

Nº 5
Primer trimestre 2016

Gabilex

Revista del Gabinete Jurídico
de
Castilla-La Mancha



© Junta de Comunidades de Castilla La Mancha



Castilla-La Mancha

**REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

Número 5. Marzo 2016

Revista incluida en Latindex y Dialnet

Editado por Vicepresidencia

D.L. TO 862-2014

ISSN 2386-8104

revistagabinetejuridico@jccm.es

Revista Gabilex no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas por sus colaboradores en los artículos firmados que se reproducen.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley.

DIRECCIÓN

D^a Araceli Muñoz de Pedro

Directora de los Servicios Jurídicos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha

CONSEJO DE REDACCIÓN

D^a Belén López Donaire

Letrada Coordinadora del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha

D. Roberto Mayor Gómez

Letrado del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha

D. David Larios Risco

Letrado del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. Letrado de la Administración de la Seguridad Social

D. Jaime Pintos Santiago

Cuerpo Superior Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha



Castilla-La Mancha

Gabilex
Nº 5
Marzo 2016

SUMARIO

ARTÍCULOS DOCTRINALES

Editorial

Las Directivas de contratación pública y su efecto directo.....7

El Consejo de Redacción

“EL REQUERIMIENTO PRELIMINAR ENTRE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS DEL ART.44 DE LA LEY REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA”.....13

D. José Ramón Chaves García

“TRAGSA Y LAS ENTIDADES LOCALES. ENCOMIENDAS, CONVENIOS Y CONTRATOS PÚBLICOS (I)”.....37

D. Jaime Pintos Santiago

“LA INDEFENSIÓN DE LOS OPOSITORES Y LA IMPUNIDAD DE LOS ÓRGANOS DE SELECCIÓN EN LAS PRUEBAS O EJERCICIOS ORALES DE ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO: HACIA UN CAMBIO NECESARIO E IMPRESCINDIBLE” ...61

D. Roberto Mayor Gómez



“LA ASISTENCIA SANITARIA EN ESPAÑA, ESPECIAL REFERENCIA A LA PRESTACIÓN SANITARIA A LOS EXTRANJEROS EN SITUACIÓN IRREGULAR DESPUES DE LA MODIFICACIÓN OPERADA POR EL REAL DECRETO-LEY 16/2012”83

D. Leopoldo J. Gómez Zamora

“UNA LECCIÓN DE PRAGMATISMO: EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DEL REINO UNIDO”122

D. Carlos María Rodríguez Sánchez

“DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. PRINCIPIOS DE LA POTESTAD SANCIONADORA”142

D^a Irene Nuño Jiménez

Dr. D. Francisco Puerta Seguido

RESEÑA DE LEGISLACIÓN

COMENTARIO A LA APLICACIÓN DIRECTA DE LAS NUEVAS DIRECTIVAS EUROPEAS CONTRATACIÓN PÚBLICA.....193

D. Jerónimo Martínez García

D^a Ana Isabel Elez Gómez

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA

COMENTARIOS A LA SENTENCIA Nº 574/2016 DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPREMO (SECCIÓN SEXTA) DE 14 DE MARZO DE 2016: FALTA DE LEGITIMACIÓN PASIVA DE GOOGLE SPAIN S.L EN PROCEDIMIENTO DE TUTELA DE DERECHOS AL NO SER RESPONSABLE DEL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES.....205

D. Roberto Mayor Gómez

COMENTARIOS A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 3 DE MARZO DE 2016: GRABACIÓN DE IMÁGENES DE TRABAJADORES SIN OBTENER SU CONSENTIMIENTO PREVIO.....225

D. Roberto Mayor Gómez

COMENTARIOS A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 17 DE MARZO DE 2016: INCONSTITUCIONALIDAD Y NULIDAD DEL ARTÍCULO 102 BIS, PRIMER PÁRRAFO DEL APARTADO 2, DE LA LEY 29/1998, DE 13 DE JULIO, REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA239

D. Roberto Mayor Gómez

SANCIONES POR DISTRIBUCIÓN INVERSA DE MEDICAMENTOS: A PROPÓSITO DE LA RECIENTE DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA-LA MANCHA.....249

D. David Larios Risco

Bases para la publicación.....262



Castilla-La Mancha

Gabilex
Nº 5
Marzo 2016

EDITORIAL

Las Directivas de contratación pública y su efecto directo

El 20 de diciembre de 2011 tres nuevas propuestas de directivas sobre contratación pública vieron la luz. Las tres fueron finalmente publicadas ya como Directivas en el Diario Oficial de la Unión Europea, Serie L 94/46 de 28 de marzo de 2014, entrando en vigor a los veinte días de su publicación. De las tres nuevas Directivas, todas de fecha 26 de febrero de 2014, dos derogan a las Directivas 2004/18/CE y 2004/17/CE y la tercera es una nueva Directiva que regula una laguna existente hasta la fecha en el Derecho de la Unión Europea, la de los contratos de concesión de servicios, dado que las concesiones de obras si encontraban abrigo en las Directivas ahora derogadas.

Así, nos encontramos con un nuevo paquete legislativo, que se ha llegado a conocer como la cuarta generación de Directivas de la Unión Europea en materia de contratación pública, formada por:

- La Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.
- La Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE.
- La Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE.

La Directiva es una fuente del Derecho de la Unión Europea que supone una legislación en dos etapas, de manera que cuando se dirigen a todos los Estados, como es habitual en el caso de las Directivas en materia de contratación pública, se presenta como un procedimiento de legislación indirecta que en la práctica pasa a tener un alcance general.

