido, es la STSJ de Madrid de 6 de junio de 2006 (nº recurso: 1067/2000), la cual a lo largo de su FD Segundo justifica la imposibilidad de extrapolar los pronunciamientos de la STJUE de 12 de julio de 2001 (asunto C-399/98) al sistema de compensación, fundamentando posteriormente la imposibilidad de aplicar la legislación de contratos del sector público a las juntas de compensación.

Así, en referencia a la STJUE de 12 de julio de 2001, comienza afirmando:

«Ahora bien, a pesar de la importancia de la sentencia citada, singularmente por posibilidad de aplicación de las reglas de publicidad de la Directiva por personas distintas de la entidad adjudicadora, prevista en el artículo 3, apartado 4 de la directiva, esta Sala, tras el minucioso estudio del pronunciamiento, no comparte que la doctrina contenida en la misma sea aplicable al caso que nos ocupa y, si no estamos en un error, la legislación italiana poco tienen que ver con la regulación del sistema de compensación en nuestro ordenamiento jurídico [...] En el caso examinado, existe otro elemento completamente diferente al que fue objeto de enjuiciamiento en el caso Scala 2001, y es que allí la condición del poder adjudicador se localizaba en el municipio, mientras que en el nuestro el poder adjudicador correspondería a la Junta de Compensación, debiendo dilucidarse si, a los efectos que nos ocupan, tiene la condición de organismo de derecho público».

Continúa en su argumentación aclarando que:

«El problema ha de situarse, no obstante, en la tarea que realiza la junta. La finalidad esencial de las juntas son la elaboración del proyecto de compensación y la ejecución de la obra de urbanización y su razón de ser es integrar solidariamente a los propietarios, debiendo notarse que en este sistema los propietarios realizan a su costa la urbanización, a través de la Junta».

Finalmente, impone su razonamiento en contra del criterio funcional de obra pública, ya que aun estando de acuerdo el Tribunal con que las obras de urbanización son verdaderas obras públicas, establece que *per se* no puede utilizarse como fundamento para defender la aplicación de la Ley de contratos:

«*Resulta evidente que la transformación de suelo a través de la urbanización se configura como una obra pública, pero no por ello, ni tampoco por el tratamiento de las Juntas como personas jurídico-administrativas que en régimen de autoadministración realizan la obra urbanizadora, implican la aplicación de las normas sobre contratación de las Administraciones públicas en orden al cumplimiento de los principios de publicidad y concurrencia.*».

Y ello debido a que:

«[...] caben dos modelos completamente diferentes de ejecución, unos públicos y otros privados, según se infiere sin dificultad del artículo 4 de la Ley 6/98, sobre régimen del suelo y valoraciones, siendo el caso más paradigmático de estos últimos el de gestión por compensación. *En el sistema de compensación se advierte sin dificultad una manifestación de la actividad empresarial de transformación del suelo, con compromiso de los derechos de propiedad y de la libre empresa (arts. 33 y 38 de la Constitución), a diferencia de los casos de actuación urbanística pública en los que se puede sacrificar la iniciativa económica privada.* Es más, en el estatuto del derecho de la propiedad configurado en la Ley 8/98 la urbanización se configuraba como un derecho o facultad de los propietarios del suelo, actuando independientemente o conjuntamente en el marco de las unidades de ejecución [...]».

Concluyendo por fin, lo siguiente:

«El control y dirección de la actuación urbanística, pues, no afecta a la iniciativa privada en orden a la ejecución propiamente dicha, que corresponde a la Junta como tal. *La tesis contraria, es decir, la de que la ejecución es pública y por ello sujeta a la legislación de contratos de las Administraciones públicas no afectaría solo a la selección del urbanizador, sino que derrumbaría la propia gestión por compensación, ya que la Administración al optar por ese sistema, impediría concurrir a otros empresarios, lo que no parece posible por la íntima conexión que existe entre el derecho de propiedad y el derecho a promover la transformación y a urbanizar, inherentes a nuestro sistema urbanístico.* La Sala concluye, pues, que *el sistema de gestión privada por compensación, implica el desarrollo de una actividad empresarial y, por tanto, no es aplicable la legislación sobre contratación pública, lo que conduce a la desestimación del recurso.*».

Debe subrayarse el esfuerzo argumental realizado por el TSJ madrileño para refutar una postura cuanto menos peculiar y que enriquece aún más si cabe el debate propuesto en este trabajo.

Lo que realmente está queriendo decir la Sala, es que las obras de urbanización cumplen una función pública una vez construidas y acabadas (aspecto sobre el que no existe discusión) (55), pero el proceso de construcción de

(55) El acceso rodado, las carreteras de acceso a los terrenos, los sistemas de abastecimiento de agua y de evacuación de aguas (ejemplos de obras públicas de urbanización) son infraestructuras de dominio público. Ningún particular es propietario de estos elementos, ni acaso la Administración, sino que son infraestructuras afectadas a cumplir funciones públicas.

los diferentes elementos constituyentes de la urbanización, posee en realidad naturaleza privada, ya que tales obras son una materialización de un derecho de propiedad previo de los propietarios sobre los terrenos cuya urbanización se lleva a cabo, siendo por tanto no más que una actividad empresarial la ejecución de tales obras de urbanización.

Con la misma filosofía encara el conflicto L. PAREJO ALFONSO, (56) argumentando que la ejecución en sí misma de la obra de urbanización es privada, siendo a partir de la cesión de la misma a la Administración, cuando pasará a ser pública con motivo de constituir un servicio público para el conjunto de la ciudadanía. Todo ello en atención al deber legal de entrega de la obra que impone el ordenamiento urbanístico. Esta postura también es compartida en similares términos por M. PARDO ÁLVAREZ (57).

Personalmente, no comparto esta teoría tendente a afirmar la naturaleza ambivalente entre el Derecho privado y el Derecho público de las obras de urbanización dependiendo de un momento u otro. Conuerdo con la conclusión final (no aplicación de la legislación de contratación pública a los contratos celebrados por las juntas de compensación), pero difiero de la razón utilizada para llegar a tal deducción. Es indiferente la naturaleza privada o pública de las obras de urbanización para aplicar o no aplicar la legislación de contratos del sector público. No puede servir como argumento defender el carácter privado de las obras de urbanización para su exclusión de la licitación, ya que su naturaleza es intrascendente para decidir su subsunción en el ámbito de aplicación de la normativa de contratación pública. Así se deduce de lo expuesto en el artículo 2.1 LCSP, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 1.2 Directiva 2014/24/UE.

Art. 2.1 Ley 9/2017:

«Son contratos del sector público y, en consecuencia, están sometidos a la presente Ley en la forma y términos previstos en la misma, los contratos onerosos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que celebren las entidades enumeradas en el artículo 3».

Art. 1.2 Directiva 2014/24/UE:

«Afectos de la presente Directiva, se entenderá por contratación la adquisición mediante un contrato público, de obras, suministros o servicios por uno o varios poderes adjudicadores a los operadores económicos elegidos por dichos poderes adjudicadores, con independencia de que las obras, los suministros o los servicios estén o no destinados a un fin público».

Es por esto mismo establecido en los dos preceptos traídos a colación por lo que tampoco conuerdo con el criterio funcional de obra pública, mediante el

(56) L.J. PAREJO ALFONSO (2002: 69 a 108).

(57) M. PARDO ÁLVAREZ (2002: 11 a 36).

cual se concluye que por el mero hecho de la naturaleza pública de las obras de urbanización, el contrato mediante el cual se externalice las mismas, debe someterse a las preceptivas reglas procedimentales de la contratación pública.

Siguiendo con el criterio funcional de obra pública, ocurre además que la interpretación realizada de las SSTJUE de 12 de julio de 2001 y 26 de mayo de 2011 para configurar esta teoría, supone, a mi juicio, una interpretación excesivamente extensiva de la literalidad de sus pronunciamientos. Ello es así, debido entre otras razones a que los supuestos de hecho abordados en ambas resoluciones están referidos a las relaciones entre la Administración y los agentes urbanizadores, no pudiendo ser extrapolable tal conflicto al de las juntas de compensación y las empresas constructoras que vayan a encargarse de la ejecución de las obras de urbanización, ya que tratan de dos relaciones que nada tienen que ver entre sí, más allá de consistir ambas en sistemas de ejecución del planeamiento. Por tanto, en este punto en concreto concuerdo con lo dicho por la STSJ de Madrid antes analizada.

Consecuentemente, ignorando la posibilidad de aplicar el criterio funcional de obra pública, y sobre la base de la imposibilidad de considerar a las juntas de compensación como un poder adjudicador, concuerdo en su totalidad con lo dispuesto en el Informe 44/2009, de 26 de febrero de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (58). Así, establece que:

«Aquí es donde las juntas de compensación se separan claramente del conjunto de requisitos exigidos por el artículo 3.1 h) de la Ley de Contratos del Sector Público. En efecto, la financiación de las juntas corre a cargo exclusivamente de los propietarios adheridos a las mismas y su control o gobierno es asumido por los órganos de representación de los propietarios, en los cuales a lo sumo habrá un representante del ayuntamiento. No se cumple, en consecuencia, el requisito de que la financiación recaiga sobre entidades del sector público ni el de que el control de los órganos de administración dirección o vigilancia corresponda a una de estas entidades. Dicho esto, es claro que las juntas de compensación, tal como aparecen reguladas en la legislación urbanística catalana *no tienen la consideración de entidades del sector público lo que evidentemente lleva consigo* que no les sea de aplicación en la contratación de sus obras, suministros o servicios la legislación de Contratos del Sector Público».

(58) La cuestión planteada en este Informe se reduce a determinar cuál es la naturaleza jurídica de las juntas de compensación previstas en la legislación urbanística de Cataluña, y, en base a ello, si les es de aplicación o no la legislación de contratos del sector público. Sin embargo, lo dispuesto en este informe también repercute a las juntas de compensación reguladas en las restantes legislaciones urbanísticas de carácter autonómico, ya que la naturaleza jurídica de estas entidades es unánime en todo el territorio nacional: entidades que no son administraciones públicas, pero que poseen personalidad jurídica propia y capacidad para llevar a cabo sus propios fines, así como compuestas por los propietarios de los terrenos cuya urbanización deviene obligatoria.

Así, insiste de nuevo:

«Las juntas de compensación previstas y desarrolladas en la Ley de Urbanismo de Cataluña y en el Reglamento que la desarrolla no tienen la consideración de entidades del Sector Público y, por consiguiente, no les es de aplicación la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público ni sus disposiciones complementarias o de desarrollo».

Como puede observarse el argumento detonante para la no aplicación de la legislación de contratos a la actividad contractual de las juntas de compensación debe basarse en un criterio clasificatorio (59). Es decir, al no poder subsumir estas entidades urbanísticas en ninguno de los entes constituyentes del sector público español (art. 3 LCSP) y tampoco en el concepto de poder adjudicador, deviene imposible la aplicación de la normativa de contratación pública, ya que de lo contrario supondría erosionar los principios subjetivos de la legislación de contratos, entrando en interpretaciones netamente incompatibles con el espíritu y literalidad del articulado de la LCSP.

Por ende, al considerar a las juntas de compensación como entidades urbanísticas excluidas tanto del escalafón de poder adjudicador como del ámbito de aplicación de la LCSP, ello supondrá por sí mismo, la imposibilidad de someter la externalización de las obras de urbanización a las exigencias de la contratación pública. El contrato de obras públicas de urbanización celebrado por las juntas de compensación se deberá regir por el Derecho privado. Es decir, los propietarios de los terrenos podrán contratar a la empresa constructora de su elección sin necesidad de iniciar un procedimiento de contratación pública para ello.

VI. ESPECIALIDAD DE LA NORMATIVA FORAL NAVARRA (60)

Así como la normativa estatal de contratación pública (LCSP) omite cualquier mención expresa acerca de la inclusión de las obras públicas de urba-

(59) Con la misma filosofía fundamenta FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, defendiendo la no aplicación de la ley de contratos públicos al contrato de obras de urbanización debido a la propia naturaleza de las juntas de compensación. Afirma pues, que al suponer estas un claro ejemplo de «autoadministración» donde la Administración delega plenamente la función pública de gestión y ejecución del planeamiento, pueden llegar incluso a denominarse como «corporaciones de derecho público con base privada», siendo ello definitivo para decidir sobre su exclusión del ámbito de aplicación de la legislación de contratos públicos. T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2011: 15 a 20).

(60) La Comunidad Foral de Navarra, en uso de sus derechos históricos, aprobó el 14 de noviembre de 1986 su primera Ley de Contratos, teniendo en aquel entonces una finalidad de mera acomodación de la legislación foral a la legislación estatal de contratos. Es con la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, cuando se ejerce por primera vez de forma uniforme y plena la competencia legislativa exclusiva de la Comunidad Foral de Navarra en materia de contratación pública, reconocida así por el artículo 49.1.d) de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral.

nización en su ámbito de aplicación, la normativa foral navarra dedica un precepto exclusivo (art. 5) a ampliar los efectos de la norma de contratación sobre específicos objetos contractuales, con independencia de si la entidad contratante trata de una de las entidades del sector público o no. Entre esos objetos contractuales se encuentran las obras públicas de urbanización a ejecutar por las juntas de compensación.

De tal manera, la norma foral erradica de raíz el conflicto sobre el que se ha sustentado este trabajo en relación con la normativa estatal de contratación pública, que al no hacer mención alguna sobre su aplicación a las obras públicas de urbanización externalizadas por las juntas de compensación, esteriliza la opción de someter a contratación pública la contratación de la empresa constructora para la construcción de esas obras públicas de urbanización.

Sin embargo, no todo pueden ser halagos para el Ordenamiento navarro, y ello debido a que el Derecho foral patina considerablemente en cuanto a la clasificación de las juntas de compensación como poderes adjudicadores. No tanto por considerarlas o no como tales, sino más bien por la incongruencia normativa en la que recae el Derecho navarro. Ello es lo que ahora justifica el estudio de los puntos presentados a continuación.

1. Las juntas de compensación como poderes adjudicadores

El artículo 165.6 del Decreto Foral Legislativo 1/2017, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Foral de Ordenación del Territorio y Urbanismo (TRLFOTU), establece por imperativa legal la condición de poder adjudicador de toda junta de compensación que emprenda la ejecución de obras de urbanización, siendo por tanto contrario en este sentido al artículo 156.2 del Decreto-Legislativo 1/2014, de 8 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Urbanismo de Aragón.

Art. 165.6 TRLFOTU: «Las *Juntas de Compensación* y Reparcelación, en su condición de entidades colaboradoras de la Administración pública, tienen la consideración de poder adjudicador a los efectos de la normativa sobre contratación pública, en tanto en cuanto ejecuten obra pública de urbanización».

Sin embargo, esta inclusión de las juntas en el concepto de poder adjudicador, contrasta con la literalidad de los artículos 5 d) y 9.1 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos (en adelante, LFCP), los cuales excluyen expresamente a las juntas de compensación del ámbito subjetivo de la norma y como consecuencia exceptúan a estas entidades de la condición de poderes adjudicadores. Así, los preceptos:

Art. 9.1 LFCP: «Se denominarán poderes adjudicadores a las entidades incluidas dentro del ámbito de aplicación subjetivo de esta ley foral».

Art. 5 d) LFCP: «Se encuentran igualmente sometidos a esta ley foral por su objeto los siguientes contratos *de entidades no incluidas dentro del ámbito subjetivo de esta ley foral*: [...] d) Los contratos de *juntas de compensación* y entidades análogas cuando ejecuten sistemas generales u obras públicas de urbanización».

Esta aparente contradicción entre ambos cuerpos normativos forales, podría llegar a salvarse en caso de interpretarse el artículo 9.1 como un precepto abierto, orientado a un espíritu *numerus apertus* en vez de *numerus clausus*, ya que no utiliza adverbios como «exclusivamente» o «únicamente», sino que simplemente se limita a decir que: «Se denominarán poderes adjudicadores a las entidades incluidas dentro del ámbito de aplicación subjetivo de esta ley foral», de lo cual podría deducirse que no excluye (al menos expresamente) la posibilidad de que otras normas forales también otorguen la condición de poder adjudicador a otras entidades. No obstante, el gran esfuerzo interpretativo que habría que hacer para ello, no hace más que erigirse como un indicio clarividente de que la finalidad del legislador con este artículo 9.1 no fue otra que la de limitar la condición de poder adjudicador a las entidades incluidas en el ámbito subjetivo de la LFCP (61), confirmándose pues, la contradicción entre ambos cuerpos legales.