Las Directivas obligan en cuanto al resultado, dejando a los Estados la competencia en cuanto a la forma y los medios de incorporación, de manera que establecen un plazo determinado para su ejecución, para su transposición. Este



plazo obligatorio para los distintos Estados tiene en el caso de la referida cuarta generación de Directivas sobre contratación pública un vencimiento próximo y su incumplimiento ha dado lugar a que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea condene en anteriores ocasiones a los Estados miembros que no han cumplido en este sentido, entre ellos España, que en ninguna de las ocasiones anteriores ha transpuesto en plazo las Directivas de contratación pública, y, sea como fuere, tampoco en la actual ocasión, pese a haberse iniciado los trámites de los correspondientes anteproyectos de Ley y a haberse incorporado ya algunos preceptos de las Directivas al actual texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público a través de diversas modificaciones legislativas.

El alto Tribunal de la Unión Europea ha establecido mecanismos para garantizar la aplicación de las Directivas cuando no se hubiesen incorporado en plazo por los Estados. Así, aunque la Directiva no es directamente aplicable, el alto Tribunal ha señalado que se podrá exigir la aplicación directa de aquellas disposiciones de una Directiva cuyo contenido sea claro, preciso e incondicional. Es lo que ya conocemos como 'efecto directo', principio este que es perfectamente aplicable a las Directivas sobre contratación pública.

El principio del efecto directo significa pues que todos los destinatarios de las normas europeas, tanto los Estados como los ciudadanos, quedan obligados por esas normas y pueden exigir su observancia ante los Tribunales internos.

A diferencia de anteriores ocasiones en las que no se transpuso en España las Directivas de contratación pública, el régimen organizacional en torno a la contratación pública ha evolucionado mucho y ha dado lugar a la existencia de numerosos órganos administrativos especializados en la materia, tanto de carácter consultivo como resolutorio. Esto ha traído como consecuencia que en esta ocasión la Junta de Contratación Administrativa del Estado publique con carácter oficial en el Boletín Oficial del Estado de fecha 17 de marzo de 2016 una Recomendación no vinculante sobre este efecto directo, que se ve también complementada con un Documento de trabajo sobre la aplicación de las Directivas Europeas de contratación pública realizado por los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales.

Es de este modo como nos encontramos a partir del próximo 18 de abril con un nuevo escenario para todos los operadores de la contratación pública, que añade incertidumbre e inseguridad jurídica a esta materia tan compleja y tan necesitada de una ordenada regulación, que ha sufrido en el vigente texto refundido y viene haciéndolo ya históricamente en las distintas leyes de contratos públicos, una ingente cantidad de modificaciones legislativas y que supone la principal herramienta de actuación administrativa con una importancia social, medioambiental y económica que llega a alcanzar aproximadamente el 20% del PIB y más de un tercio del presupuesto de las distintas Administraciones Públicas.

El Consejo de Redacción



Castilla-La Mancha

Gabilex
Nº 5
Marzo 2016

**REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

ARTÍCULOS DOCTRINALES



Castilla-La Mancha

Gabilex
Nº 5
Marzo 2016

EL REQUERIMIENTO PRELIMINAR ENTRE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS DEL ART.44 DE LA LEY REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVA

D. José Ramón Chaves García

**Magistrado especialista de lo contencioso-administrativo de la Sala del
Tribunal Superior de Justicia de Galicia**

Fecha finalización del trabajo: Marzo 2016

INDICE

- 1. INTRODUCCIÓN**
- 2. FUNCIONALIDAD Y CONTEXTO**
- 3. UN SOLO PRECEPTO PARA MUCHA ADMINISTRACIONES Y MÚLTIPLES SITUACIONES**
- 4. ÁMBITO DE APLICACIÓN**
- 5. NATURALEZA DEL ACTO DE REQUERIMIENTO**
- 6. DISTINCIÓN DE FIGURAS AFINES**
- 7. CARÁCTER FACULTATIVO**
- 8. FORMALIDADES**



-
9. EFECTOS DERIVADOS DEL RECHAZO DE SU CARÁCTER DE RECURSOS ADMINISTRATIVOS
 10. LA PERVERSA EXCLUSIÓN DE LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO
 11. A MODO DE CONCLUSIONES
 12. BIBLIOGRAFÍA
-

1. INTRODUCCIÓN

La Ley 29/1998, de 13 de Julio, Reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA) dedica su Título V a los “Procedimientos especiales”, cobijando el cauce para la tutela de derechos fundamentales, la cuestión de ilegalidad y el procedimiento en caso de suspensión administrativa de acuerdos.

Sin embargo, aunque disfrazado de “Diligencia preliminar” (rubrica de la Sección 1ª del Capítulo I, del Título IV) la propia Ley acoge materialmente en su artículo 44 lo que se alza en procedimiento especial de gran importancia en cuanto fija las condiciones de acceso a la jurisdicción de las administraciones públicas cuando una de ellas formular requerimiento a otra para que invalide una actuación que le perjudica.

Y es que si bien el proceso contencioso-administrativo está inspirado en alzar garantías judiciales de la contienda entre particular y administración, el mismo canaliza también los desencuentros jurídicos entre administraciones. En este ámbito, ya que todas están llamadas a perseguir el interés general conforme a su finalidad institucional, operan especialmente los principios de lealtad institucional y buena fe, aunque a veces “se rompe el amor” y la única manera de zanjar la situación es el litigio contencioso-administrativo con la secuela de la cosa juzgada.

2. FUNCIONALIDAD Y CONTEXTO

2.1 La funcionalidad práctica del que denominaremos “requerimiento preliminar” entre administraciones públicas es doble. Por un lado, evidencia la seriedad de la

situación problemática que lleva a una Administración a formalizar el debate frente a otra. Por otro lado, advierte de la posibilidad no deseable y subsidiaria de confrontación en sede judicial.

Los litigios entre administraciones son especialmente encarnizados ya que enfrentan intereses públicos y posiciones de autoridades cuya objetividad ha de presumirse, unido a que cada parte actuará normalmente servida por letrados públicos especializados. Y en definitiva, como todo proceso, comporta energías, desencuentros y demoras, en un ámbito como es el del servicio público donde son deseables la economía de fondos y la celeridad¹.

2.2 Así y todo, tales conflictos se agravan en un contexto de crisis económica y dispersión política. La crisis económica, puesto que la austeridad comporta el recorte de compromisos plasmados en convenios interadministrativos, lo que afecta a programas y expectativas de las administraciones que son alimentadas con financiación de otras. Y se añade la dispersión política por la notoria dificultad para el acuerdo o la transacción si los gobiernos de las administraciones implicadas son de distinto color, lo que empujará al conflicto.

Basta pensar en la patología de las impugnaciones selectivas de los gobiernos estatal o autonómicos cuando se orientan sobre las medidas adoptadas por gobiernos locales de distinto color, y que se articulan con previos requerimientos. O el caso de requerimientos de anulación formulados por autoridades y que provocan el inicio de un proceso contencioso-administrativo, que tras un cambio electoral, determinan que se produzca el allanamiento o desistimiento para poner fin al mismo.

Ahora bien, junto a la perversión del juego político que se sirve de los requerimientos como arma arrojadiza, la inmensa mayoría de los casos de

¹ “El particular puede o debe formular recursos administrativos frente a las decisiones de la administración, pero cuando una Administración defiende sus competencias y potestades frente a otra, la legislación procesal contempla un camino alternativo de efecto equivalente. Las Administraciones públicas se enfrentan entre ellas de igual a igual”. CHAVES GARCÍA, J.R. Y GALINDO GIL, M.D.: *Diccionario jurisprudencial del proceso contencioso-administrativo*, La Ley-El Consultor, Madrid, 2015, p.396.



requerimientos preliminares responden a situaciones en que existe un escenario objetivo de incertidumbre jurídica y en que cada parte actúa en la creencia de que el derecho y la razón le ampara.

3. UN SOLO PRECEPTO PARA MUCHAS ADMINISTRACIONES Y MÚLTIPLES SITUACIONES

3.1 De ahí que la Ley Reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa haya establecido un procedimiento especial con vocación de evitar el “estrépito de juicio”². Se trata de un precepto de simple apariencia pero de compleja lectura, y ello porque no debemos olvidar la enorme riqueza del derecho administrativo actual, caracterizado por pluralidad de administraciones públicas y cada una de ellas con vocación de servicio universal agotando su marco normativo. A ello se añade la complejidad y dinamismo objetivo del derecho administrativo aquejado de altas dosis de incertidumbre jurídica lo que propicia los pasos en falso o al menos arriesgados por administraciones que creen lealmente actuar dentro de la ley.

El art.44 de la LJCA dispone: “1. En los litigios entre Administraciones públicas no cabrá interponer recurso en vía administrativa. No obstante, cuando una Administración interponga recurso contencioso-administrativo contra otra, podrá requerirla previamente para que derogue la disposición, anule o revoque el acto, haga cesar o modifique la actuación material, o inicie la actividad a que esté obligada.(...) El requerimiento deberá dirigirse al órgano competente mediante escrito razonado que concretará la disposición, acto, actuación o inactividad, y deberá producirse en el plazo de dos meses contados desde la publicación de la norma o desde que la Administración requirente hubiera conocido o podido conocer el acto, actuación o inactividad.

3. El requerimiento se entenderá rechazado si, dentro del mes siguiente a su recepción, el requerido no lo contestara.

4. Queda a salvo lo dispuesto sobre esta materia en la legislación de régimen local.”

² HEINECCIO, J.: *Elementos de derecho romano*, Madrid, Ip.Eusebio Aguado, 1836. P.406.

3.2 El legislador se detiene ahí y huye de abordar la regulación especial del proceso en sí cuando están enfrentadas dos administraciones y ello pese a que existen situaciones conflictivas derivadas de la concurrencia de potestades y prerrogativas. Por ejemplo, la solicitud de medida cautelar de una administración respecto de otra ha de tener presente que concurren intereses públicos, por lo que la ponderación ha de ser exquisita y evitando la inercia a la ejecutividad del acto dictado por la administración requerida. Además la presunción de solvencia de la administración a la hora de pedir fianzas o garantías tendría juego para ambas partes.

Ello sin olvidar la posible concurrencia de pruebas de idéntico valor y signo contrario en lo acreditado, como por ejemplo, los testimonios documentados por parte de funcionarios de cada administración enfrentada y que se benefician respectivamente de la presunción lógica que desplaza la carga de la prueba.

Además tales pleitos suelen prolongar la agonía judicial, pues las sentencias dictadas por los Juzgados siempre admiten recurso de apelación (apartado c, del art.81.1 LJCA) y aunque los conflictos interadministrativos no tienen automáticamente abierta la puerta de la casación, normalmente versarán sobre cuestiones de cuantía indeterminada o implicarán cuestiones que sí facilitan el acceso.

4. AMBITO DE APLICACIÓN

4.1 De entrada, el propio legislador (art.44.4 LJCA) precisa que tal regulación no es aplicable a los requerimientos regulados en la legislación de régimen local, advertencia que resultaba innecesaria ya que el carácter especial de la regulación local (singularmente de la Ley 7/1985, de 2 de Abril, de Bases de Régimen Local-LBRL-) imponía su preferente aplicación a las relaciones conflictivas entre administraciones territoriales mayores y los entes locales. Se trata de los artículos 65 LBRL (requerimiento estatal o autonómico a ente local para la invalidez de acto que infringe el ordenamiento jurídico), 66 LBRL (requerimiento estatal o autonómico a ente local por menoscabar sus competencias), y 67 LBRL (requerimiento del gobierno de la nación a ente local por adoptar acuerdo que atenta gravemente el interés general de España), a los que se sumaría el art.60 LBRL recordatorio estatal o autonómico a ente local de ejercer sus competencias



cuando su cobertura económica está garantizada). Tal regulación especial desplaza la general del art.44 LJCA y es la que debe observarse cuando se produzcan sus presupuestos, esto es, cuando se trata del cuestionamiento en vía administrativa por la Administración estatal o autonómica de decisiones locales, como recuerda la STS de 26 de Septiembre de 2007 (rec.5003/2002).