Por tanto, la pregunta ahora es, ¿tiene trascendencia tal contrariedad, o simplemente es un error anecdótico? En la LCSP desde luego que tendría, ya que la regulación a aplicar resulta diferente dependiendo de si la entidad se trata de un PANAP o de una entidad del sector público sin la condición de poder adjudicador (62). Respecto a la LFCP, en efecto, también tiene relevancia ser o no ser poder adjudicador. Ejemplo de ello, es el Capítulo I del Título I diseñado en exclusiva para los poderes adjudicadores, así como diversos preceptos que a lo largo del articulado matizan su aplicación únicamente respecto a poderes adjudicadores (63).

Es cierto no obstante, que artículos como el 34.4 de la Ley Foral podrían hacer dudar sobre la trascendencia real de ser poder adjudicador o no. Así, establece que:

(61) Además, hay que recordar que el concepto de poder adjudicador es propiedad de la UE, no siendo disponible por los legisladores estatales o autonómicos de los Estados Miembros. Así como las entidades del artículo 4 LFCP (ámbito subjetivo de aplicación) cumplen holgadamente los requisitos para ser poder adjudicador según la Directiva 2014/24/UE, no ocurre lo mismo con las juntas de compensación, cuya naturaleza como poder adjudicador, tal y como se ha estudiado durante este trabajo, es al menos cuestionable y debatible.

(62) La LCSP, regula dentro del Libro III dos Títulos diferentes, discerniendo de esta manera entre la regulación aplicable a los PANAP y la aplicable a otros entes del sector público sin el carácter de poder adjudicador.

(63) Vid. arts. 8.5; 10.1; 10.2; 11.1; 17.2. a) y b); 22.1.m); 23.4; 34.2; 35.1.b) y c); 36.1; 38.1; 42.10; 82.1; 118.2; 120.1; 120.2 LFCP.

«Los contratos que celebren el resto de entidades públicas que no tengan la consideración de poder adjudicador, deberán respetar en su adjudicación los principios de igualdad, no discriminación, transparencia, publicidad y libre concurrencia».

Precepto dirigido claramente a las entidades enumeradas en el artículo 5 de la Ley Foral, entre las que se encuentran las juntas de compensación. Sin embargo, artículos como el 35.4, vuelven a confirmar la importancia en la distinción entre poderes adjudicadores y no poderes adjudicadores:

«El orden jurisdiccional civil, de acuerdo con su normativa reguladora, será el competente para resolver las controversias que surjan en relación con los contratos celebrados por entidades públicas que no tengan la consideración de poder adjudicador».

Todo ello ratifica la trascendencia real de la contradicción entre las normas forales de contratación pública y urbanismo acerca de la categorización como poder adjudicador de las juntas de compensación, cuya aclaración por parte de la jurisprudencia navarra o incluso del legislador navarro, podría llegar a ser recomendable. Por lo demás, el hecho en sí mismo de considerar o no considerar a las juntas de compensación como poder adjudicador, no merece ser criticado a la vista de la división doctrinal y jurisprudencial existente respecto a ello.

2. Cobertura del artículo 5 d) LFCP

El precepto además de reconocer la aplicación de la ley de contratos a las juntas de compensación, también delimita su ámbito objetivo concretando los supuestos contractuales en los que los principios de la contratación pública devienen de preceptiva aplicación, estableciendo en este sentido, que se encuentran igualmente sometidos a la ley foral: «los contratos de juntas de compensación y entidades análogas cuando ejecuten sistemas generales u obras públicas de urbanización».

Son diversas las preguntas que subyacen del precepto, ¿Qué debe entenderse por entidades análogas? ¿y por sistemas generales? ¿se diferencian estos últimos de las obras públicas de urbanización?

Comenzando por la referencia de «entidades análogas» a las juntas de compensación, debe decirse que ante la falta de aclaración jurisprudencial al respecto, parece lógico pensar que serán entidades análogas a las juntas de compensación, aquellas otras entidades también consideradas como entidades urbanísticas colaboradoras según la normativa foral.

En este sentido, el artículo 55.2 del Decreto Foral 85/1995, de 3 de abril (64), establece:

(64) Este reglamento urbanístico fue el encargado de desarrollar la Ley Foral 10/1994, de 4 de julio, de ordenación del territorio y urbanismo. Norma esta última, a día de hoy,

«2. Son Entidades urbanísticas colaboradoras:

- a) *Las Juntas de Compensación.*
- b) *Las Asociaciones administrativas de propietarios en el sistema de cooperación.*
- c) *Las Comisiones gestoras en el sistema de ejecución forzosa.*
- d) *Las Entidades de conservación».*

Consecuentemente, las asociaciones administrativas de propietarios del sistema de cooperación y las comisiones gestoras del sistema de ejecución forzosa deberán entenderse como entidades análogas a las juntas de compensación, no así las entidades de conservación ya que éstas últimas no tienen como finalidad ejecutar obras de urbanización, sino que tienen «el deber de conservación de las obras de urbanización» una vez estas acabadas (65).

En segundo lugar, en cuanto al significado de «sistemas generales» y su diferenciación que realiza el precepto con respecto a las «obras públicas de urbanización», hay que aclarar ciertas cuestiones.

Tal diferenciación a mi forma de ver no tiene mucho sentido, debido a que en la práctica urbanística se urbanizan, mediante la ejecución de las requeridas obras de urbanización, sistemas generales o dotaciones locales, diferenciándose los unos de los otros.

Por ello, posiblemente, una formulación más idónea del precepto, *lege ferenda*, podría ser la siguiente: «Los contratos de juntas de compensación y entidades análogas cuando ejecuten obras públicas de urbanización en desarrollo de sistemas generales o dotaciones locales».

Más si cabe cuando el artículo 165.6 de la norma urbanística navarra, únicamente menciona a las obras de urbanización, no haciendo referencia alguna a los sistemas generales: «Las Juntas de Compensación y Reparación, en su condición de entidades colaboradoras de la Administración pública, tienen la consideración de poder adjudicador a los efectos de la normativa sobre contratación pública, en tanto en cuanto ejecuten obra pública de urbanización».

derogada, al igual que su sucesora (Ley Foral 35/2002, de 20 de diciembre). Sin embargo, el citado reglamento sigue en vigor ya que desde entonces no se ha aprobado ninguna otra norma reglamentaria, no teniendo tampoco normativa de desarrollo el vigente Decreto Foral Legislativo 1/2017, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Foral de Ordenación del Territorio y Urbanismo.

(65) Así lo determinan los puntos segundo y tercero del artículo 56 del Decreto Foral 85/1995. Debe matizarse que la funcionalidad de estas entidades sólo cobra sentido cuando se haya motivado en el planeamiento la exceptuación de la Administración del deber legal de conservación de las obras de urbanización. Supuesto que ha originado y origina múltiples conflictos en la práctica y de cuyo conocimiento podría estructurarse, sin duda alguna, un trabajo único e independiente a este.

Acerca del concepto de «sistemas generales», resulta procedente traer a colación la STSJ de Navarra, de 26 de noviembre de 2015 (nº recurso: 15/2014) (66), en cuyo FD quinto establece: «Esta Sala ha venido reiterando la distinción entre sistemas generales y locales. Ya nuestra STSJ Navarra de fecha 30-12-2008 —Ap 228/2008— (y otras anteriores: STSJ Navarra de fecha 19-11-1999 —Rc211/1996; 16-1-2003 Rc 302/1999—...) señalaba que: “Lo que diferencia a los sistemas generales de las dotaciones locales es que los primeros constituyen infraestructuras o equipamientos al servicio de las necesidades de la ciudad en su conjunto, mientras que las segundas están exclusivamente al servicio de una o de varias unidades de actuación”».

Doctrina que debe ponerse en relación con el artículo 10 Decreto Foral 85/1995, donde se enumeran en forma de *numerus clausus* los diferentes elementos que obedecen a esas infraestructuras o equipamientos al servicio de las necesidades de la ciudad en su conjunto.

A mayor abundamiento en cuanto qué debe entenderse por sistemas generales, así como la importancia de su diferenciación de las dotaciones locales (o también llamados sistemas locales), resultan muy interesantes por su detallada explicación, las SSTS de 3 de diciembre de 2015 y 18 de enero de 2016 (nº recurso: 2030/2014 y 1096/2014, respectivamente), en cuyos FD Octavo y Décimo, en *obiter dicta* rezan en este sentido:

«Tales razonamientos resultarían suficientes para desestimar el motivo, si bien conviene aclarar que, *las dotaciones públicas de carácter general o sistemas generales se definen porque dan servicio y cumplen unas funciones que abarcan más de un ámbito de planeamiento. En este sentido ordenan estructuralmente la ciudad, estableciendo zonas de espacios libres, equipamientos colectivos públicos y privados, infraestructuras como suministro y saneamiento de aguas, electricidad, alumbrado, telecomunicaciones y otros servicios que puedan establecerse.*

Por el contrario, las dotaciones locales se entienden como el conjunto de espacios libres, infraestructuras, equipamientos colectivos públicos y privados, definidos por la ordenación pormenorizada, cuya funcionalidad o ámbito al que prestan servicio es el correspondiente a las personas residentes en un área o sector concreto».

Y aprovechan para recordar la trascendencia de su distinción:

«La diferenciación entre una dotación pública de carácter general o sistema general y una dotación pública local o sistema local es *importante por las diferentes responsabilidades que se derivan para los propietarios en un caso o en otro. Los sistemas generales, al dar respuesta a todo el ámbito municipal o a una gran parte*

(66) En mismo sentido, la STSJ de Navarra, de 5 de junio de 2020 (nº recurso: 437/2016).

de él, exigen que el coste de su obtención se distribuya entre toda la ciudadanía. Si por el contrario se está ante una dotación local, las responsabilidades de los propietarios de los terrenos son diferentes ya que los beneficiados por la construcción de esas infraestructuras son los residentes de ese ámbito concreto determinado y no el municipio en general».

Con todo, estas son las consideraciones más relevantes reguladas en la normativa foral sobre las juntas de compensación, de donde cabe extraer una conclusión muy clara: existe confusión acerca de la clasificación como poderes adjudicadores de las juntas de compensación, pero desde luego, no existe duda alguna sobre la aplicabilidad de la normativa foral de contratos públicos a estas entidades urbanísticas en cuanto ejecuten obras públicas de urbanización. Y todo ello, gracias a la mención expresa de tal inclusión por parte del artículo 5 d) LFCE. Bien podría aprender de ello la norma estatal de contratación pública.

V. CONCLUSIONES

1) La no concurrencia en las juntas de compensación de los requisitos de carácter cumulativo previstos en el artículo 2.1.4) de la Directiva 2014/24/UE para adquirir la condición de organismos de Derecho público, supone la imposibilidad de categorización de tales entidades urbanísticas como poderes adjudicadores a los efectos de la normativa estatal de contratación pública.

No obstante, la legislación foral en materia urbanística eleva las juntas de compensación constituidas en territorio navarro, a la categoría de poder adjudicador cuando estas ejecuten obras públicas de urbanización, a pesar de contradecir en este punto a lo dispuesto en la propia legislación foral de contratos públicos, la cual excluye expresamente dicha posibilidad.

2) La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público no es aplicable a ni a los contratos de obras públicas de urbanización ni a ninguna otra manifestación negocial de las juntas de compensación, y ello debido al criterio subjetivo de aplicación y exclusión de dicha norma, mediante el cual únicamente aquellas entidades integrantes del sector público institucional se someterán a su articulado. Por tanto, al no ser las juntas de compensación subsumibles en las categorías de Administración pública, poder adjudicador u otras entidades enumeradas en el artículo 3 de la ley, deben quedar excluidas del ámbito de aplicación de la normativa de contratación pública.

3) Como consecuencia de la conclusión anterior, deviene insostenible la teoría doctrinal defendida por determinados autores y positivizada en la legislación aragonesa basada en el «criterio funcional de obra pública» por medio del cual, la normativa de contratación pública debería aplicarse a los

contratos de obras públicas de urbanización por la única razón del carácter público de dichas obras. La naturaleza jurídica de las obras es indiferente para determinar la sumisión a la LCSP, siendo, por el contrario, determinante la naturaleza de la entidad que celebre el contrato.

4) La no sujeción de las juntas de compensación a la normativa estatal de contratación pública no es extrapolable a las juntas de compensación constituidas en territorio navarro, ya que la norma foral de contratos públicos prevé expresamente la sumisión de los contratos de las juntas de compensación que ejecuten obras públicas de urbanización a los procedimientos y exigencias preceptivas contenidas en la legislación navarra de contratación pública.

VI. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- ALONSO TIMÓN, Antonio Jesús (2017): «Urbanismo y Contratación, una larga relación. ¿En qué medida afecta la nueva Ley de Contratos del Sector Público al urbanismo?», en *Revista de Urbanismo El Derecho*, 57, pp. 3.
- BALAGUER PALLÁS, Guillermo (2017): «Procedimiento para la formalización del contrato de obras de una junta de compensación urbanística», en *Balaguer & Asociados*, de 7 de junio de 2017. Recuperado de: (balaguerysociados.com).
- BAÑO LEÓN, José María (2004): «El mercado público de las obras de urbanización. Notas sobre las consecuencias de la Sentencia Scala 2001», en *Cuadernos de derecho local*, 4, 31 a 34.
- BARNES VÁZQUEZ, Javier (2007): «El reparto de competencias en materia de urbanismo. El vicio de incompetencia», en *Fundación Democracia y Gobierno Local*, 5, pp. 28.
- BUSTILLO BOLADO, Roberto Orlando (2002): «Derecho urbanístico y concurrencia en la adjudicación de contratos públicos de obras: la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 12 de julio de 2001», en *Revista de urbanismo y edificación*, 5, pp. 117 a 134.
- (2006): «Obras de urbanización en el sistema de compensación y principios de publicidad y concurrencia en la contratación pública: comentario a la STSJ de Madrid de 6 de junio de 2006», en *Revista de urbanismo y edificación*, 14, pp. 85-96.
- CAÑAS LABAIRU, Julián Ignacio (2006): «Las Juntas de Compensación y la Ley Foral 6/2006, de Contratos de las Administraciones Públicas», en *Revista Jurídica de Navarra*, 42, pp. 149 a 156.
- CERVANTES MARTÍN, Ángel José (2019): «Contratación Pública y Urbanismo», en *Revista Gabilex*, Extraordinario, pp. 32.
- CRIADO SÁNCHEZ, Alejandro Javier (2020): «La aplicación o no de la ley de contratos del sector público a la Junta de Compensación y al agente urba-

- nizador», en José Manuel MERELO ABELA y Alejandro Javier CRIADO SÁNCHEZ (coords.), *Cuestiones jurídicas de actualidad sobre planeamiento y gestión urbanística*, Wolters Kluwer, pp. 269 a 281.
- DÍEZ SASTRE, Silvia (2017): «La contratación de los entes del sector público que no son Administración Pública», en *Anuario Aragonés del Gobierno Local*, 9, 305-347.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón (1995): *Manual de derecho urbanístico*, Madrid, Ed. Abella El consultor.
- (2002): «La Sentencia del TJCE de 12 de julio de 2001 (asunto “proyecto Scala 2001” y su impacto en el ordenamiento urbanístico español)», en *Documentación administrativa*, 261-262, pp. 11 a 26.
 - (2011): «La gestión urbanística y las directivas de contratos: ¿el final de un erredo?», en *Actualidad jurídica Aranzadi*, 813, pp. 15 a 20.
- GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, Francisco (2018): «Urbanismo y Contratación tras el TRLS de 2015 y la LCSP de 2017», en *Abogados y Urbanismo*, de 31 de enero de 2018. Recuperado de: (abogados-urbanismo.blogspot.com).
- GIMENO FELIÚ, José María (2007): «Actividad urbanística y Contratos Públicos: la lógica de la publicidad y concurrencia en las infraestructuras públicas», en esta REVISTA, Monografía nº 9, pp. 173.
- (2007): «El urbanismo como actividad económica y mercado público: la aplicación de las normas en contratación pública», en *Revista de Administración Pública*, 173, pp. 63 a 100.
 - (2018): «Ser o no ser poder adjudicador. ¡Esa no es la cuestión!», en *Observatorio Contratación Pública*, Boletín del Observatorio de Contratación Pública, mayo 2018, pp. 7.
- GÓMEZ MANRESA, María Fuensanta (2010): *Urbanismo y contratación pública*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi.
- MAZÁN BAEZA, Rafael (2012): *Jurisdicción aplicable a las juntas de compensación en el contrato de obras de urbanización*, Andalucía, Unia.
- MENÉNDEZ REXACH, Ángel (2009): «Contratación y urbanismo. Contratación y sistema de obra urbanizadora. Otras modalidades de ejecución de las obras de urbanización», en Jesús COLÁS TENAS y Manuel MEDINA GUERRERO (coord.), *Estudios sobre la Ley de contratos del sector público*, Barcelona, Fundación Democracia y Gobierno Local, pp. 535 a 584.
- MÍNGUEZ JIMÉNEZ, Francisco (2002): «Las juntas de compensación. Análisis tributario», en *Notarios y Registradores*, 3 de diciembre de 2002. Recuperado de: notariosyregistradores.com.
- PARDO ÁLVAREZ, María (2002): «El derecho a urbanizar: ¿sumisión a la Ley de Contratos?», en *Revista Derecho del Urbanismo y del Medio Ambiente*, 198, pp. 11 a 36.

- PAREJO ALFONSO, Luciano José (2002): «La cuestión de inconstitucionalidad de la figura urbanística del urbanizador en su concreta versión original, la de la legislación valenciana», en *Revista Documentación Administrativa*, 261-262, pp. 69 a 108.
- RAMÍREZ SÁNCHEZ, Jesús María (2006): «La Ley Foral 6/2006, de contratos públicos de Navarra y su aplicación por las Juntas de Compensación y demás entidades urbanísticas», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 228, pp. 101 a 128.
- SERNA BARDAVÍO, Daniel (2018): «Contratación pública y urbanismo. Novedades a la luz de la Ley de Contratos del Sector Público», en *Contratación administrativa práctica*, 158.
- (2020): «Juntas de compensación y contratación pública: análisis de la cuestión desde la figura del poder adjudicador», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 54, pp. 53 a 113.
- SUAY RINCÓN, José (2016): «Urbanismo y contratación pública, jurisprudencia nacional y europea», en Francisco Lorenzo HERNÁNDEZ GONZÁLEZ (coord.), *El impacto de la crisis en la contratación pública: España, Italia, Francia, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi*, pp. 307-336.
- TEJEDOR BIELSA, Julio César (2003) «Los sistemas de actuación entre la tradición y la modernidad. Su configuración como esquemas típicos de relación en la ejecución de la obra pública urbanizadora», en *Revista de urbanismo y edificación*, 6, pp. 61 a 91.
- (2013) «La contratación de la obra de urbanización en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 280, pp. 103-132.

UNA APROXIMACIÓN AL OBJETO DE LA EVALUACIÓN DEL DESEMPEÑO DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS EN LA CARRERA ADMINISTRATIVA HORIZONTAL (*)

ROGER CÀMARA MAS

Responsable de los Servicios Jurídicos del Ayuntamiento del Vendrell
Investigador Predoctoral del Departament de Dret Públic
Universitat Rovira i Virgili

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. LA CONDUCTA PROFESIONAL: 1. El puesto de trabajo y los perfiles de competencias profesionales.–2. Los diccionarios de competencias.– III. EL RENDIMIENTO O EL LOGRO DE RESULTADOS.– IV. LOS FACTORES DE EVALUACIÓN: 1. El compromiso con la organización. 2. El uso adecuado de los recursos laborales. 3. El cumplimiento de la jornada y del horario laboral. 4. La adquisición y el desarrollo de conocimientos. La formación.– V. CONCLUSIONES.– VI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: El presente artículo tiene como finalidad el análisis del objeto de la evaluación del desempeño, en el marco de la carrera administrativa horizontal, con una especial referencia a la Administración Local. Esta constituye un factor esencial en el desarrollo de cualquier sistema de carrera horizontal, como uno de los elementos determinantes que posibilitan el desarrollo profesional de los empleados públicos. La elaboración de una relación de puestos de trabajo, la definición de perfiles competenciales o la dirección por objetivos, son aspectos que deberán observarse en la implantación de la evaluación del desempeño.

Palabras clave: carrera profesional; carrera administrativa horizontal; administración local; evaluación del desempeño; función pública.

AN APPROACH TO THE OBJECT OF PERFORMANCE ASSESSMENT OF CIVIL SERVANTS IN THE HORIZONTAL ADMINISTRATIVE CAREER

ABSTRACT: The purpose of this article is to analyze the object of performance evaluation, within the framework of the horizontal administrative career, with special reference to the Local Administration. The latter constitutes an essential factor in the development of any horizontal career system, as one of the determining elements that enable the professional development of public employees. The preparation of a list of

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA con fecha 15/09/2022 y evaluado favorablemente para su publicación el 30/11/2022.

jobs, the definition of competency profiles or management by objectives, are aspects that should be observed in implementing performance evaluation.

Key words: professional career; horizontal administrative career; local government; performance evaluation; civil service.

I. INTRODUCCIÓN

La evaluación del desempeño es un aspecto clave en el marco de la modernización de nuestras administraciones públicas. Supone la introducción de un mecanismo esencial para conocer el rendimiento y el desarrollo profesional de cada empleado, que permite obtener una información necesaria en orden a la mejora continua de las organizaciones públicas. Fue una de las novedades que incorporó la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, con una previsión generalista para todas las administraciones públicas.

El artículo 20 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP en adelante) dispone la obligación de establecer sistemas que permitan la evaluación del desempeño de sus empleados. Pese a ser una figura que despliega efectos en diferentes ámbitos, sólo será examinada desde la óptica de su integración en la carrera administrativa horizontal (1). Esta debe ocupar un papel fundamental en esta modalidad de carrera profesional, como un elemento determinante en orden a permitir los ascensos en los sucesivos niveles de carrera establecidos.

En cualquier caso, en virtud de la Disposición final cuarta del TREBEP, el legislador básico ha demorado la eficacia de la aplicación de esta institución, conjuntamente con las disposiciones en materia de carrera profesional contempladas en el capítulo II del Título III del TREBEP, hasta que no entren en vigor las leyes de Función Pública que se dicten en su desarrollo. De forma acertada, a la vista de la complejidad de ambas materias, y al ser cuestiones novedosas y desconocidas en nuestras administraciones públicas, se optó por esta transitoriedad en orden a permitir un proceso pausado de análisis y reflexión, siguiendo las recomendaciones del Informe de la Comisión de expertos para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público (Instituto Nacional de Administración Pública [INAP], 2005, p. 109). Una transitoriedad que se ha dilatado a lo largo del tiempo en algunas comunidades autónomas,

(1) El artículo 20.3 del TREBEP determina que las Administraciones Públicas determinarán los efectos de la evaluación en la carrera profesional horizontal, la formación, la provisión de puestos de trabajo y en la percepción de las retribuciones complementarias previstas en el artículo 24 del presente Estatuto.

como en el caso de Cataluña, ante la falta de desarrollo legislativo del TREBEP. No obstante, parece que este escenario cambiará en el futuro, al haberse publicado la noticia que se procederá a la consulta pública de una nueva ley de función pública catalana (2).

La evaluación del desempeño constituye un proceso complejo, conformado por distintas fases, y en el que intervienen diferentes actores. En el marco de este proceso, uno de los elementos importantes a considerar es el propio objeto de la evaluación, es decir, qué aspectos deben valorarse como determinantes para medir el desarrollo profesional de los empleados. Al respecto, el legislador básico ha delimitado el ámbito que necesariamente debe ser objeto de medición y evaluación: la conducta profesional y el rendimiento o el logro de resultados (3). Este ámbito objetivo es en parte coincidente con los elementos que el legislador básico establece como preceptivos en orden a determinar el progreso de los empleados en la carrera administrativa horizontal (4). La trayectoria y actuación profesional, así como la calidad de los trabajos realizados, son factores que a nuestro juicio pueden considerarse comprendidos en la conducta y el rendimiento profesional, a pesar que el artículo 17 b) del TREBEP se refiera de forma explícita al resultado de la evaluación del desempeño de forma diferenciada.

II. LA CONDUCTA PROFESIONAL

El diccionario de la Real Academia Española de la Lengua define en su octava acepción el término «conducta», como el conjunto de las acciones con que un ser vivo responde a una situación. Trasladando este concepto en el ámbito de las relaciones laborales, la conducta profesional es el comportamiento que tiene el empleado en el seno de la organización. Es preciso señalar que la conducta evaluable es sólo la de carácter laboral, de manera que se excluyen aquellos comportamientos predicables de las personas que son ajenos a las relaciones de trabajo (5).

(2) Generalitat de Catalunya (2022). *S'aprova el primer tràmit de la llei d'ocupació de Catalunya* [Nota de premsa]. <https://web.gencat.cat/ca/actualitat/detall/Saprova-el-primer-tramit-de-la-lllei-docupacio-publica-catalana>.

(3) El segundo párrafo del artículo 20 del TREBEP define la evaluación del desempeño como el procedimiento mediante el cual se mide y valora la conducta profesional y el rendimiento o el logro de resultados.

(4) El artículo 17 b) del TREBEP dispone que se deberá valorar la trayectoria y actuación profesional, la calidad de los trabajos realizados, los conocimientos adquiridos y el resultado de la evaluación del desempeño. Podrán incluirse asimismo otros méritos y aptitudes por razón de la especificidad de la función desarrollada y la experiencia adquirida.

(5) En este mismo sentido se pronuncian M. GORRITI BONTIGUI y J. LÓPEZ BASTERRA (2009).

En el ámbito laboral, pueden distinguirse tres tipos de desempeños (6):

- a) El desempeño por tarea (*task performance*). Este desempeño se encuentra vinculado a las funciones y cometidos del puesto, a los conocimientos necesarios, a las destrezas, habilidades y aptitudes requeridas para una buena ejecución del mismo. Se evalúa cómo los empleados ejecutan las tareas asignadas al puesto de trabajo. Para ello, las administraciones deberán perfilar previamente el contenido funcional de cada puesto.
- b) El desempeño contextual (*contextual performance organizacional*) o conductas productivas (*citizenship behavior*). Es la forma en la que el empleado se relaciona con el contexto organizativo, y tiene que ver con aquellas conductas de colaboración, cooperación con el resto de empleados, compromiso y lealtad con la organización, respeto a las reglas y adhesión a objetivos corporativos.
- c) Conductas contraproducentes (*counterproductive behaviors*). Son aquellas que son contrarias a los intereses de la organización, e inciden negativamente en el funcionamiento de la misma y en la prestación de los servicios públicos. Estas conductas pueden identificarse con las faltas disciplinarias tipificadas en el ordenamiento jurídico, cuyo incumplimiento es objeto de reproche por la misma organización.

M. GORRITI BONTIGUI (2012: 259-281), en base al estudio efectuado por GRUYS y SACKETT (2003), cita las conductas contraproducentes más probables en las que los empleados pueden incurrir, ordenadas de más a menos frecuentes:

- Uso de correo electrónico para fines personales.
- Hacer fotocopias de material propio en el trabajo.
- Usar internet para fines no relacionados con el trabajo.
- Hacer negocios personales en tiempo de trabajo.
- No leer/conocer las directivas de seguridad.
- Tiempo excesivo y no aprobado para comidas o café.
- Discutir con un compañero de trabajo.
- Perder el tiempo durante el trabajo.
- Hacer llamadas personales a larga distancia.
- Fingir una enfermedad para no ir a trabajar.

La evaluación de la conducta profesional implica poner el foco de atención en «cómo» se trabaja, con independencia de los resultados obtenidos, es decir, del producto del trabajo realizado. Como se puede advertir, el primer problema que se nos plantea es definir qué conductas deberán valorarse como

(6) J.V. CORTÉS CARRERES (2009: 8-10).

comportamientos relevantes, para señalar en segundo término cuáles serán los parámetros para su evaluación, que determinarán si aquella conducta en concreto es o no adecuada, y en qué medida.

A diferencia de otros ámbitos profesionales, el TREBEP contempla un Código de Conducta para los empleados públicos en el artículo 52, configurado por un conjunto de principios éticos y de conducta, establecidos en los artículos 53 y 54 de la misma norma (7). El legislador básico ha predeterminado qué conductas deben observarse en sentido positivo, y las que no deben realizarse, en un sentido negativo. No obstante, será cada entidad local la que deberá aprobar sus propios códigos de conducta (8).

Los principios éticos del artículo 53 del TREBEP constituyen los criterios que deben inspirar la conducta moral de los empleados en el desarrollo de su trabajo. El precepto recoge un total de 12 principios, de distinta índole, si bien puede afirmarse que casi la totalidad de ellos presentan un marcado carácter generalista. Por este motivo, al ser principios que se mueven en el campo de la ética y la moral, son difíciles de medir y evaluar de forma objetiva. El único criterio plenamente objetivable es el previsto en el apartado décimo del precepto, consistente en el deber de resolver los expedientes o procedimientos dentro del plazo legalmente previsto. Sin embargo, a pesar de ser susceptible de evaluación, al ser la traslación de un deber de carácter imperativo establecido en el artículo 21.6 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, cuyo incumplimiento acarrea responsabilidad disciplinaria, no tendría sentido verificar su grado de cumplimiento, porque el empleado público debe observarlo sin ningún género de dudas (9).

El segundo grupo de principios que conforman el Código de Conducta son los relativos a la conducta que tipifica el artículo 54 del TREBEP. Al igual que

(7) Tal como se establece en el propio preámbulo del TREBEP, el estatuto del empleado público no sólo está integrado por un conjunto de derechos, sino también por un conglomerado de deberes, en atención a la especial «responsabilidad y obligaciones específicas para con los ciudadanos, la propia Administración y las necesidades del servicio».

En cualquier caso, la regulación es manifiestamente mejorable. E. COCCILO (2020, 74) señala al respecto que: «No se explica por qué los principios del artículo 52 del EBEP aparecen bajo el rótulo de “Deberes de los empleados públicos. Código de conducta”. Asimismo, es inexplicable el motivo por el cual aquellos que representan deberes básicos (el contenido material del código) se denominan principios y se distribuyen entre principios éticos y principios de conducta».

(8) El artículo 55.3 de la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno, sólo establece la obligación de elaborar un código de conducta para los altos cargos (representantes locales y titulares de los órganos superiores y directivos).

(9) Si bien es cierto que podría ser valorado en un sentido positivo, considerando exclusivamente el tiempo de reducción del plazo máximo legalmente previsto para resolver.

los de carácter ético, la mayoría de ellos son difíciles de medir o verificar de forma objetiva, a excepción de los deberes consistentes en el cumplimiento de la jornada y horario laboral, o la formación efectivamente realizada. El primero, se puede comprobar de forma objetiva mediante el control de registro horario, y el segundo, mediante la valoración de la formación acreditada (10). Además, algunos de estos principios no formarían parte de la conducta profesional, sino que deberían ser objeto de evaluación en el ámbito del rendimiento o logro de resultados, y exigirían una concreción ulterior en factores específicos para poder ser evaluados (11).

A causa de esta dificultad objetiva de medición, J. QUESADA LUMBREAS (2014: 1243-1262) ha apuntado que la conducta profesional no debería ser evaluable, siendo suficiente la evaluación del cumplimiento de objetivos, minimizando el riesgo existente de arbitrariedad. No compartimos esta opinión, porque si bien es cierto que es un ámbito donde el establecimiento de factores objetivos de evaluación es muy complicado, no por ello convierte los sistemas en arbitrarios o discrecionales. Sin embargo, será importante instaurar garantías en orden a preservar los derechos de los empleados y minimizar los posibles riesgos existentes. A nuestro juicio, deberían observarse los siguientes elementos:

- a) La profesionalidad y la adecuada formación de los sujetos evaluadores, evitando los posibles sesgos en las evaluaciones.
- b) La necesaria motivación de las decisiones de los órganos o sujetos evaluadores.
- c) La predeterminación de los factores de evaluación, sus criterios de aplicación, y el grado de incidencia en la valoración definitiva.
- d) La existencia de un instrumento jurídico regulador que contemple todos los aspectos relativos a la evaluación, el procedimiento administrativo a través del cual se canaliza, y el régimen de impugnación de las resoluciones administrativas adoptadas.
- e) La aplicación de los mecanismos previstos en orden al control de la discrecionalidad técnica de los órganos o sujetos evaluadores.

(10) No obstante, el cumplimiento de la jornada y horario laboral, en los mismos términos que anteriormente han sido señalados, entendemos que son criterios que no deberían valorarse, al constituir auténticos deberes de observado cumplimiento y que su observación no admite ningún género de graduación.

(11) Es el caso, por ejemplo, del principio de eficacia, que pretende la consecución de los objetivos o resultados previstos.

1. El puesto de trabajo y los perfiles de competencias profesionales

Para la implantación de un sistema de evaluación del desempeño que integre la valoración de conductas, es conveniente que se disponga de un modelo de gestión por competencias. Para ello, cada administración pública debe tener aprobada la relación de puestos de trabajo u otra figura reguladora similar, pero no como un mero instrumento formal en cumplimiento de un deber legal, sino como un auténtico mecanismo de ordenación de los diferentes puestos de trabajo de la organización (12).