Por tanto, quedarán dentro del juego del artículo 44 LJCA, por un lado, los escasísimos supuestos en que el Estado invoque títulos jurídicos distintos de los allí reconocidos para formular requerimientos de invalidez de los entes locales, lo que ofrece gran dificultad dada la fórmula genérica empleada por el art.65 LBRL.

Y por otro lado, los casos en que el requerimiento opera a la inversa, esto es, de los entes locales hacia la Administración autonómica o estatal solicitando su invalidez.

4.2 El propio legislador a través de la Ley 34/2010, de 5 de Agosto ha excluido de tal requerimiento preliminar los casos en que la Administración contratante pretenda “recurrir las decisiones adoptadas por los órganos administrativos a los que corresponde resolver los recursos especiales y las reclamaciones en materia de contratación”, debiendo interpretarse como “prohibitivo, porque si no sería redundante y un tanto contradictorio”³. En tal caso habrá que acudir al contencioso-administrativo directamente, lo que es lógico para evitar prolongaciones indebidas de la contienda una vez que ha fallado la vía del recurso especial contractual.

4.3 Una tercera cuestión sobre el ámbito de aplicación del procedimiento se plantea respecto de las administraciones que pueden beneficiarse del mismo.

Y ello tras dejar claro que ni en la letra ni la finalidad del art. 44 LJCA tiene cabida el requerimiento interno entre órganos administrativos, el cual debe solventarse

³ Así, MARTÍN REBOLLO, L. Y SÁNCHEZ LLAMELAS, A.: Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa con jurisprudencia, Aranzadi, Madrid, 2015, p.246.

por la vía del conflicto de atribuciones⁴. Se reserva el requerimiento preliminar para conflictos entre personas jurídico-públicas.

Pues bien, hay que descartar que se alce en privilegio de las administraciones territoriales ya que el precepto no distingue por lo que la referencia a “administraciones públicas” (art.44.1 LJCA) ha de comprender todas las indicadas en el art.1.2 LJCA, ya se trate de administraciones territoriales, institucionales o independientes⁵.

En cambio, las entidades que no revistan este carácter (Fundaciones o sociedades del sector público, por ejemplo) estarán privadas de esta prerrogativa que, como tal ha de ser objeto de interpretación restrictiva, y deberán acogerse si lo consideran oportuno al recurso de reposición potestativo⁶.

4.4 Por último, se plantea una cuestión sustancial, la relativa a si este trámite se aplica cuando el conflicto entre Administraciones se produce estando la potencialmente requirente en posición de “administrado” esto es, sin ejercer potestades ni competencias administrativas sino actuando como cualquier sujeto común; por ejemplo, un Organismo autónomo que solicita una licencia urbanística a un Ayuntamiento, o un Ayuntamiento que solicita una exención de tributo autonómico.

⁴ El art.20.3 de la Ley 30/1992, idéntico al inminente art.14.3 de la Ley 40/2016, de 1 de Octubre de Régimen Jurídico del Sector Público, dispone: *“Los conflictos de atribuciones sólo podrán suscitarse entre órganos de una misma Administración no relacionados jerárquicamente y respecto a asuntos sobre los que no haya finalizado el procedimiento administrativo”*.

⁵ E incluyendo a los órganos públicos que ejercen potestades administrativas o gubernativas, como la Sala de Gobierno de un Tribunal Superior de Justicia, que no podrán interponer recursos frente a una administración pública sino que podrán formular únicamente el requerimiento preliminar (STS de 30 de Noviembre de 2009, rec.231/2006).

⁶ Es el caso de las Universidades públicas que tras la Ley 39/2015, de 1 de Octubre de Procedimiento Administrativo Común y su coetánea Ley 40/2015, de 1 de Octubre de Régimen Jurídico del Sector Público, no tendrán la consideración de administraciones públicas por lo que no encajarían en el presupuesto legal de aplicación de tratarse de “administraciones públicas”.



Piénsese que aunque el art.44 LJCA no distingue, lo que no es admisible es que se establezca una dualidad de régimen procesal o tutela judicial efectiva si la pretensión, actuación y objeto litigioso son idénticos a los que pudieran afectar a un particular.

De ahí que en estas situaciones la administración no actúa en uso de sus potestades o competencias sino que actúa en simple uso de su personalidad jurídica, en pie de igualdad con los particulares, de manera que ello conduciría a la posibilidad de interponer recursos administrativos y con ello a que pudiera operar el instituto del silencio positivo ya que la finalidad objetiva del instituto del requerimiento preliminar consiste en reaccionar frente a la morosidad o inactividad en el ejercicio de potestades administrativas respecto a quien no tiene ni puede ejercer alternativas de orden político.

En esta idea, la jurisprudencia ha excluido la aplicación del artículo 44 LJCA cuando la Administración demandante actúa en la relación jurídico-administrativa como un particular y no como un poder público; dicho precepto se aplica cuando ambas actuaciones públicas están actuando como poder administrativo (STS de 20 de octubre de 2006,rec. 55/05). En cambio se considera que la administración estaba desprovista de su condición pública y actuando como un particular cuando es empresario que soporta un acta de liquidación de la inspección de trabajo (STSJ Madrid del 3 de octubre de 2011, rec. 1337/2010), o sujeto pasivo de un canon o tributo (STS de 28 de Junio de 2012, rec.3261/2009), o cuando es expropiada (STSJ Cataluña del 10 de diciembre de 2015 (rec. 395/2014). Bajo esta última perspectiva es ilustrativa la STS del 29 de septiembre de 2015 (rec. 2636/2013) considera que si el Ayuntamiento actúa como un particular, en este caso, como expropiado, no puede acogerse al régimen del requerimiento sino que debía haber interpuesto recurso de reposición: “Se aduce también en el motivo que el carácter de Administración pública del Ayuntamiento no se desvirtuaba en el caso de pretender la impugnación de un acuerdo de los órganos colegiados de valoración en las expropiaciones, de ahí la procedencia del requerimiento efectuado. (...) Aun cabría recordar, a la vista de lo que se razona en el escrito de interposición, que nunca se ha negado que el Ayuntamiento tuviera esa naturaleza pública, lo que se razona en la demanda es que en el concreto expediente de justiprecio, que es al que pone fin el acuerdo recurrido, el Ayuntamiento actuara investido de sus potestades administrativas, sino como el