La relación de puestos de trabajo debe ser la consecuencia de un estudio previo en el que se delimiten las funciones asignadas a cada puesto, así como las competencias requeridas para su desempeño, efectuando de forma individualizada su valoración, de acuerdo con los criterios previamente fijados (13). Esta tarea no es sencilla, siendo habitual que las entidades locales recurran a la contratación de empresas externas especializadas para ello. En aquellos municipios pequeños, con menos recursos humanos y materiales, sería interesante que las diputaciones provinciales efectuaran una labor de cooperación y asistencia técnica en este ámbito (14).

El puesto de trabajo debe ser, como proponía el Informe de la Comisión de expertos para la elaboración del EBEP (INAP, 2005), el núcleo básico central de la gestión de los recursos humanos. En torno a él deberían desarrollarse, entre otros aspectos, la definición de los perfiles de idoneidad de las personas

(12) Es necesario recordar que el artículo 74 del TREBEP ha flexibilizado la ordenación de los puestos de trabajo permitiendo que se estructuren en relaciones de puestos de trabajo o en otros instrumentos similares, si bien con un contenido mínimo: comprenderán, al menos, la denominación de los puestos, los grupos de clasificación profesional, los cuerpos o escalas, en su caso, a que estén adscritos, los sistemas de provisión y las retribuciones complementarias.

(13) El Informe de la Comisión de expertos para la elaboración del EBEP (INAP, 2005) diferenciaba el instrumento de ordenación de los puestos de trabajo de los instrumentos de gestión, en los siguientes términos:

«(...) debería diferenciarse el documento público —llámese Relación de Puestos de Trabajo, Catálogo o de otra forma—, que clasifique los puestos de trabajo y señale el perfil o los requisitos esenciales exigidos para su desempeño, así como las retribuciones correspondientes a cada puesto, de la identificación precisa de su contenido funcional. Esta última debe establecerse más bien en instrumentos de carácter interno y de mera gestión, carentes de valor jurídico y fácilmente modificables, con el fin de evitar la rigidez excesiva del diseño de los puestos a que nos hemos referido».

(14) Al respecto, puede consultarse el *Manual de valoración de llocs de treball* (Diputació de Barcelona, 2011). Es una guía para las entidades locales elaborada por la Diputación de Barcelona en la que se determinan los factores y subfactores que se consideran claves para la valoración de los puestos de trabajo.

para el desempeño de las funciones, la asignación y supervisión de las tareas o la evaluación del desempeño (15).

La identificación de cada puesto de trabajo debe tener en cuenta, entre otros elementos, los siguientes:

- a) La denominación y el contenido funcional. Esta determinación es esencial, porque los empleados deben conocer las tareas a desarrollar de conformidad con el artículo 14 e) del TREBEP, que deben ser las propias de su condición profesional y adecuadas a la progresión alcanzada en su carrera profesional, en los términos establecidos por el artículo 14 b) del TREBEP (16).
- b) La ubicación del puesto en la estructura organizativa.
- c) El perfil de competencias que se requieren para ocuparlo, que debe ser coherente con las exigencias funcionales del puesto.
- d) Las características principales del puesto, como su carácter fijo o temporal, si es a tiempo completo o parcial, la titulación requerida para su desempeño, o su forma de provisión.
- e) Las retribuciones de carácter fijo asociadas al mismo.

Para facilitar la gestión e implantación de las políticas propias en materia de recursos humanos, los puestos de trabajo han de agruparse en grupos funcionales que definan el «*qué se es*» dentro de la organización (17). Esta clasificación permite la creación de «*puestos tipo*» que aglutinen aquellos puestos que tengan una identidad común en cuanto a sus funciones, especialidades y responsabilidades (18). Este sistema simplifica y facilita la gestión de los recursos humanos habilitando la definición de itinerarios de carrera profesional, la realización de acciones formativas, el diseño de procesos

(15) En este mismo sentido se pronunciaba el *Llibre blanc de la funció pública catalana* (Escola d'Administració Pública de Catalunya [EAPC], 2005, p. 111).

(16) El artículo 34 de la ley 3/2007, de 27 de marzo, de la función pública de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, contempla la figura de los órdenes de funciones, como un instrumento técnico de ordenación mediante el cual la administración asigna las funciones a los puestos de trabajo.

(17) El artículo 3.1 del Decreto 202/2008, de 14 de octubre, por el que se regulan los ámbitos funcionales en la Administración de la Generalitat de Cataluña, define los ámbitos funcionales como aquellas agrupaciones de puestos de trabajo que tienen asignadas finalidades y funciones homogéneas, cuya ocupación requiere un perfil competencial determinado por un conjunto de conocimientos, destrezas o actitudes comunes.

(18) En orden a facilitar el proceso de creación de estos ámbitos, la Escola d'Administració Pública de Cataluña ha publicado la *Guia per identificar i definir perfils competencials per àmbits funcionals* (Escola d'Administració Pública de Catalunya [EAPC], 2009). Recuperado de: http://eapc.gencat.cat/ca/publicacions/colleccions/col_leccio_eines_per_als_recur_sos_humans/3_guia_per_identificar_i_definir_perfls_competencials_per_mbits/.

selectivos y de políticas retributivas, así como la elaboración de perfiles competenciales (19). En esta línea, el artículo 40 de la ley 4/2021, de 16 de abril, de la Función Pública Valenciana, contempla las agrupaciones de puestos de trabajo como un instrumento de ordenación y racionalización de la gestión de los recursos humanos, en los ámbitos de la selección de personal, provisión de puestos, formación y carrera profesional, que conjunta los distintos puestos de trabajo en función de los conocimientos o destrezas exigidos.

La adecuada ordenación de los puestos de trabajo debe ir aparejada de un organigrama administrativo que responda a las auténticas necesidades corporativas y permita un nivel óptimo en la prestación de los distintos servicios públicos. Esta estructura administrativa debería ser capaz de adecuarse en cada momento a las necesidades ciudadanas, a la vez que debería tener un nivel importante de solidez que le permitiera resistir a los constantes cambios políticos, evitando que la entrada de un nuevo equipo de gobierno alterara de forma sustancial el equilibrio organizativo existente. En la administración local, este riesgo de ruptura es más plausible, por la proximidad existente entre el nivel de decisión político y el administrativo.

Pueden definirse las competencias, como el conjunto de habilidades, conocimientos, características conductuales y otros atributos que, correctamente combinados en un puesto de trabajo, predicen un desarrollo superior — que permiten medir con un grado más elevado de eficacia el rendimiento laboral en el contexto de cada puesto y que, a la vez, permiten contrastar los comportamientos excelentes de los estándares en una organización (20). Para cada puesto de trabajo o agrupación de puestos, se deberían especificar las competencias requeridas para su desempeño y el grado o nivel de dominio exigido. Este perfil competencial del puesto previamente establecido, es el que permitirá la evaluación posterior del mismo, verificando el grado de adecuación de la conducta profesional desarrollada por el empleado en cada periodo de referencia (21). Es esencial que los empleados conozcan las competencias requeridas para el desempeño del puesto, así como el grado de destreza exigido en cada una de ellas. Sin este conocimiento previo, no debería ser posible el proceso de evaluación.

(19) M. VILLORIA MENDIETA y E. DEL PINO MATUTE (2009).

(20) *Llibre blanc de la funció pública catalana* (EAPC, 2005, p. 213).

(21) El artículo 66.4 de la ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha, exige que la aplicación de los sistemas de evaluación del desempeño incorpore un análisis y descripción de los puestos de trabajo que incluya, como mínimo, las funciones de los puestos de trabajo y sus estándares e indicadores de rendimiento, lo cual debe ser puesto a disposición de las personas que ocupen los puestos de trabajo en el momento de su incorporación.

Es preciso señalar que habrá competencias que tengan un carácter transversal, y como tales, son de obligada observancia para todos los puestos de trabajo de la organización (22). Al contrario, habrá otras específicas de determinados puestos, como pueden ser las relativas al liderazgo, al desarrollo de personas y equipos o a la gestión del cambio, que son propias de puestos de trabajo con responsabilidades directivas. En el mismo orden de cosas, aunque muchas de las competencias sean comunes, el nivel de dominio no tiene que ser el mismo para cada puesto. A mayores responsabilidades, debería exigirse un mayor grado de destreza en su desempeño.

Es interesante esta modalidad de evaluación, porque se preocupa del desarrollo profesional del empleado, superando el concepto de la evaluación del desempeño como un mecanismo exclusivamente de control de la actividad del trabajador. Así mismo, debería romperse definitivamente la tradicional vinculación reduccionista entre competencias y titulaciones, de manera que no sea la titulación la que determine en exclusiva la capacidad o la aptitud para el desarrollo de un determinado puesto de trabajo (23).

La evaluación de las competencias profesionales, como un elemento intrínseco de la evaluación del desempeño en la carrera administrativa horizontal, ha sido prevista por algunas de las normas autonómicas que han desarrollado el TREBEP, si bien con un distinto alcance. Así, el Decreto 37/2011, de 11 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la carrera horizontal de los funcionarios de la Administración del Principado de Asturias, establece dos grandes áreas de valoración del desarrollo competencial:

- a) El área de desempeño de tarea, relativa a la competencia con la que se desarrollan las actividades que contribuyen a producir los servicios propios de la gestión de la organización, y que son reconocidas por la Administración como parte de su puesto de trabajo (24).
- b) El área de desempeño contextual y organizacional, que comprende aquellas conductas o comportamientos que contribuyen a la eficacia de la administración ayudando al contexto social y humano, con actitudes que definen el ambiente del puesto de trabajo y sirven como catalizadores y facilitadores del desempeño de las tareas, propias y

(22) A título de ejemplo, pueden formar parte de este grupo la capacidad de trabajo en equipo, de aprendizaje, o de utilización de las tecnologías de la información.

(23) A. PALOMAR OLMEDA (2012: 87).

(24) Esta área se concreta en diferentes factores, en función del subgrupo de clasificación profesional:

a) Subgrupos A1 y A2: capacidad de toma de decisiones, organización y planificación, resolución de problemas, conocimientos técnicos, y productividad.

b) Subgrupos C1, C2 y AP: capacidad de aprendizaje, minuciosidad y responsabilidad, esfuerzo y perseverancia, conocimientos técnicos, y productividad.

de otros, así como las conductas y acciones realizadas voluntariamente por los funcionarios que resultan relevantes para los legítimos intereses de la Administración (25).

En términos similares, el Decreto 20/2022, de 18 de mayo, por el que se regula la carrera horizontal del personal funcionario de la Administración General de la Comunidad Autónoma de La Rioja y sus Organismos Autónomos, contempla dos ámbitos objeto de la evaluación competencial: el desarrollo de tarea, y la implicación y compromiso (26).

Por otro lado, el Decreto 211/2018, de 23 de noviembre, del Consell, por el que se regula el sistema de carrera profesional horizontal y la evaluación del desempeño, del personal funcionario de la Administración de la Generalitat Valenciana, prevé la evaluación de la profesionalidad en el ejercicio de las tareas asignadas, que se realizará en base las capacidades, conocimientos y habilidades en el desempeño de las tareas del puesto de trabajo. En la misma línea, el Decreto 127/2021, de 17 de noviembre, por el que se regula la carrera profesional horizontal y la evaluación del desempeño de los empleados públicos que prestan sus servicios en la Administración General de la Junta de Extremadura, dispone que se valorará en el área de la conducta profesional, el comportamiento y la profesionalidad en el ejercicio de las tareas encomendadas, basándose en la competencia con la que se desarrollan las actividades que integran las tareas esenciales del puesto de trabajo (27).

2. Los diccionarios de competencias

Los diccionarios de competencias son una herramienta especialmente útil para determinar las competencias que deberían ser necesarias para el des-

(25) Para todos los subgrupos de clasificación profesional, serán objeto de evaluación los siguientes factores: orientación a objetivos y resultados, iniciativa, compromiso con la organización, colaboración y cooperación, transmisión de conocimientos, mantenimiento voluntario del rendimiento laboral y la calidad del trabajo, uso adecuado del tiempo y los recursos laborales, asistencia al trabajo, uso eficiente del tiempo, y ritmo voluntario eficiente.

(26) Las dimensiones evaluables que comprenden esta segunda área coinciden, en parte, con las que conforman el área de desempeño contextual y organizacional del Decreto 37/2011, de 11 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la carrera horizontal de los funcionarios de la Administración del Principado de Asturias.

(27) Para ello, se tendrán en cuenta los siguientes indicadores: la iniciativa y compromiso con la organización, la capacidad de solucionar posibles conflictos, la colaboración y cooperación con los compañeros de trabajo, el mantenimiento de un adecuado clima laboral, el mantenimiento voluntario del rendimiento laboral, la calidad del trabajo, y el uso adecuado y eficiente del tiempo de trabajo y de los recursos laborales.

empeño de cada puesto de trabajo (28). Son documentos que recogen de forma ordenada las distintas competencias profesionales que se consideran necesarias y relevantes para cada puesto de trabajo, incorporando su definición, una graduación en los distintos niveles de desarrollo, y las conductas asociadas a cada nivel.

Su finalidad responde al establecimiento de un marco común conceptual predeterminado, que delimita el contorno de términos que tienen un carácter genérico y muchas veces indeterminado. Al ser un instrumento de conocimiento público para los gestores de recursos humanos y los empleados públicos de la organización, facilita a los primeros las tareas de evaluación, y permite a los segundos orientar su comportamiento profesional. La publicidad del diccionario es clave para asegurar el éxito del proceso de evaluación.

Es de interés destacar en el ámbito local la experiencia del Ayuntamiento de Barcelona. Dispone de un diccionario que tiene como finalidad la integración de las competencias profesionales con las funciones asignadas a cada puesto de trabajo, constituyendo un instrumento indispensable en las políticas de gestión de recursos humanos, y un mecanismo integral que incide en los sistemas de selección y provisión de personal, la evaluación del desempeño, el desarrollo profesional individualizado, y la carrera profesional (29).

El diccionario diferencia para cada puesto de trabajo, aquellos conocimientos, habilidades y aptitudes que se requieren para su desempeño (30). Se especifican las competencias profesionales que se exigen y el nivel correspondiente por cada competencia, de acuerdo con una triple clasificación:

- a) Competencias corporativas, comunes a todos los puestos de trabajo.
- b) Competencias de función, relativas al ámbito funcional del puesto de trabajo, ya sea directivo, de mando, técnico o de soporte.
- c) Competencias específicas, relacionadas con la familia profesional a la que pertenece el puesto de trabajo.

Desde el punto de vista material, se clasifican las competencias en los siguientes ámbitos:

(28) Sobre las distintas experiencias en el sector público de implantación de diccionarios de competencias, puede consultarse el documento Mapa de la gestión por competencias en el sector público español (Instituto Nacional de Administración Pública, [INAP], 2014).

(29) Ajuntament de Barcelona (2012). *Diccionari de competències: Sistema d'Ordenació Municipal*. Recuperado de: <http://hdl.handle.net/11703/105885>.

(30)

Se han disociado las competencias profesionales de los cuerpos de guardia urbana y de prevención y extinción de incendios, con las del resto de empleados públicos.

Àmbito material	Competències
Autogestió	1. Flexibilitat i adaptació al canvi. 2. Autoconfiança. 3. Confidencialitat.
Pensament	4. Visió global. 5. Búsqueda de informació i actualització de coneixements. 6. Pensament analític.
Consecució	7. Compromís professional. 8. Rigor i organització.
Influència	9. Orientació al servei públic. 10. Comunicació i influència. 11. Empàtia.
Equips	12. Treball en equip. 13. Direcció de persones. 14. Lideratge i desenvolupament.

Se han definit los niveles de cada competencia en cinco escalas, siendo el uno el nivel mínimo y el cinco el nivel de excelencia. En primer término, el diccionario ofrece una definición de la competencia, para determinar posteriormente las conductas, aptitudes y comportamientos exigidos en cada escala. Para cada puesto de trabajo se procede a la atribución del perfil competencial (competencia y nivel), en base a ocho o nueve competencias distribuidas de la siguiente manera: tres de carácter corporativo, tres de carácter funcional y dos o tres de carácter específico.

En la misma línea, la Diputación de Barcelona ha elaborado un diccionario de competencias, en el que se recogen todas aquellas aptitudes y cualidades necesarias en el desempeño de los puestos de trabajo en el ámbito local (31). A pesar de todo, es un diccionario específicamente orientado a las acciones de capacitación de los empleados públicos de las administraciones locales, es decir, es un instrumento que pretende incidir en la vertiente formativa mediante la definición de perfiles competenciales (32). Clasifica las competencias en

(31) Diputació de Barcelona (2015). *Diccionari de competències per al desenvolupament professional dels empleats públics de l'Administració local*. Recuperado de: <https://www.diba.cat/web/formacio/com-#03>.

(32) Por este motivo, no incorpora competencias como pueden ser la iniciativa, innovación o el compromiso con la organización, al ser difícilmente abordables desde el punto de vista formativo.

tres grandes grupos: estratégicas, cualitativas y técnicas. Así mismo, por cada competencia establece cuatro niveles de desarrollo, de inferior a superior, en el que el ascenso en los niveles superiores supone mayores exigencias de desarrollo profesional. De forma didáctica, para cada nivel, se incorporan ejemplos de realización profesional.

En definitiva, existen experiencias que pueden ser muy útiles para las administraciones públicas locales, en orden a la implantación de los propios diccionarios de competencias, si bien es cierto que estos modelos no exigen de un trabajo previo de estudio adaptado a su propia realidad organizativa. Las entidades locales deberían ser capaces de determinar aquellas competencias que consideren claves para cada puesto de trabajo. Disponer de este instrumento supone añadir un elemento más en orden al control de la discrecionalidad técnica de los sujetos evaluadores, por la predeterminación de aquellos conceptos que no pueden obviar en la práctica de sus evaluaciones.

III. EL RENDIMIENTO O EL LOGRO DE RESULTADOS

El artículo 20.1 del TREBEP, cuando determina aquellos aspectos que constituyen el objeto de la evaluación, a parte de la conducta profesional, se refiere al rendimiento o logro de resultados. El concepto de «*rendimiento*», según la primera acepción del diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, hace referencia al producto o utilidad que rinde o da alguien o algo. Desde el punto de vista de las relaciones laborales, la definición del término nos sitúa directamente en el ámbito del producto del trabajo realizado, es decir, en los resultados. No se pretende el análisis de cómo se ha trabajado, cuestión que se evaluaba mediante la conducta profesional, sino de qué se ha obtenido con el trabajo realizado, es decir, los resultados conseguidos. Por este motivo, este factor se encuentra íntimamente ligado al cumplimiento de los objetivos profesionales.

La gestión por objetivos debe enmarcarse en el proceso de modernización de nuestras administraciones públicas, en la que son elementos imprescindibles la responsabilidad en la gestión pública, la mejora continua, y la calidad, eficacia y eficiencia en la prestación de los servicios públicos. En los términos que señala J. LORENZO DE MEMBIELA (2010: 260), supone la incorporación de una técnica de gestión privada en el ámbito público, con las dificultades implícitas en este proceso de adaptación, derivadas de la singularidad en la prestación de los servicios y la existencia de una dirección política.

En el TREBEP encontramos dos referencias claras al cumplimiento de objetivos, si bien con un alcance distinto. Por un lado, el artículo 14 e) del TREBEP reconoce como derecho individual del empleado el participar en la consecución de los objetivos atribuidos a la unidad donde presta sus servicios

y a ser informado por sus superiores de las tareas a desarrollar. Por otro, el artículo 53.8 del TREBEP, regulador de los principios éticos, dispone que los empleados deberán actuar de acuerdo con los principios de eficacia, economía y eficiencia, y vigilarán la consecución del interés general y el cumplimiento de los objetivos de la organización.

De la lectura de ambos preceptos, se desprende que el cumplimiento de objetivos es un derecho del empleado, pero también un deber (33). Se presenta como un derecho individual, en el sentido de constituir un elemento motivador para el propio empleado en participar en la consecución de los logros de la unidad, pero también como un auténtico deber, que podrá ser objeto de evaluación con las consecuencias que en cada caso prevean las normas reguladoras de la carrera administrativa horizontal.

La evaluación por logro de resultados supone la medición del grado de cumplimiento de los objetivos previamente fijados. Para ello, es imprescindible una fase de diseño y planificación, en la que las administraciones públicas estudien y fijen los objetivos que se pretendan conseguir, así como los indicadores que permitan obtener la información necesaria para verificar su cumplimiento. Por lo tanto, las organizaciones deberían integrar un sistema de trabajo por objetivos, tarea nada fácil en muchas de nuestras administraciones públicas, especialmente en la local, en la que la implantación del trabajo por objetivos no está generalizada (34).

A pesar que debe admitirse un amplísimo margen de libertad a las administraciones públicas en la fijación de los objetivos en virtud del principio de autoorganización, esta realidad no exime de que deban cumplir, como mínimo, las siguientes características:

- a) Han de ser medibles para que puedan ser objeto de evaluación. Sólo se puede evaluar aquello que se puede medir.
- b) Deben ser finalistas: han de estar orientados al resultado que pretendan conseguir. De esta manera, con su cumplimiento, se asegura igualmente que se logren las metas que la organización pretende, en beneficio del buen funcionamiento de la administración. Por este motivo, tienen un carácter marcadamente estratégico, si bien esta nota se encuentra en distinto grado de intensidad en cada uno de ellos.

(33) Este doble carácter también se predica de la formación, que es considerada como un derecho/deber del empleado, en los artículos 14 g) y 54.8 del TREBEP.

(34) Esta misión será mucho más sencilla para aquellas entidades locales que ya cuenten con sistemas de gestión de calidad y excelencia en funcionamiento, porque tienen incorporado el trabajo por objetivos. En la misma línea, si se dispone de un plan estratégico, la determinación de los objetivos será también más fácil, porque deberá partir de las líneas establecidas en el propio plan.

- c) Han de ser factibles. Su cumplimiento no ha de ser imposible o de muy difícil consecución. En caso contrario, pueden ser auténticos elementos de desestabilización y desincentivación.
- d) Deben ser fácilmente entendibles. Sólo se puede cumplir aquello que se entiende. Si no es así, las consecuencias serán nuevamente las mismas que hemos enunciado en el párrafo anterior.
- e) Deben fijarse con participación de los propios empleados. De esta manera, se hace efectivo el principio de transparencia establecido por el artículo 20.2 del TREBEP, a la vez que se dota el sistema de credibilidad y confianza ante los empleados.

En esta línea, J. RASTROLLO SUÁREZ (2018: 102) entiende que, en un país democrático, en conexión con los principios de eficacia y eficiencia, los ciudadanos deberían poder participar en la fijación de los objetivos y en la determinación de su grado de cumplimiento. Si bien este planteamiento es interesante, la falta de cultura de evaluación en muchas de nuestras administraciones públicas, hace difícil que pueda ser viable.

- f) Deben estar predeterminados y ser conocidos por todos los empleados. Las distintas administraciones deben efectuar una labor intensa de publicidad del sistema, para que los empleados puedan conocer qué objetivos deben cumplir. Esta actividad de publicidad debería ir ligada a la promoción por parte de la organización de distintas acciones formativas con esta misma finalidad.

En orden a dotar al sistema de mayor seguridad jurídica, M. ALMEIDA CERREDA (2010: 115-158) ha apuntado la necesidad de que se formalice un documento individual con cada empleado que contenga las conductas a seguir y los objetivos a cumplir, todo ello de conformidad con las disposiciones reguladoras de la carrera administrativa horizontal y de la propia evaluación del desempeño. Los sistemas de carrera administrativa horizontal de Asturias y el País Valenciano han incorporado la exigencia de un documento de estas características, que estipula los objetivos a cumplir (35).

(35) El artículo 48.2 del Decreto 37/2011, de 11 de mayo, regulador del Reglamento de carrera horizontal de los funcionarios de la Administración del Principado de Asturias, prevé que en el documento denominado «*acuerdo de objetivos*» se plasmen los objetivos de carácter colectivo. Así mismo, el artículo 52.1 de la misma norma contempla que en el «*documento de objetivos individuales*» se establezcan los objetivos de carácter individual.

En la misma línea, los artículos 23 y 24.2 del Decreto 211/2018, de 23 de noviembre, que regula el sistema de carrera profesional horizontal y la evaluación del desempeño del personal funcionario de la Administración de la Generalitat, contemplan el «*documento de compromiso de objetivos*» (DOCO) y el «*documento de compromiso individual*» (DOCI), donde se fijan respectivamente los objetivos colectivos e individuales.

A nuestro juicio, debe valorarse muy positivamente esta formalización en un documento de los objetivos a cumplir entre las partes implicadas en el proceso de evaluación, como garantía de los principios de transparencia y seguridad jurídica. De esta manera, el empleado conoce previamente qué objetivos serán los que deba conseguir en el periodo de evaluación.

- g) No deben ser exclusivamente cuantitativos, sino que también deben ser cualitativos (36). Este carácter debe igualmente trasladarse a los indicadores que se establezcan al efecto.

A título de ejemplo, en la evaluación de un empleado que preste sus servicios en el servicio municipal de atención al ciudadano, se pueden introducir como indicadores no sólo el número de atenciones efectuadas, sino también el tiempo empleado para ello y, sobre todo, el grado de satisfacción de los usuarios. Todos estos elementos, aplicados de forma conjunta, son imprescindibles para poder evaluar al empleado y evitar evaluaciones no certeras derivadas del establecimiento de un único factor cuantitativo (37).

La incorporación de objetivos de carácter cualitativo evita uno de los riesgos que existen en la aplicación de un sistema de dirección por objetivos, como es la tentación de seleccionar aquellos objetivos fácilmente medibles, aunque poco relevantes para los fines de la administración (38).

La medición de los objetivos cualitativos es más complicada, siendo necesario acudir a las tradicionales encuestas de satisfacción, cuando sea posible, o estableciendo un modelo óptimo que sirva de patrón para comparar la actuación realizada (39).

- h) Deben ser específicos. El hecho de que un objetivo sea concreto y definido, permite al empleado orientar mejor sus esfuerzos para alcanzarlo.
- i) Han de ser temporales, referidos a un determinado período de tiempo.

Desde el punto de vista del ámbito subjetivo de aplicación, los objetivos pueden ser colectivos, comunes a toda la unidad o servicio donde el empleado público desarrolla sus funciones, o bien individuales, relativos al puesto de

(36) En este mismo sentido se pronuncia P. PADILLA RUIZ (2015).

(37) Siguiendo el mismo ejemplo, la aplicación de un solo factor podría llevar a resultados no concluyentes: un empleado que atienda mucho, pero las atenciones no sean satisfactorias para los usuarios.

(38) Sobre las críticas doctrinales a los sistemas de dirección por objetivos puede consultarse a A. TODOLÍ SIGNES (2017: 68-70).

(39) C. ADIEGO SAMPER (2015: 248-249).

trabajo. En cualquier caso, han de valorarse de forma individual, porque la evaluación del desempeño proyecta sus efectos sobre una dimensión individual, en cada empleado público, de manera que no pueden valorarse aspectos que superan la esfera de decisión e influencia del propio empleado (40). En esta misma línea, M. GORRITI BONTIGUI (2011: 347-348) indica que la evaluación del cumplimiento de objetivos colectivos, derivados del trabajo en equipo, debería hacerse en la justa medida, y sólo en aquellos casos en los que pueda individualizarse la contribución particular de cada empleado, porque no deberían ser objeto de valoración aquellos comportamientos que no están bajo su control o su propio dominio.

Sobre esta cuestión, la sentencia núm. 887/2012, de 31 de julio, de la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en relación a la impugnación de determinados preceptos del Decreto 37/2011, de 11 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la carrera horizontal de los funcionarios de la Administración del Principado de Asturias, correspondientes a la definición de objetivos colectivos y sus efectos en la carrera horizontal, establece que dicha regulación no se opone al hecho que la evaluación del desempeño deba tener carácter individual, porque los méritos objeto de valoración puedan tener un origen individual o colectivo, según sean reconocidos al propio funcionario o al órgano, dependencia, o unidad de gestión a la que pertenece (41).

El cumplimiento de objetivos, ya sean individuales o colectivos, ha sido un factor que han incorporado algunas de las normas autonómicas reguladoras de los sistemas de carrera horizontal, como un aspecto fundamental para valorar el desempeño de los empleados (42).

(40) Así se señala en el Informe de la Comisión de Coordinación del Empleo público, grupo de trabajo de la evaluación del desempeño (Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas [MHAP], 2013, p. 7).

(41) Este pronunciamiento fue confirmado por la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2014 (recurso de casación núm. 3518/2012), en la que se destaca que la evaluación de objetivos colectivos se encuentra científicamente aceptada, haciendo referencia explícita al Informe de la Comisión de expertos para la elaboración del EBEP.

(42) Al respecto, puede verse el Título III del Decreto 37/2011, de 11 de mayo, regulador del Reglamento de carrera horizontal de los funcionarios de la Administración del Principado de Asturias; artículo 31 del Decreto 127/2021, de 17 de noviembre, por el que se regula la carrera profesional horizontal y la evaluación del desempeño de los empleados públicos que prestan sus servicios en la Administración General de la Junta de Extremadura; Capítulo II del Título III del Decreto 20/2022, de 18 de mayo, por el que se regula la carrera horizontal del personal funcionario de la Administración General de la Comunidad Autónoma de La Rioja y sus Organismos Autónomos; Capítulo II del Título II del Decreto 211/2018, de 23 de noviembre, del Consell, por el que se regula el sistema de carrera profesional horizontal y la evaluación del desempeño, del personal funcionario de la Administración de la Generalitat Valenciana.

IV. LOS FACTORES DE EVALUACIÓN

Los factores de evaluación son aquellos elementos específicos, correspondientes a la conducta y al rendimiento profesional de los empleados públicos, que constituyen el propio objeto de la evaluación. Estos elementos son los que deberán ser evaluados, de acuerdo con las reglas y procedimientos establecidos por las normas reguladoras de cada sistema. En este sentido, son la determinación última del mismo objeto de la evaluación del desempeño. El acierto en la fijación de estos factores es clave para el éxito de la implantación del sistema. Su determinación es un aspecto que presenta una importante complejidad, por la particularidad de la actividad que desarrollan las administraciones públicas, que no responden a un sistema tradicional productivo.

Es importante destacar la idea de predeterminación. Los empleados deberán conocer previamente qué aspectos de su actividad o conducta serán valorados, de manera que las normas reguladoras de los sistemas de carrera administrativa horizontal y los documentos técnicos de soporte (43), deberán determinar qué factores se van a evaluar, cómo se van a evaluar y la incidencia de cada factor en la evaluación global. En el mismo orden de cosas, estos factores de evaluación no tienen por qué ser iguales para toda la organización. En cada unidad o servicio se realizan actividades diferentes, de manera que puede admitirse que existan factores de evaluación distintos, ya que deben ser idóneos para medir cada tipo de actividad desarrollada (44).

En función del grado de discrecionalidad que disponen los sujetos evaluadores en la apreciación de cada criterio, se pueden distinguir los factores de carácter objetivo y subjetivo. En los primeros, el margen de la discrecionalidad es reducido, limitándose su actuación en obtener los datos que facilitan los indicadores y aplicar la baremación fijada por el instrumento jurídico regulador (45). Por el contrario, en los de carácter subjetivo, se exige la necesidad de un juicio de valor por parte de los evaluadores, que a la vez es determinante en la evaluación final del factor (46). Al ser los factores de carácter objetivo más fáciles de medir que los subjetivos, el control administrativo y jurisdiccional de los primeros es también más sencillo. Este control se limitará a comprobar si se han cumplido los parámetros establecidos en el instrumento jurídico

(43) Nos referimos a los diccionarios de competencias o a las guías o manuales que se puedan confeccionar en orden a la determinación y aplicación de los objetivos.

(44) En este sentido se pronuncia E. LINDE PANIAGUA (2008: 183).

(45) Forman parte de este grupo de factores, la formación, la transmisión de conocimientos, o la reducción del plazo máximo legalmente previsto para resolver los procedimientos.

(46) A título de ejemplo, son factores de carácter subjetivo, el compromiso con la organización, el liderazgo o la capacidad de trabajo en equipo. Mayoritariamente, los factores que integran la evaluación de las competencias profesionales tienen un carácter subjetivo.

regulador del sistema para cada factor. En los subjetivos, este control es más problemático, y pasa por aplicar los criterios jurisprudenciales en materia del control de la discrecionalidad técnica de los sujetos evaluadores.

A continuación, estudiaremos de forma individualizada algunos de los factores de evaluación que recogen los sistemas de carrera administrativa horizontal implantados, y que su aplicación ha originado algún tipo de controversia.