particular expropiado y con la finalidad de que se fijase el justiprecio en igualdad de condiciones. Buena prueba de ello, y se deja constancia en la sentencia, es que el Ayuntamiento actuaba en dicho expediente sin estar investido de potestad administrativa alguna para poder adoptar decisión alguna sobre el objeto del mismo, la fijación del justiprecio, que es la característica y el fundamento del trámite previo a la vía contencioso-administrativa.”

De ahí que los órganos jurisdiccionales tienen la carga de examinar como presupuesto de idoneidad del requerimiento, la cuestión de si la administración requirente actuaba o no en uso de potestades administrativas⁷.

5. NATURALEZA DEL ACTO DE REQUERIMIENTO

5.1 El legislador buscando el lenguaje políticamente correcto y la bonhomía entre administraciones, ha excluido la técnica de los “recursos administrativos” entre administraciones públicas. Late la idea de que el término “recurso” ofrece connotaciones de servilismo y ruego de una administración hacia otra, por lo que se ha optado por la denominación más neutral de “requerimiento”.

5.2 Aunque la LJCA sitúa esta incidencia del requerimiento como “Diligencia preliminar” la misma participa de la naturaleza de instituto transaccional. En este sentido, la STS de 25 de Mayo de 2009 (rec.4808/2005) lo alza como ocasión de “dar a la Administración requerida la posibilidad de reconsiderar sus decisiones y así procurar una solución que soslaye el conflicto; pero por su carácter de técnicas de acuerdo y entendimiento no son, insistimos, ni por su naturaleza ni por su tramitación cauces impugnatorios como los recursos administrativos”.

Esta última precisión desvincula este singular requerimiento de la naturaleza de “recurso administrativo”, como se ha ratificado en la reciente STS de 19 de Febrero de 2016 (rec.3685/2013).

⁷ Cuestión no exenta de dificultades como la resuelta en sentido favorable al requerimiento preliminar, en el caso zanjado por la STS de 23 de Marzo de 2015 (rec.956/2013) sobre la reclamación de la Diputación al Estado para que retenga un ingreso público provincial a un Ayuntamiento.



5.3 Aunque el art.44.1 destierra los recursos de reposición y alzada entre administraciones, ello no impide, por no estar expresamente prohibido, que una administración ejerza su derecho frente a otra para solicitar la revisión de oficio de acto nulo de pleno derecho del artículo 102 de la Ley 30/1992 (puerta abierta que parece dejar la STS de 19 de Febrero de 2016, rec.3685/2013, en línea con la STS de 17 de Abril de 2013) ⁸. Y ya frente a la desestimación de la eventual solicitud de revisión de oficio de acto nulo podrá la Administración perjudicada acudir a la jurisdicción contenciosa, previo –ahora sí- requerimiento potestativo.

Además reseñaremos que la STS de 23 de Marzo de 2015 (rec.956/2013) ha reservado el requerimiento preliminar, con exclusión de las reclamaciones económico-administrativas (con un voto particular) en los conflictos entre administraciones sobre esta última materia.

6. DISTINCIÓN DE FIGURAS AFINES

6.1 Hemos de distinguir el requerimiento aquí tratado de los parientes lejanos y próximos.

De los parientes lejanos pues este requerimiento es distinto del conflicto de competencias que se puede plantear ante el Tribunal Constitucional entre Estado y CCAA (arts.60 a 72 LOTC), el cual además solo podría fundarse en vicios de falta de competencias de la administración requerida según deriva del denominado bloque de la constitucionalidad.

⁸ Esta última sentencia pone el acento en las distintas consecuencias de una u otra vía: *“Tiene, pues, razón la representación de la Junta de Andalucía al señalar que el plazo para la interposición del recurso contencioso-administrativo contra la desestimación por silencio de la solicitud ---que no requerimiento--- formulada para ante el Ayuntamiento de Almuñécar para la revisión del Estudio de Detalle litigioso, es el previsto en el artículo 46.1 de la LRJCA, y no el contemplado en el artículo 44, en relación con el 46.6 de esa Ley, como se indica por la Sala sentenciadora.”*

De los parientes próximos pues este requerimiento de cuño procesal es distinto del requerimiento de invalidez propio del ámbito local y enmarcado en las relaciones interadministrativas⁹.

También es distinto del requerimiento prestado para solicitar la asistencia o auxilio a que se refiere el art. 4 d, de la Ley 30/1992 (ejecución de actos administrativos) que sea “necesaria para el eficaz ejercicio de las competencias” siempre que esté al alcance de la administración requerida¹⁰.

Y también es distinto del requerimiento potestativo para el cese de la vía de hecho, regulado con carácter general en el art.30 LJCA, ya que cuando se trata de una Administración que actuando como poder público reclama el cese de la vía de hecho, lo suyo es acudir potestativamente al requerimiento preliminar que se orientará literalmente para que “haga cesar o modifique la actuación material”, fórmula equivalente a la actuación fuera de procedimiento o de competencia.

6.2 Esa diferencia de régimen y naturaleza del requerimiento examinado respecto de las otras figuras, cierra el paso a la aplicación de la analogía. De hecho el art.4.1 del código civil precisa que “Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón”. Y de las figuras expuestas la identidad de razón solo podría apreciarse en relación con los requerimientos

⁹ Comparten su carácter potestativo según la STSJ Andalucía de 3 de Octubre de 2011(rec.1337/2010): *“La única prohibición que podemos deducir de la legislación citada, en los recursos interadministrativos, es la de formulación de recurso alguno en vía administrativa, pero en lo demás -y en ausencia de prohibición alguna- el carácter potestativo hemos de considerarlo tanto en cuanto a la utilización del requerimiento previo, o no, como en cuanto a la misma utilización del sistema específico previsto bien en la norma procesal (44 y 46 de la LJCA) como en la específicamente material (65 de la LBRL y 215 del ROF)”*. En cambio, distinto es el plazo para formularlo: dos meses para el requerimiento preliminar y quince días cuando se trata de un acuerdo local por la vía del art.65 LBRL.

¹⁰ Este es un deber general del que solo cabe exención cuando no se esté facultado, u ocasione perjuicio, pero debiendo el requerido comunicar estas razones. Cfr. GÓMEZ PUENTE, M.*La inactividad administrativa*, Aranzadi, 2000. pp 911-914.



propios del ámbito local, aunque se rompe el lazo dada la naturaleza procesal del instituto analizado, diferente del requerimiento propio de la esfera local de naturaleza administrativa¹¹.

7. CARÁCTER FACULTATIVO

El ejercicio o no de tal requerimiento es una potestad discrecional de cada administración, que al hacer entrar en juego el conflicto interadministrativo se aproxima a la “discrecionalidad política” pues es cuestión de oportunidad plantearlo aunque es cuestión de legalidad el modo de fundarlo.

Este requerimiento tiene carácter de potestativo para la Administración que pretenda interponer recurso contencioso administrativo contra otra, como resulta

¹¹ Se impone una aplicación casuística. Por ejemplo, en el ámbito local si el Estado solicita información complementaria para valorar la oportunidad del requerimiento (art.64), la misma habrá de remitirse en veinte días hábiles, y el plazo no empieza a transcurrir hasta que lo remita. En cambio en el requerimiento preliminar no se contempla tal posibilidad en el art.44.2 LJCA por lo que no sería posible, sin olvidar que, como se encarga de subrayar la STS de 25 de Noviembre de 2008 (rec.1256/2006) el plazo del requerimiento es procesal y se ajusta a las reglas de improrrogabilidad derivadas del art.128 LJCA. No obstante, se ha apuntado que “habrá que estar a las circunstancias del caso y a la razonabilidad de pedir la ampliación. Desde luego sería admisible en el caso en que sólo a través de esa ampliación de información pudiese tener la Administración requirente adecuado conocimiento del acto, actuación o inactividad de la Administración requerida”, GOMÉZ DE MERCADO, Francisco, y otros, en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*, Thomson-Aranzadi, 2002, p.432.

En cambio, cabría la aplicación analógica de la solución jurisprudencial en caso de que el ente local notifique el acuerdo y posteriormente se publique oficialmente, ámbito en que se ha precisado que el plazo arranca de aquella notificación personal y no de la ulterior publicación oficial (como afirma en materia urbanística la STS de 17 de Diciembre de 2014, rec.1160/2012), y ello con mayor razón cuando el art.44.2 LJCA precisa que comienza el cómputo desde que “hubiera podido conocer el acto, actuación o inactividad”.

del uso de la forma verbal de “podrá”, empleada por el citado artículo 44.1 LJCA¹².

Y en este sentido, aunque la cortesía y la lealtad institucional pueden aconsejarlo, el requerimiento es facultativo, y no es requisito previo para impugnar en vía contencioso-administrativa. Así lo precisa la STS de 19 de Febrero de 2016 (rec.3685/2013).

Haremos constar que en la práctica pocas veces una Administración adopta una actuación lesiva para otra a sus espaldas. Normalmente cuando una Administración toma un acuerdo que puede perjudicar a otra, suele contar con su audiencia, informe o participación en la toma de decisión. También se produce la conexión y cambio de impresiones entre las autoridades. Cuando finalmente se adopte el acuerdo y se ponga en comienzo de la Administración afectada, es cuando arrancará el plazo para formular el requerimiento potestativo, pero normalmente el mismo no brota por sorpresa. Y de igual modo, antes de formularse tal requerimiento o respuesta, el rumor o noticia llega a la autoridad de la administración requerida. En definitiva, la singularidad de la tramitación del requerimiento preliminar radica en el telón de fondo político que suele agitarse y que se superpone a un procedimiento diseñado sobre fríos formas y plazos.

8. FORMALIDADES

8.1 El requerimiento de invalidez deberá efectuarse por el órgano competente de la Administración requirente, cuestión que debe examinar se a la luz de la regulación de su estructura orgánica, aunque normalmente corresponderá tal

¹² Curiosamente, la STS de 11 de Octubre de 2011 (rec.4317/20008) encarecía el uso de los mecanismos no judiciales de resolver controversias al afirmar: *“De ahí que las Administraciones Públicas tengan la obligación de resolver las posibles diferencias o discrepancias que entre ellas se susciten en el ámbito que delimiten las normas por las que se rigen esas relaciones y, en consecuencia, agotar los medios de solución que procedan, sin que en último término y agotados esos instrumentos que propicien el acuerdo, les esté vedado el acudir a los Tribunales para obtener una solución definitiva al conflicto”*.



competencia al mismo órgano que la tiene para ejercitar acciones judiciales, pues el requerimiento es la antesala de las mismas.

Como garantía adicional cuando se trata de una administración local, se contempla una doble necesidad. La de la autorización de la acción para litigar y la del dictamen jurídico, aunque ambos requisitos son inexcusables pero también subsanables, habiendo afirmado la reciente STS de 14 de Marzo de 2014 (rec.3793/2011) que “Si resulta subsanable la omisión del preceptivo acuerdo de las personas jurídicas para el ejercicio de acciones judiciales, tanto más lo es, en fin, la falta del preceptivo informe jurídico igualmente requerido, conforme a la normativa sobre régimen local que igualmente se cita en el recurso”.