1. El compromiso con la organización

El compromiso del empleado con la organización, pretende evaluar su grado de implicación en la misión, objetivos y valores de la misma. Es un factor subjetivo por excelencia. Su valoración requerirá normalmente de la participación del sujeto evaluador mediante la emisión de un informe al respecto. Está previsto en los sistemas de carrera administrativa horizontal de Asturias e Islas Baleares.

Este factor puede integrar a la vez, una multiplicidad de factores, que pueden ser analizados de forma individual (47):

- a) La dedicación del tiempo necesario en la resolución de un determinado asunto cuando las circunstancias lo requieren.
- b) La participación en reuniones, sesiones o grupos de trabajo.
- c) La colaboración cuando la situación lo precisa.
- d) La aportación de propuestas para mejorar procesos o métodos de trabajo.

Sobre la posibilidad de evaluar este factor, la sentencia núm. 887/2012, de 31 de julio, de la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, anteriormente citada, se ha pronunciado en sentido favorable, señalando que no se trata de valorar sentimientos y deseos, sino la actuación del personal al servicio de la Administración en relación a los fines perseguidos por ésta y a la voluntad de permanecer en ella, evaluando el modo y la forma en que se desempeñan las funciones (48).

(47) Puede verse al respecto el sistema de evaluación de competencias profesionales establecido en el ámbito del gobierno balear, mediante acuerdo del Consejo de Gobierno de 17 de noviembre de 2017.

(48) Confirmada por la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2014 (recurso de casación núm. 3518/2012). Con cita a la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2013 (recurso de casación núm. 4842/2011), dictada en el ámbito de la normativa reglamentaria reguladora del desarrollo profesional del personal sanitario del País Vasco, se considera que este factor, en la medida en que se refiere a la actividad profesional y tiene referentes legales, puede ser objetivado.

2. El uso adecuado de los recursos laborales

Este factor es una traslación del principio de austeridad previsto por el artículo 52 del TREBEP, que se concreta en el principio de conducta del artículo 54.5 del TREBEP, consistente en el deber de administrar los recursos y bienes públicos con austeridad, y en la prohibición de utilizarlos en provecho propio o de personas allegadas, y de velar por su conservación. Los recursos públicos deben administrarse con rigor y aprovechando al máximo su utilización, evitando cualquier tipo de malbaratamiento, y deben conservarse en las adecuadas condiciones requeridas. En sentido negativo, se prohíbe que el uso de los mismos sea en beneficio propio o de cualquier otra persona, en atención a que su uso ha de orientarse al interés general del conjunto de los ciudadanos, no a intereses particulares.

La evaluación de este criterio tiene carácter subjetivo, motivo por el que normalmente se exigirá que el órgano o el sujeto evaluador emitan su juicio en un informe de evaluación. A nuestro juicio, este factor no debería ser objeto de valoración, porque debe presuponerse que todo empleado debe cumplir este deber, sin excepciones. Además, de su incumplimiento, se pueden derivar responsabilidades disciplinarias, o en el peor de los casos, penales.

3. El cumplimiento de la jornada y del horario laboral

Este factor evalúa el cumplimiento de la jornada y del horario laboral (49). Puede materializarse en la evaluación de distintos factores, como pueden ser la puntualidad o la asistencia al trabajo. Es un auténtico deber, uno de los esenciales en la prestación de servicios de los empleados públicos, el incumplimiento del cual genera responsabilidad disciplinaria. Se encuentra recogido como principio de conducta en el artículo 54.2 del TREBEP. Su evaluación exige que se ponga en relación con otros factores, entre ellos, el desempeño diligente de las tareas correspondientes al puesto de trabajo. Por si mismo, sólo adquiere valor en la medida que se dan cumplimiento a otros factores (50).

La medición de este factor es exclusivamente objetiva. La información vendrá determinada por el sistema existente en la corporación de control del

(49) La jornada y el horario laboral, no son conceptos coincidentes. La jornada es la duración máxima de la prestación efectiva de servicios durante un periodo de tiempo determinado. Así mismo, el horario de trabajo es la distribución en las horas del día de la jornada de trabajo o cantidad abstracta de horas de trabajo a realizar en unas u otras unidades temporales (sentencia de la sala social del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2003, recurso de casación núm. 88/2003).

(50) Se puede estar de cuerpo presente, cumpliendo escrupulosamente el horario y la jornada laboral, siendo absolutamente improductivo, no realizando las funciones asignadas al puesto de trabajo.

cumplimiento horario y de control documental de las ausencias autorizadas, vacaciones, permisos, o incapacidades laborales transitorias. La implantación de este factor no plantea ningún tipo de dificultad, porque cualquier administración ya dispone de estos mecanismos de control en sus departamentos de recursos humanos. No obstante, entendemos que no debería valorarse, en los mismos términos que hemos señalado anteriormente, al constituir uno de los principales deberes de cualquier empleado público. Además, su efectivo cumplimiento no admite ningún tipo de género de graduación (51).

Una cuestión diferente es el tiempo mínimo de servicios efectivamente prestados que debe considerarse como necesario para que pueda accederse a la evaluación, o bien el grado de incidencia del factor tiempo en el resultado final de la evaluación. Si la evaluación pretende conocer el desempeño de un empleado en un determinado periodo de tiempo, si este no se ha producido, o se ha producido en un nivel inferior al esperado, ambos elementos deberían considerarse en el proceso de evaluación. Nos referimos a supuestos en los que no hay prestación efectiva de servicios, como las situaciones de incapacidad temporal transitoria por contingencias comunes o las derivadas de permisos no retribuidos, situaciones que la jurisprudencia ha admitido que puedan considerarse negativamente, sin que esta circunstancia tenga carácter discriminatorio (52).

En esta línea, el artículo 20.1 del Decreto 37/2011, de 11 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la carrera horizontal de los funcionarios de la Administración del Principado de Asturias, establece las siguientes reglas cuando en un mismo año natural coexistan periodos de prestación efectiva de servicios y periodos de permanencia en la situación de incapacidad temporal:

1. La puntuación por objetivos colectivos será proporcional al periodo anual de prestación efectiva de servicios.
2. La evaluación del desempeño procederá únicamente si el desempeño efectivo del puesto por el funcionario durante el año natural se cuan-

(51) En otro ámbito, concretamente en la percepción del complemento de productividad ligado a la puntualidad o a la asistencia efectiva en el puesto de trabajo, es preciso señalar la existencia de algunos pronunciamientos jurisprudenciales contrarios a su percepción, que indican que no puede premiarse lo que es una obligación del funcionario (sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 9 de junio de 1999, recurso 3208/1996; sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2012, recurso 3524/2011).

(52) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias núm. 564/2012, de 24 de febrero. En el mismo orden de cosas, se ha admitido en el ámbito laboral, y en lo relativo a la percepción de complementos retributivos ligados a la reducción del absentismo, que los periodos de ausencia derivados de situaciones de incapacidad laboral transitoria por enfermedad común, permisos potestativos o huelga, se computen como periodos de ausencia (STC 189/2013, de 14 de junio o sentencia núm. 12/2007, de 29 de marzo, de la sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña).

tifica al menos en el treinta por ciento de su jornada anual. No se realizará la evaluación del desempeño cuando la prestación efectiva de servicios resulte inferior al citado porcentaje, ni se otorgará puntuación alguna en dicho bloque (53).

4. La adquisición y el desarrollo de conocimientos. La formación

La formación constituye un aspecto esencial para la consecución de los objetivos de modernización y eficacia administrativa, tal como ya señalaba el Informe de la Comisión para el estudio del EBEP (INAP, 2005, p. 114-116). No se puede desconocer que es necesaria una permanente actualización de los conocimientos para el correcto desempeño del puesto de trabajo, con independencia del grupo o categoría profesional al que se pertenezca.

El legislador básico configura la formación como un derecho/deber del empleado público (54). Desde el punto de vista de los efectos, la formación tiene un doble valor. Para la administración, constituye un instrumento indispensable en orden a la consecución de los objetivos corporativos, asegurar el correcto desarrollo de la actividad administrativa y mejorar la calidad de los servicios públicos prestados (55). Para el empleado público, es un factor de motivación y desarrollo profesional, que permite la adquisición de aquellas competencias, habilidades y conocimientos técnicos necesarios para el ejercicio con solvencia de las funciones asignadas.

El artículo 17 b) del TREBEP hace referencia a los «*conocimientos adquiridos*», como uno de los aspectos a valorar en orden a determinar los sucesivos ascensos de grado o nivel en el ámbito de la carrera horizontal. Posiblemente, puede considerarse como un elemento que no forma parte estrictamente de

(53) Igualmente, el artículo 32.4 del Reglamento de evaluación del desempeño y rendimiento de la carrera profesional horizontal del personal del Ayuntamiento de Valencia, dispone que la evaluación del desempeño procederá únicamente si el ejercicio efectivo del puesto por el personal funcionario durante el año natural se cuantifica al menos en el ochenta por ciento de su jornada anual.

Así mismo, la puntuación por objetivos colectivos será proporcional al periodo anual de prestación efectiva de servicios, cuando los periodos de incapacidad transitoria sean superiores al 25% del total de las jornadas efectivas de trabajo. En caso contrario, será igual a la media del cumplimiento de objetivos en el ámbito del servicio o unidad administrativa en que el personal se encuentre adscrito.

(54) El artículo 14 g) del TREBEP reconoce el derecho individual de los empleados públicos a la formación continua y a la actualización permanente de sus conocimientos y capacidades profesionales, preferentemente en horario laboral. A la vez, el artículo 54.9 del TREBEP tipifica como principio de conducta de los empleados públicos el deber de mantener actualizada su formación y cualificación.

(55) El artículo 1.3 g) del TREBEP señala como fundamento de actuación del Estatuto básico, el desarrollo y cualificación profesional permanente de los empleados públicos.

la evaluación del desempeño y que presenta una sustantividad propia, como un auténtico factor independiente. En este sentido, el mismo artículo 17 b) del TREBEP diferencia los «*conocimientos adquiridos*», de la trayectoria y actuación profesional, la calidad de los trabajos realizados, y el resultado de la evaluación del desempeño.

En cualquier caso, es común la incorporación de la formación en los sistemas de carrera administrativa horizontal (56). Además, es habitual que los sistemas de carrera horizontal valoren también, desde una vertiente activa, las actividades de transferencia de conocimientos como la docencia, la intervención en congresos o seminarios, o la publicación científica de artículos o libros. Debe valorarse positivamente esta inclusión, ya que son actividades relevantes que aportan un importante valor activo para la corporación y para los mismos empleados, que afortunadamente han incorporado muchos de los sistemas modernos de evaluación, que habían sido olvidados por los tradicionales sistemas de selección de personal.

Es un factor objetivo por excelencia, cuya valoración es similar al proceso de evaluación de méritos realizado por los tribunales de selección de personal. Los sujetos evaluadores otorgan a cada acción formativa una determinada puntuación, en función de la tipología y duración de la misma, de acuerdo con el baremo establecido en las disposiciones reguladoras del sistema. Por este motivo, la actividad de los evaluadores debería consistir exclusivamente en determinar si la acción es o no evaluable de acuerdo con la norma, y en caso afirmativo, aplicar la puntuación establecida al respecto (57). Para poder ser objeto de evaluación, la formación realizada debería guardar relación, ya sea directa o indirecta, con las funciones asignadas al puesto de trabajo, y con aquellas otras que se puedan atribuir al empleado en el desarrollo de su carrera profesional (58).

V. CONCLUSIONES

La evaluación del desempeño debe incorporarse como una parte fundamental de los sistemas de carrera administrativa horizontal. No es posible entender esta modalidad de carrera sin la evaluación del desempeño, a riesgo

(56) Así lo hacen los sistemas de carrera horizontal de la Junta de Extremadura (Decreto 127/2021, de 17 de noviembre, del Principado de Asturias (Decreto 37/2011, de 11 de mayo), de la Generalitat Valenciana (Decreto 211/2018, de 23 de noviembre) o del Ayuntamiento de Valencia.

(57) Por este motivo, la discrecionalidad técnica de los sujetos evaluadores es limitada.

(58) Sobre esta cuestión puede consultarse la sentencia núm. 15/2008, de 21 de enero, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

de implantar sistemas absolutamente planos, que no aporten ningún beneficio a la organización. Se pierde la oportunidad de introducir un elemento estratégico que permite recompensar el buen trabajo de los empleados, alinear los objetivos individuales a los corporativos, y orientar la conducta profesional hacia el ejercicio óptimo de las competencias requeridas para el desempeño de cada puesto de trabajo.

En la fase de diseño de los sistemas de carrera horizontal, será el momento en el que las administraciones deberán plantearse qué aspectos de la conducta y del rendimiento profesional han de valorarse, y cómo debe efectuarse esta valoración. No es una tarea sencilla, porque para la mayoría de nuestras entidades locales supone introducir elementos que son desconocidos. Es verdad que existe una experiencia previa en la aplicación del complemento de productividad, si bien en muchas ocasiones este complemento retributivo se ha visto desnaturalizado, al estar su retribución ligada al cumplimiento de requisitos fácilmente asumibles, como la asistencia, que no deberían ser objeto de evaluación. En cualquier caso, las diputaciones provinciales deberían asesorar y asistir a los ayuntamientos de pequeñas dimensiones, porque en caso contrario, su aplicación difícilmente será posible.

La decisión de qué factores se evaluarán, así como los mecanismos de medición que se utilizarán, no es baladí. Esta elección debería estar avalada por criterios técnicos y científicamente aceptados, y debería adecuarse a las propias características de cada organización. Aquellas entidades locales de dimensiones más reducidas, deberían optar por la implantación de sistemas de evaluación sencillos, que no requieran de procesos complejos de análisis, procesamiento y valoración de datos. De la misma manera, las entidades locales de mayores dimensiones, deberían evitar el riesgo de instaurar sistemas complejos que incorporen una multiplicidad de indicadores, que aporten un exceso de información, parte de la cual sea perfectamente prescindible. En cualquier caso, lo relevante es que los sistemas se adecuen a las necesidades organizativas internas.

A nuestro pesar, son muchos los sistemas de carrera horizontal que han instaurado las administraciones locales, como en el ámbito de Cataluña, que omiten la evaluación del desempeño, y se centran exclusivamente en evaluar la formación realizada. La aplicación de estos sistemas sólo supone un incremento de los costes de personal, sin que aporten un valor añadido a la mejora organizativa ni a la motivación de los empleados.

Es de esperar que, en un futuro no muy lejano, haya un convencimiento por parte de todos los agentes implicados, especialmente por los representantes políticos y sindicales, de la necesidad e importancia de la evaluación del desempeño, como un mecanismo potente de transformación y modernización, que sólo puede comportar cambios positivos en nuestras administraciones públicas.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ADIEGO SAMPER, Carlos (2015): «Evaluación del desempeño. Un sistema integral», en Francisco Javier VELÁZQUEZ LÓPEZ y Luis HERRERA DÍAZ-AGUADO (Coord.), *Cooperación en la formación entre instituciones*, Madrid, INAP, pp. 131-171.
- ALMEIDA CERREDA, Marcos (2010): «La evaluación del desempeño de los empleados públicos. En particular, el establecimiento de sistemas de evaluación de desempeño en las Administraciones locales», *Anuario de Derecho Municipal*, 3, pp. 115-158.
- COCCIOLO, Endrius (2020): ««Cuestión moral» y derecho público», *Revista catalana de Dret Públic*, 60, pp. 65-86.
- COCCIOLO, Endrius y FORNS GÓMEZ, Alba (2022): «La integritat pública i la prevenció de la corrupció en el món local: conflictes d'interessos, codis de conducta i "lobbies"», en Judith GIFREU FONT y Josep Ramon FUENTES GASÓ (Dir.), *Règim jurídic dels governs locals de Catalunya*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 470-502.
- CORTÉS CARRERES, José Vicente (2009): «La Evaluación del Desempeño en el Estatuto Básico del Empleado Público», *El consultor de los ayuntamientos y de los juzgados*, 1, pp. 36-39.
- CUENCA CERVERA, José Javier (2010): *Manual de dirección y gestión de recursos humanos en los gobiernos locales*, 1ª ed., Madrid, INAP, 258 pp.
- DIPUTACIÓN DE BARCELONA (2011). *Manual de valoració de llocs de Treball*. Barcelona: Diputació de Barcelona.
- (2015). *Diccionari de competències per al desenvolupament professional dels empleats públics de l'Administració local*. Recuperado de: <https://www.diba.cat/web/formacio/com-#03>.
- ESCOLA D'ADMINISTRACIÓ PÚBLICA DE CATALUNYA (EAPC, 2005). *Llibre blanc de la funció pública catalana*. Barcelona: EAPC. Recuperado de: https://eapc.gencat.cat/ca/publicacions/colleccions/varia/20_llibre_blanco_de_la_funcio_publica_catalana/
- (EAPC, 2009). *Guia per identificar i definir perfils competencials per àmbits funcionals*. Barcelona: Escola d'Administració Pública de Catalunya. Recuperado de: http://eapc.gencat.cat/ca/publicacions/colleccions/col_leccio_eines_per_als_recursos_humans/3_guia_per_identificar_i_definir_perfiles_competencials_per_mbits/.
- GONZÁLEZ SÁNCHEZ, M^ª Yolanda; LUCAS FERRÁNDEZ, Joaquín y PONCE REAL, José Antonio (2014): *Mapa de la gestión por competencias en el sector público español*, INAP, 34 pp. Recuperado de: https://bci.inap.es/alfresco_file/a0f5bddd-82c7-4656-8751-45851c85e613.