8.2 Como destinatario la Ley precisa que “habrá de dirigirse al órgano competente”, que será el que dicte o firme o asuma la actuación controvertida, aunque será igualmente válido si tiene entrada en el Registro idóneo de la Administración a la que pertenece dados los términos del art.20.1 de la Ley 30/1992, que imponen la remisión de las actuaciones al “órgano que considere competente, si éste pertenece a la misma Administración pública” y ello con mayor razón puesto que no toda disposición competencial y orgánica goza de publicidad oficial¹³.

8.3 En cuanto al momento idóneo para plantearse, dada su finalidad y carácter de “diligencia preliminar” debe ser antes de iniciarse el proceso contencioso-administrativo¹⁴.

¹³ Favorable a tal posibilidad, también se pronuncia SANTAMARÍA PASTOR, J.A. y varios más, en “1700 dudas sobre la Ley de lo contencioso-administrativo” Ed.La Ley Wolters Kluwer, 2014 p.688.

¹⁴ Aunque nada impide que, fuera de la regulación del art.44 LJCA, las administraciones puedan entablar negociaciones o formularse recíprocos requerimientos que allanen el camino hacia una eventual transacción, allanamiento o pérdida de objeto. De hecho, el art.77 LJCA tras precisar que los representantes de las Administraciones públicas necesitarán la autorización oportuna para llevar a efecto la transacción, precisa que “*El intento de conciliación no suspenderá el curso de las actuaciones salvo que todas las partes personadas lo solicitasen y podrá producirse en cualquier momento anterior al día en que el pleito haya sido declarado concluso para sentencia*”.

Y para ello se dispone de un plazo de dos meses, pero no para formularlo o registrarlo sino para que llegue a efectivo conocimiento de la Administración requerida, esto es, a través de su registro, como precisa la STS de 4 de Marzo de 2013 (rec.5079/2011): “Si bien, cuando se opta por el requerimiento previo en lugar de acudir directamente al recurso contencioso-administrativo, es necesario presentarlo ante la Administración requerida dentro del plazo previsto y no basta con dictar en ese plazo la resolución por la que se dispone el requerimiento ni tampoco que se registre su salida dentro del plazo señalado, sino que se requiere que llegue a conocimiento del requerido, lo que se corresponde con la fecha de presentación en el registro del órgano administrativo al que va dirigido o en las demás formas previstas legalmente (STS de 13 de septiembre de 2012, recurso 4453/2009).”

8.4 Sus requisitos materiales son formulados de forma tan breve como clara pues se impone “escrito razonado que concretará la disposición, acto, actuación o inactividad”. De ahí se deriva que es posible el requerimiento para la retirada de una “disposición”, a diferencia de los recursos administrativos que no caben frente a reglamentos (ex.art.107.3 Ley 30/1992).

Muy importante resulta la petición que se incorpora en tal requerimiento ya que vinculará en el ulterior recurso contencioso-administrativo so pena de incurrir en desviación procesal. Así, la STSJ de Andalucía de 7 de Abril de 2014 (rec.1133/2012) precisa que “el contenido de requerimiento delimitará, como no podía ser de otro modo, la pretensión anulatoria del mismo a los efectos de un ulterior recurso en vía jurisdiccional, quedando perfectamente identificado el acto recurrido”.

8.5 Se impone el carácter “razonado” del requerimiento, pues no se trata de un requerimiento de oportunidad política sino de legalidad¹⁵. Señalaremos que el

¹⁵ Los requerimientos de oportunidad quedan en el ámbito político y no caben entre personas jurídicas territoriales ni de éstas con administraciones sobre las que no existe tutela con amparo en la Ley de creación del ente instrumental. De igual modo que no cabe ejercerlo frente a las denominadas administraciones independientes, o frente a las Universidades públicas por ser titulares de la autonomía universitaria, constitucionalmente garantizada en el art.27.10 CE.



término “razonado” va más allá de la mera “motivación” pues esta se agotaría con la invocación del interés general de la administración requirente, mientras que la exigencia de razonar, tratándose de combatir una actuación supuestamente ilegal, supone señalar los preceptos infringidos de forma similar a la exigencia jurisprudencial de los requerimientos del ámbito local.

Un requerimiento de invalidez huérfano de la motivación jurídica que lo inspira se convertiría en una orden vacía que como tal, no merecería respuesta expresa y caso de hacerse negativamente, resultaría congruente con el lacónico e inmotivado rechazo.

A ello se unen elementales razones de buena fe y lealtad institucional, para brindar a la administración requerida la ocasión de recabar informes y resolver estimando o rechazando el requerimiento de forma igualmente razonada.

8.6 La administración requerida podrá responder expresamente o dar la llamada por respuesta. Lo que no podrá es recurrir ese acto de requerimiento pues es un acto de mero trámite y por tanto el recurso contencioso-administrativo frente al mismo sería declarado inadmisibile (arts.25.1, 51.1 c, y 69 c, LJCA).

Aunque no se preceptúa la audiencia al tercero afectado por el acto que se pretende invalidar, si la decisión expresa de la administración requerida fuere estimatoria del requerimiento, debería brindarse previamente el trámite de audiencia al interesado, no por imperativo de la legislación procesal sino por fuerza del principio general de audiencia de todo procedimiento administrativo, aunque sea preparatorio del jurisdiccional (ex.art.84 Ley 30/1992).

Y por supuesto, nada impide que la Administración requerida recabe informes o practique pruebas, aunque dado que el plazo de respuesta es preclusivo, no está sujeto a suspensión por las demoras de tramitación de la eventual respuesta.