- GORRITI BONTIGUI, Mikel y LÓPEZ BASTERRA, Joseba (2009): *Identificación de criterios de desempeño a partir del análisis de puestos*, 1ª ed., Bilbao, IVAP, 133 pp.
- GORRITI BONTIGUI, Mikel (2011): «La evaluación del desempeño: análisis, retos y propuestas. Una aplicación a la Comunidad Autónoma de Aragón», en esta REVISTA, 13, pp. 297-320.
- (2012): «La evaluación del desempeño en las administraciones públicas españolas», en Jesús FUENTETAJADA PASTOR y Josefa CANTERO MARTÍNEZ (Dir.), *Crisis económica y función pública*, Cizur Menor, Aranzadi, pp. 259-281.
- INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (INAP, 2005). *Informe de la Comisión de expertos para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público*. Madrid: INAP.
- LINDE PANIAGUA, Enrique (2008): «La evaluación del desempeño de los empleados en el Estatuto Básico del Empleado Público», en Enrique LINDE PANIAGUA (Dir.), *El Estatuto Básico del Empleado Público y su desarrollo por el Estado y las Comunidades Autónomas*, Madrid, Colex, pp. 179-201.
- LORENZO DE MEMBIELA, Juan Bautista (2007): «La gestión por objetivos (MBO) como instrumento de la eficacia administrativa», en esta REVISTA, 31, pp. 249-264.
- MINISTERIO DE HACIENDA Y DE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS (MHAP, 2013). *Informe de la Comisión de Coordinación del Empleo público. Grupo de Trabajo: evaluación del desempeño. Conclusiones*. Recuperado de: <http://femp.femp.es/files/566-1503archivo/Conclusiones%20Grupo%20de%20Trabajo%20Evaluaci%C3%B3n%20del%20desempe%C3%B1o.pdf>.
- PADILLA RUIZ, Pedro (2015): *La evaluación del desempeño en un contexto de mejora de la gestión del empleo público* (tesis doctoral). Recuperado de: <https://ruidera.uclm.es/xmlui/bitstream/handle/10578/20351/TESIS%20Padilla%20Ruiz.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- PALOMAR OLMEDA, Alberto (2012): «Impasse y deterioro del marco jurídico. ¿Habrà que cambiar el EBEP antes de aplicarlo?», *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, 3, pp. 78-93.
- PONCE SOLÉ, Juli (2017): «Códigos éticos y de conducta. Un factor clave en la cultura de integridad de los entes locales», en Manuel VILLORIA MENDIETA (Dir.) y Xavier FORCADELL ESTELLER (coord.), *Buen gobierno, transparencia e integridad institucional en el gobierno local*, Barcelona, Tecnos, pp. 257-286.
- QUESADA LUMBRERAS, Javier Eduardo (2014): «La evaluación del desempeño en el empleo público: presupuestos, interrogantes y algunas respuestas», en Francisco BALAGUER CASTELLÓN y Estanislao ARANA GARCÍA (coords.), *Libro homenaje al profesor Rafael Barranco Vela*, Madrid, Civitas, pp. 1243-1262.

- RASTROLLO SUÁREZ, Juan José (2018): *Evaluación del desempeño en la administración: hacia un cambio de paradigma en el sistema español de empleo público*, 1ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 330 pp.
- TODOLÍ SIGNES, Adrián (2017): *Retribuciones y Evaluación del Desempeño en el Sector Público*, 1ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 187 pp.
- VILLORIA MENDIETA, Manuel y DEL PINO MATUTE, Eloísa (2009): *Dirección y gestión de recursos humanos en las administraciones públicas*, 3ª ed., Madrid, Tecnos, 688 pp.

CRÓNICAS

TERESA RIBERA Y EL MINISTERIO AMBIENTAL

FERNANDO LÓPEZ RAMÓN
Catedrático de Derecho administrativo
Universidad de Zaragoza

Conocí a Teresa Ribera como directora de la Oficina de Cambio Climático en el primer mandato de Rodríguez Zapatero. Coincidimos en una mesa redonda, relativa precisamente a la política en materia de cambio climático, que había organizado Susana Galera en el campus de Móstoles de la URJC.

Como tantas otras veces con otras personas, en esa ocasión también metí la pata con ella. Siguiendo el tradicional protocolo académico, que establece el orden de las intervenciones de menor a mayor titulación y antigüedad, Ribera me precedió en el uso de la palabra porque yo era doctor y mayor. Estuvo muy interesante, introduciéndonos en los conflictos y tensiones que condicionaban la adopción de decisiones en la materia. En el cuarto de hora disponible, sólo pudo trazar algunos rasgos generales que dejaban en el aire detalles prometedoramente sabrosos.

Por eso, cuando me tocó intervenir, lo hice para informar de que, en realidad, no tenía nada verdaderamente interesante que transmitir, por lo que cedía gustoso mi tiempo a la experta que nos había tenido que dejar con la miel en los labios. ¡Qué gran error el mío! Como hacemos tantas veces quienes hemos de intervenir en público, Ribera se había limitado a preparar una intervención ajustada al tiempo atribuido. De manera que se quedó perpleja y en lugar de devolverme la pelota —que es lo que debía haber hecho («no, por favor, sigue tu a fin de que haya variedad de perspectivas» o algo así)—, tuvo que improvisar unas frases y unas ideas que ya no resultaron tan atractivas como las anteriores.

Esto no es una crítica, sino una disculpa, aunque probablemente ella habrá olvidado la anécdota. Si ahora la recuerdo es en la confianza de que quizá vaya acompañada de la añoranza de aquellos buenos momentos en los que se podía hablar sin testigos incómodos. En efecto, nos acompañaba una veintena de estudiantes plácidamente acomodados en un salón de actos sin necesidad de tomar apuntes sobre las cuestiones tratadas, ya que no entraban en el examen.

En todo caso, Ribera fue una de las primeras funcionarias cuyas competencias y habilidades me impresionaron. Conocía muy bien la problemática del cambio climático, tanto en sus fundamentos científicos, como en sus con-

secuencias sociales, económicas y jurídicas. Con ese bagaje, puede decirse que ha sido la ministra más solvente profesionalmente de cuantas han ocupado la cartera de medio ambiente. Tiene información, criterio y carácter. Es decir, sabe lo que hace, la razón de hacerlo y los efectos que derivan, tanto de lo hecho como de lo dejado de hacer. De pocos miembros de nuestros ejecutivos podría decirse lo mismo.

El departamento que dirige se corresponde con aquel Ministerio de Medio Ambiente que empezó a diseñarse en el último mandato del presidente González y que creó efectivamente el presidente Aznar. En realidad, queda poco de aquel yogurcito administrativo que inicialmente se encomendó a Isabel Tocino, la jurista de la Junta de Energía Nuclear que se disfrazaba de pastorcilla para promocionar las vías pecuarias.

En efecto, la ligera estructura inicial parecía optar por un departamento pequeño y dinámico, ocupado en transmitir y garantizar la responsabilidad ambiental en industria, obras públicas, agricultura, ganadería, pesca y otros sectores administrativos. La excepción más significativa fueron la protección del medio natural y las obras hidráulicas, que se desgajaron de las demás obras públicas para formar parte del nuevo ministerio. Ciertamente, estos compromisos de gestión directa generaron muy diferentes reacciones, pues mientras resultaba esperanzador ver separada la protección de la naturaleza de su tradicional y decepcionante vinculación a la administración forestal, las obras hidráulicas, en cambio, generaban abundantes interrogantes ecológicos y sociales en su diseño y ejecución.

No obstante, aquella primera formación de la administración ambiental terminó respondiendo bastante bien a las dudas que la «contaminación hidráulica» había suscitado. Un episodio clave en tal sentido fue la declaración de impacto ambiental negativa del proyecto del embalse de Jánovas en el Pirineo oscense. Alguien tendría que contarnos las tensiones internas vividas en el Ministerio, pues desde que la Secretaría General de Medio Ambiente adoptó su decisión, en los últimos días del mandato de Isabel Tocino, hasta que se publicó en el *BOE*, ya con Jaime Matas en la poltrona, pasó casi un año, prolongándose unos meses más la incertidumbre de si el Gobierno no pasaría por encima de la declaración negativa.

Por cierto, en mi condición entonces de presidente de Ecodes, estuve presente en la cena del Gran Hotel de Zaragoza, cuando aquel ministro hoy encarcelado proclamó que no se construiría Jánovas. Como me encontraba en una mesa con periodistas, les dije: «Esto es noticia: por fin, sabemos que Jánovas no se va a hacer». Inmediatamente, Concha Monserrat de Radio Zaragoza saltó: «¡Pero si esto se sabe hace mucho tiempo!». De nada valió que tratara de explicarle la diferencia entre la declaración de impacto ambiental y la autorización sustantiva, ni sobre las facultades del Consejo de Ministros.

Al día siguiente difundió por las ondas cesaraugustanas que, en Ecodes, ni el presidente se había enterado de algo tan importante. Y de nada valieron tampoco las gestiones posteriores de Chus Sanz para hacerle comprender el funcionamiento de la EIA en el procedimiento administrativo. ¡Menuda exclusiva había pillado! ¿Cómo había de desdecirse?

En todo caso, me pierdo quitándome la espinita de tan insignificante agravio personal (¡pero al fin el desquite!). A lo que estamos: el Ministerio de Medio Ambiente, tras pasar breve y levemente por las manos de la popular Elvira Rodríguez, llegó a la dirección de la socialista Cristina Narbona, ya en el primer Gobierno de Zapatero. Bajo su firme estímulo, se pusieron en marcha — ¡por fin también!, aunque sin continuidad— los deslindes y las recuperaciones del dominio público conforme a lo establecido en la Ley de Costas de 1988.

Y punto y final del Ministerio del Medio Ambiente pequeño y matón. En su segundo gabinete, Zapatero lo transformaría en el mamotético Ministerio de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino, por donde pasarían sin pena ni gloria las ministras Elena Espinosa y Rosa Aguilar. Luego, en el primer Gobierno Rajoy persistiría la discutible unión de medio ambiente con agricultura, entonces con la denominación de Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente (y después, también de Pesca). Ocuparían el sillón sucesivamente Miguel Arias Cañete e Isabel García Tejerina, ambos con visión y preocupación más vinculadas a la productividad agraria que a la protección ambiental.

Al desprenderse del sector agrario, el Ministerio para la Transición Ecológica —y actualmente, también para el Reto Demográfico— ha supuesto un cierto retorno a los orígenes. La diferencia fundamental, con respecto al pequeño y pionero Ministerio de Medio Ambiente, está en el notable incremento de las técnicas de intervención administrativa en la materia, así como de las capacidades profesionales del personal encargado de aplicarlas.

La política ambiental o ecológica ha superado los titubeos iniciales. Cuenta con instrumentos bien concebidos y paulatinamente mejor regulados gracias a las exigencias establecidas por la Unión Europea. Tenemos objetivos ambiciosos cuyo cumplimiento viene garantizado por compromisos europeos e internacionales. En ese contexto, con ayuda de las técnicas de la administración electrónica, en el mismo nivel nacional el cumplimiento de las normas es cada vez más frecuente y eficaz. En definitiva, va dejando de salir a cuenta saltarse los límites establecidos.

BIBLIOGRAFÍA

Marqués de Pidal (1862-1863), *Historia de las alteraciones de Aragón en el reinado de Felipe II*, Cortes de Aragón, edición facsímil, Zaragoza, 2001.

Conocía a grandes rasgos el episodio, acaecido en 1590-1591, de la huida del secretario real Antonio Pérez a Aragón, que desencadenó el enfrentamiento de las autoridades forales con Felipe II y culminó con la decapitación del justicia Lanuza el Mozo. Incluso sabía de las andanzas de Pérez con la princesa de Éboli y su implicación en el asesinato de Escobedo, pues había visto *La conjura de El Escorial*, película de Antonio del Real.

La idea general que yo tenía se limitaba a atribuir carácter a los protagonistas de la historia, de manera que, junto al funcionario intrigante, imaginaba a la aristócrata seductora, al monarca vengativo y al magistrado inexperto. Me faltaba un mejor conocimiento de los detalles que me permitiera confirmar o modificar esas intuiciones.

La ocasión de colmar la laguna se me presentó de la mano de la pandemia del coronavirus. Sin haber llegado a agotar, ni mucho menos, la reserva de lecturas pendientes, el transcurso de los meses de encierro y cautela me condujo a una cierta saturación de los géneros policíaco y biográfico que me habían ido entreteniéndome. Acabé, así, tomando, un poco al azar y sin mucho convencimiento, la *Historia de las alteraciones de Aragón en el reinado de Felipe II* publicada en 1862-1863 por el marqués de Pidal, de la que disponía en la edición facsímil de las Cortes de Aragón (Zaragoza, 2001).

Tres volúmenes, más de mil páginas en el lenguaje rebuscado de la erudición decimonónica, con largas frases intercalando incidencias y perífrasis varias, así como con abundantes citas de textos antiguos. Hay que pensárselo antes de dar comienzo a tamaña empresa lectora. Lo más normal, al menos en mi caso, hubiera sido limitarse a repasar el índice y aprovechar para hacer algunas catas aquí y allá, alcanzando, así, la auto-justificación que permitiera devolver los tomos al anaquel donde reposaban.

Sin embargo, casi desde el principio, la obra, su gestación y su contenido me subyugaron. A buen ritmo, devoré una narración que me resultó interesantísima, proporcionándome ocasiones de experimentar sensaciones variadas, sobre todo emoción, intriga y sorpresa.

Para empezar, el episodio del propio origen de la obra me pareció encantador. Resulta que el buen marqués ejercía de ministro de la Gobernación, residiendo en tal condición en el palacio que había albergado al Supremo Consejo de la Inquisición. El cargo no le impedía mantener su vocación y profesión de historiador, ya que un día (o una noche, extremo que no aclara

en el prólogo), curioseando en el archivo inquisitorial (todavía conservado en desorden en el entresuelo del edificio que habitaba) descubrió los legajos que contenían la documentación original del caso de Antonio Pérez. Cerciorado de la importancia del hallazgo, hizo sacar una copia exacta del mismo. No había fotocopias.

El resultado de las averiguaciones del marqués se contiene en tres tomos. El primero se dedica a explicar el efervescente contexto aragonés de la época, marcado por los enfrentamientos entre vasallos y señores, las matanzas de moriscos, los pleitos de las comunidades y el conflicto sobre la potestad regia de designar virrey extranjero. El segundo volumen se centra en los episodios que llevan al encarcelamiento de Pérez, su huida a Aragón, donde obtiene el amparo foral del privilegio de la manifestación y se beneficia de los motines populares frente a la Inquisición, que incluyen la muerte del delegado regio y desencadenan la intervención del ejército castellano, frente al que se produce el alzamiento aragonés. El tercer tomo incluye la guerra con el ejército bearneés liderado por el secretario rebelde, los procesamientos, las condenas y ejecuciones, hasta llegar a la reforma de los fueros en las Cortes de Tarazona de 1592 y el otorgamiento del perdón real a los aragoneses aliados.

Encontramos revueltas populares, tramas pasionales, contiendas por el poder. Hay venganzas, celos, prepotencias, arrepentimientos, estrategias. Se producen asesinatos, linchamientos, traiciones, abusos, disturbios, pleitos, difamaciones, tormentos, anatemas. Intervienen vasallos, nobles, caballeros, eclesiásticos, burgueses, abogados, notarios, funcionarios, militares, pelaires, calceteros, labradores. Historia negra, mejor que novela negra.

Los principales actores de la trama son los siguientes:

- Antonio Pérez, el elegante secretario real, culto, seductor, intrigante y corrupto. Asesino incluso, pues concibe la muerte de Escobedo y logra que el rey la decrete secretamente encargándose de organizar su aparatosa ejecución: dos envenenamientos fracasados (con el ajusticiamiento de una criada inocente) y un traicionero acuchillamiento nocturno en cuadrilla. Luego, ciertamente, el personaje será víctima de la venganza del incipiente poder absoluto del monarca. Aunque, al final, ha de figurar como traidor por sus alianzas con enemigos extranjeros. Murió pobre y solo en París.
- La princesa de Éboli, rica hembra castellana, viuda de un ilustre servidor real, urdidora de enredos sentimentales y políticos como probable amante de Antonio Pérez, lo que le valdrá el encierro de por vida en su palacio de Pastrana.
- Felipe II, el llamado rey prudente, aparece como un ser atormentado, indeciso, desconfiado, manipulador, prepotente y vengativo. Controla a su hermanastro don Juan de Austria y ordena el asesinato del secretario

de éste, Escobedo; maneja la represión mediante resortes infames, que incluyen el tormento y las cárceles secretas; se venga de sus fracasos sentimentales empleando el poder real; enfrenta a unos contra otros en la corte, aunque sin poder impedir ser el mismo objeto de manipulación por sus servidores. La gota le corroe.

- El conde de Chinchón, tejedor de trampas y venganzas particularmente como enemigo de los Villahermosa desde la muerte de su cuñada a manos del primogénito del ducado, entonces conde de Ribagorza, en el desairado papel de marido engañado.
- El marqués de Almenara es el altivo delegado del monarca que logra concentrar todos los resortes del poder central en Aragón. Cuando muere en la rebelión zaragozana, ni el benigno obispo de Teruel designado como virrey títere ni las restantes autoridades regias disponen de capacidad para encauzar los acontecimientos.
- El duque de Villahermosa figura en todo caso en la historia como apocado descendiente de una prestigiosa dinastía de origen regio, desempeñando papeles equívocos en la sublevación.
- Diego de Heredia, barón de Bárboles, es el impulsivo capitán de la rebelión popular, arrojado pero cruel, que terminará sufriendo durísimo tormento antes de ser ajusticiado.
- Juan de Lanuza el Mozo, heredero de la saga de justicias, se nos presenta bisoño, crédulo y simplón, hasta el extremo de creer que podía levantar un ejército contra el rey sin incurrir en traición. La piedad que genera su ignorancia, la indignación que estimula su condena sin proceso, la simpatía que determinan su juventud y gallardía, y aun, de otro lado, el rechazo que provoca la figura rencorosa del rey son circunstancias que no pueden ocultar la gravedad del hecho ni la evidencia de su autoría. La calificación jurídica de la entrada del ejército regio en Aragón no fue contrafuero por más que se proclamara lo contrario por los lugartenientes y letrados que asesoraban al justicia y por más que se siga manteniendo por algunos autores, a veces muy enfáticamente, como si fuera algo que no admitiera la más mínima duda. El fuero que se considera infringido prohibía simplemente la persecución de delincuentes en el Reino por autoridades de otros territorios de la Corona. Entender que en esa regla estaba incluido el mismo rey implica considerar que el monarca era autoridad extranjera a la que el Reino podía enfrentarse por la fuerza. Felipe II, como soberano legítimo de Aragón y conforme a la legalidad de la época, tenía la potestad de sofocar la sedición como lo hizo, por más que la misma existencia de ese poder absoluto y la forma en la que se empleó nos parezcan hoy atrocidades.

- Alonso de Vargas es el general al mando del ejército real. Eficiente, pero sensato, postuló vías de entendimiento tras sofocar la rebelión aragonesa, aunque hubo de aplicar, obediente y enérgico, los castigos ordenados por el rey.

En todo caso, el nervio principal del relato, la justificación del interés del historiador, lo constituye la tensión entre las tendencias centralizadoras del absolutismo monárquico y las resistencias territoriales de origen medieval. La unidad y fuerza del naciente Estado nacional enfrentadas a la dispersión y privilegios del viejo Estado feudal. Desde la nueva corte madrileña de los Austrias se reclamaban ya retazos de la uniformidad que sólo logrará imponerse por los Borbones tras la guerra de Sucesión.

No es Pidal la única fuente disponible. Desde la misma época en que se produjeron las alteraciones hasta la actualidad, diversos autores han tratado de ellas prolijamente. Ni siquiera estoy en condiciones de valorar la completa fiabilidad de la obra del marqués. No obstante, se advierte en ella la reiteración de elementos que ya estaban en las crónicas de Lupercio de Argensola o Blasco de Lanuza (1622) y que figurarán después también en los relatos de Gregorio Marañón (1947) o últimamente de Jesús Gascón (2010), entre otros autores que se han ocupado de los acontecimientos.

En toda la historiografía, el origen de los problemas se relaciona con las luchas de vasallos que desean abandonar la potestad señorial para acogerse a los beneficios del realengo (Ariza, Ayerbe, Monclús). Particular atención se presta a la auténtica guerra desatada en el condado de Ribagorza, que quedó sujeto a un duro régimen popular bajo el control de Juan de Ager. Siguen los enfrentamientos por el fuero de Segorbe en las comunidades de Teruel y Albaracín, las terribles matanzas de moriscos y el conflicto sobre el nombramiento de virrey extranjero, con sus tensiones políticas y jurídicas. En ese contexto efervescente, las historias encaran ya las andanzas y vicisitudes de Antonio Pérez, su huida a Aragón y la aplicación del privilegio de la manifestación, que lo sitúa fuera del alcance de la potestad regia. En episodios posteriores, las historias van dando cuenta detallada del alzamiento de este reino en las jornadas del 24 de mayo y 24 de septiembre de 1591, para alcanzar finalmente la relación de los severos castigos y remedios aplicados, que culminan con las reformas de los fueros en las Cortes de Tarazona de 1592.

Las diferencias no se encuentran en los hechos, salvo las aportaciones derivadas del mejor conocimiento de los mismos. Las divergencias se advierten en las interpretaciones de lo acaecido que ofrecen los distintos escritores.

Los primeros cronistas castellanos, como Antonio de Herrera (1612) o Diego Murillo (1616), reprochaban el comportamiento colectivo rebelde del Reino de Aragón. La reacción reclamando la fidelidad aragonesa llegó enseguida de la mano de Argensola o Blasco de Lanuza (1622). Se forjó, así, la

línea hermenéutica dominante hasta época reciente, que canaliza las responsabilidades hacia las personas de diversos estamentos que lideraron los sucesos, en cuyas manos estaría el manejo de los flujos populares. No obstante, los fundamentos ideológicos de ese entendimiento, en el marqués de Pidal (1862) o en Gregorio Marañón (1947), ya no se encuentran en la defensa del Reino de Aragón, sino más bien en la consideración de la solidez de los valores que concurrieron a la formación de la nación española. Visiones nacionalistas ambas, por tanto, pero de distinta dimensión.

En la última aportación a este debate, Jesús Gascón (2010) reclama el singular compromiso del pueblo en el alzamiento del reino contra el rey. Para sostener tal criterio, quizá sea excesivo desdeñar a los cronistas regnícolas calificándolos de «apologéticos» y a los historiadores liberales atribuyéndoles la tesis del exclusivo origen «aristocrático» de la rebelión. Los comerciantes, pelaires, calceteros y labradores están mencionados frecuentemente en todos los relatos, que en ningún momento descartan ni ocultan la participación popular. Cuestión distinta es la de si esos personajes cobran un significado propio como actores que desempeñan una función autónoma, permitiendo quizá plantear la rebelión de 1591 como una tempranísima revolución.

De haber intuido esto último Felipe II, probablemente la reacción hubiera sido mucho más severa. Cabe pensar que el enorme conglomerado de territorios sujeto a su poder estaba cuarteándose de manera acelerada. Los acontecimientos de Aragón eran probablemente el preludio de los conflictos y las guerras de secesión, que se generalizarían en la centuria siguiente en los dominios de los Austrias hispanos y que triunfarían entonces en Flandes y Portugal, estando a punto de hacerlo en Cataluña.

En todo caso, la historia resulta apasionante.

FERNANDO LÓPEZ RAMÓN
Catedrático de Derecho administrativo
Universidad de Zaragoza

El conocido administrativista y director de la Real Academia Española nos ofrece un sorprendente estudio sobre la vida y la obra de Cervantes. La sorpresa deriva, ante todo, de la amplitud de perspectivas que confluyen en el trabajo. Éste, aun conteniendo importantes informaciones y reflexiones jurídicas, rebasa con mucho el ámbito del derecho, pues comprende enfoques históricos, literarios, filológicos y otros.

Ciertamente, el autor nos tiene acostumbrados a publicaciones solventes sobre temáticas y cuestiones de muy diverso alcance, pero aquí ha llegado a cotas especialmente elevadas. Baste, en tal sentido, con considerar que la bibliografía manejada ocupa más de 200 páginas del volumen, calculo que con unas 4.000 referencias. Formidable material que es empleado a conciencia para forjar un completo estudio sobre las interpretaciones de la figura y la obra cervantinas.

El libro se inicia con el análisis del proceso de conocimiento de la azarosa vida de Cervantes, que ha debido ser reconstruida por sucesivos biógrafos. Sigue con las referencias al tratamiento editorial del Quijote, poniendo de relieve las diferentes visiones planteadas sobre el significado de la novela. A continuación, se exponen las fuentes de la obra cervantina y se van analizando los elementos que han ido configurando su comprensión: la literatura popular y folclórica, que se refleja en el empleo de refranes y situaciones carnalescas; la decadente situación política y social de la época determinante de las exposiciones de los arbitristas y constatada en la presencia de diversos grupos de marginados; el pensamiento religioso dividido entre las posiciones erasmistas, las supersticiones populares, la intolerancia inquisitorial y el integrismo tridentino; los debates y polémicas sobre el matrimonio y las relaciones de pareja; el mundo de la magia, los hechiceros y las brujas; hasta llegar a las visiones sobre la legislación y la justicia.

Es un notable conjunto de elementos tratados con maestría. El lector encontrará en la voluminosa obra, no sólo muestras patentes de una elevada erudición, sino también consideraciones e interpretaciones propias de una avanzada crítica literaria. La lectura merece la pena.

FERNANDO LÓPEZ RAMÓN
Catedrático de Derecho administrativo
Universidad de Zaragoza

Juan M.^o PEMÁN GAVÍN: *Derecho sancionador bancario. El régimen sancionador de las entidades supervisadas por el Banco de España*, Iustel, 2022, 333 págs.

Más allá del marco general contemplado en las leyes 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LJRSP), y de las normas generales de procedimiento que resulten de aplicación, el denominado Derecho Administrativo Sancionador constituye una materia de formidable amplitud e innegable relevancia práctica dentro del Derecho Público. Ciertamente, la legislación referente a la potestad sancionadora resulta inabarcable, por cuanto la misma se proyecta sobre los más variados sectores de regulación administrativa. Por este motivo, y habida cuenta de la dispersión y complejidad en las fuentes normativas, han de ser bienvenidos estudios monográficos rigurosos sobre ámbitos concretos, en los que se profundice en la necesaria articulación de la normativa general con la sectorial, como el que en estas breves líneas se da noticia.

Su autor, Juan M.^o PEMÁN GAVÍN, Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de Zaragoza, nos ofrece un tratamiento sistematizado, cabal y renovado del régimen sancionador al que se encuentran sujetas las entidades de crédito y demás entidades supervisadas por el Banco de España; un ámbito en el que la producción normativa, jurisprudencial y doctrinal resulta descomunal y que, a su vez, como holgadamente se encarga de demostrar el autor, se caracteriza por poseer una serie de características que hacen del mismo un ámbito sumamente peculiar. El marco regulador y supervisor al que están sujetas las entidades de crédito resulta, en comparación con otros sectores, especialmente prolijo y severo.

Se trata, asimismo, de un ámbito de gran trascendencia y complejidad, cuyo influjo sobre otros sectores resulta más que evidente. En efecto, en los últimos años se han elaborado meritorios estudios sobre la regulación del sector crediticio, entre los que sin ánimo de exhaustividad cabe destacar las valiosas aportaciones de autores como C. ALONSO LEDESMA, J. ESTEBAN RÍOS, I. FERNÁNDEZ TORRES, M. IZQUIERDO CARRASCO, M.L. LARA ORTIZ, M.^o A. SALVADOR ARMENDÁRIZ o J.A. UREÑA SALCEDO. Sin embargo, hasta la fecha no se había publicado ninguna monografía sobre el régimen sancionador bancario adaptada a la legislación bancaria promulgada en los años 2012-2015; razón por la cual, la aportación del profesor PEMÁN presenta especial interés y valor añadido.

Por lo que respecta a su contenido, es preciso advertir de que, a pesar de lo que su modesto título pudiera sugerir, se engañaría quien pensara que

estamos ante una exposición puramente descriptiva. El libro encierra un estudio dogmático de extraordinario rigor enmarcado en los principios que rigen el Derecho Administrativo Sancionador y que actúan como herramientas al servicio del control de la discrecionalidad administrativa.

En el libro subyace claramente la preocupación del autor por lograr el adecuado equilibrio entre la potestad sancionadora y las garantías que se han de reconocer a los actores privados como necesario contrapeso al formidable haz de facultades que se han atribuido a las autoridades de regulación y supervisión, para lo que es preciso articular la eficacia del sistema sancionador con las imprescindibles garantías formales y sustanciales.

En este sentido, el autor se muestra especialmente crítico con aquellos preceptos que claramente incurrir en vulneración del principio de legalidad, tanto en su manifestación de predeterminación normativa como de reserva de ley. También resultan muy interesantes las reflexiones acerca de la responsabilidad y culpabilidad en el ámbito sancionador bancario, en el que claramente se tiende a la objetivación de la responsabilidad. El profesor PEMÁN examina supuestos que se acercan rotundamente a una especie de responsabilidad cuasi-objetiva, de modo que, verificada la realidad objetiva de un incumplimiento, la posibilidad de que prosperen las exoneraciones vinculadas a la ausencia de culpabilidad es verdaderamente limitada.

La estructura seguida resulta coherente con los objetivos propuestos y permite al lector hacerse una idea *prima facie* del contenido que se examina en cada apartado. La monografía se divide en dos partes, una primera parte dedicada a la experiencia histórica vivida en España, en la que se exponen los antecedentes normativos del derecho vigente, y se analizan los condicionantes que derivan del Derecho Europeo en materia de sanciones bancarias, que consta a su vez de tres capítulos, y una segunda parte, considerablemente más desarrollada, dedicada al régimen sancionador de las entidades de crédito vigente en el momento presente, con ocho capítulos, en la que se subrayan sus características más destacadas en relación con la tipificación de las infracciones, las personas responsables, las sanciones que procede imponer y el procedimiento sancionador.

Finalmente, el estudio se completa con unas sugestivas reflexiones acerca del efectivo papel que desempeña el Derecho sancionador bancario dentro del amplio conjunto de herramientas del que están dotadas en el momento presente las autoridades supervisoras para mantener la disciplina y la estabilidad en el sector financiero. Asimismo, se dedica una nota incorporada como Apéndice al estudio al régimen sancionador aplicable en el ámbito de la recuperación y resolución de entidades de crédito y un anexo legislativo.

Son muchos los méritos y las aportaciones de este libro. Destaca, desde luego, su reflexión sobre el papel efectivo que en la práctica está jugando

el Derecho Sancionador bancario, tal como se está aplicando por el Banco de España y por el Banco Central Europeo tras la entrada en vigor de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito (LOSSEC) y la puesta en funcionamiento del Mecanismo Único de Supervisión (MUS). En concreto, ante la escasez sancionadora, el autor se plantea si nos encontramos ante el síntoma de una actitud pasiva o indolente por parte del supervisor o si, por el contrario, el mismo es resultado del elevado nivel de diligencia en el cumplimiento de las exigencias regulatorias.

Sin duda, estamos ante un estudio de gran valor, llamado a convertirse en una obra de referencia para cualquier investigación que en el futuro se elabore con cierta vinculación a la misma. Se trata de un estudio apropiado y de gran utilidad para aquellos que gozan de cierto recorrido en la materia, pero también para aquellos que se aproximan por vez primera al estudio del Derecho Sancionador Bancario, siempre que se disponga un cierto conocimiento de la parte general del Derecho Administrativo Sancionador.

En definitiva, la monografía del profesor PEMÁN merece ocupar un lugar destacado entre las dedicadas al estudio del Derecho Administrativo Sancionador y de la regulación del sistema financiero.

LUCÍA COFRADES AQUILUÉ
Becaria de investigación
Universidad de Zaragoza