9. EFECTOS DERIVADOS DEL RECHAZO DE SU CARÁCTER DE RECURSOS ADMINISTRATIVOS

9.1 Al desmarcarse los requerimientos preliminares de la condición de recursos administrativos queda excluida la aplicación supletoria de la regulación de éstos contemplada en el Capítulo II del Título VII de la Ley 30/1992, de 26 de

Noviembre. Por tanto, los requerimientos están marcados por su simpleza regulatoria que desplaza al intérprete la solución de los numerosos interrogantes que puede plantear la realidad.

9.2 En ocasiones, por inercia o desconocimiento, la administración quejosa plantea recurso administrativo en vez de requerimiento o a la inversa, lo que plantea la cuestión de la relevancia de las formas y calificaciones empleadas. Recordemos que si la Administración actuaba como poder público lo suyo es el requerimiento y si actúa como un particular lo suyo sería el recurso administrativo.

Pues bien, si se formula erróneamente como “requerimiento” lo que debía calificarse del procedente “recurso de reposición”, habrá de estarse al principio pro actione y calificarlo como lo que materialmente debía ser. En este flexible sentido se pronuncian la STS del 29 de abril de 2008 (rec. 5574/2005) ante un errado recurso de alzada, o la STS del 14 de marzo de 2014 (rec. 3793/2011) ante un errado recurso de reposición seguido de requerimiento formulados por un Ayuntamiento frente a la aprobación definitiva de un plan urbanístico por la Comunidad autónoma: “si el cuestionamiento de la actuación controvertida ha tenido lugar dentro del plazo previsto, aunque no se haya acertado en el mecanismo específico al que se ha acudido a tal efecto”, y argumenta:” Porque la Sala parte de la consideración de que el recurso de reposición inicialmente promovido se presentó dentro del plazo previsto, lo que de ningún modo es una ficción puramente formalista, como también se aduce de contrario: al revés, bajo el ropaje formal que envuelve la iniciativa adoptada, una vez levantado dicho ropaje, aflora y se hace inequívoca la voluntad de la Corporación local de entablar el correspondiente litigio en sede judicial si su requerimiento (o si su petición) resultara desatendida .

Así manifestada su auténtica voluntad, ahora en casación no cabe formular reproche alguno a la Sala de instancia por la interpretación que alcanza, en base a la aplicación del principio "pro actione" y en aras de garantizar también la máxima



efectividad en el ejercicio de los derechos fundamentales (entre ellos, el derecho a obtener una tutela judicial "efectiva" ex artículo 24.1 de la Constitución)¹⁶".

9.3 Se impone un análisis casuístico, pues consideramos decisivo examinar la actitud de la entidad requerida y la requirente. Si la administración requerida dictó un acto que tenía por destinataria a la otra administración pública y no le indicó a ésta la posibilidad del requerimiento potestativo (si actuaba en su competencia y autoridad pública) o la alternativa de recursos administrativos (si actuaba como un particular), o incluso si se lo indicó erradamente y la administración destinataria se limitó a seguir tal indicación, es evidente que entraría en juego la buena fe y la confianza legítima que impedirían que la administración requerida se aprovechara en vía jurisdiccional del equívoco padecido por la requirente.

10. LA PERVERSA EXCLUSIÓN DE LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO

Aunque la Ley se ocupa de la callada por toda respuesta en el plazo disponible de un mes (art.44.3 LJCA), el único efecto es que se abre el plazo preclusivo para que la administración requirente plantee recurso contencioso-administrativo (art.46.6 LJCA).

¹⁶ Curiosamente la STS de 25 de Mayo de 2009 (rec.4808/2005) se aparta del criterio y rechaza que la administración que cometió el error pueda acogerse art.110.2 de la Ley 30/1992: *"La no extensión de la regla procedimental del artículo 110.2 LRJ-PAC a los requerimientos del artículo 44 LJCA resulta lógica si se tiene en cuenta que el artículo 44 LJCA limita su aplicabilidad a los litigios entre Administraciones y no se extiende, por tanto, a litigios entre Administraciones y particulares. (...)Por el contrario, las Administraciones Públicas, y singularmente la Administración General del Estado, se encuentran en este punto en una posición diferente a la de la generalidad de los ciudadanos, pues disponen de personal técnico y jurídico sobradamente formado en estas cuestiones, de manera que cabe exigirles un mayor rigor en la articulación de sus escritos y, específicamente, el debido conocimiento de una regla básica como es la del tan citado artículo 44, no existiendo pues, cuando se trata de las controversias entre Administraciones a que se refiere este último precepto, la razón justificativa de la previsión legal del artículo 110 LRJ-PAC)".*

Ese silencio ni se anuda al efecto del silencio positivo, ni tampoco se beneficia de la doctrina del Tribunal constitucional sobre el carácter indefinido del plazo para recurrir cuando el común de los ciudadanos impugna desestimaciones presuntas.

En este sentido, la STS de 19 de Febrero de 2016 (rec.3685/2013) recuerda a la hora de combatir la desestimación presunta no operaría el plazo indefinido para recurrir según la doctrina del Tribunal Constitucional cuando se impugnan las actuaciones presuntas de la administración, sino la regla especial prevista en el art.46.6 LJCA (dos meses). Escuchemos esta importantísima precisión del Supremo: “No es de aplicación en este caso el plazo de 6 meses de que trata el 46.1 LJCA para la interposición del recurso contencioso administrativo contra los actos presuntos, como invoca la parte recurrente en su recurso, pues dicha regulación se refiere a los recursos administrativo y cede ante la específicamente prevista para los supuestos en que medie el requerimiento interadministrativo del artículo 46.6 LJCA , como ahora sucede. Por iguales razones hemos de rechazar la aplicación en este caso de la doctrina jurisprudencial que invoca la parte recurrente, sobre equiparación entre los actos presuntos y los notificados defectuosamente, a efectos del cómputo del plazo para recurrir, porque dicho criterio jurisprudencial es aplicable en los supuestos de actos presuntos a que se refiere el artículo 46.1 LJCA , mientras que el supuesto que ahora examinamos, como hemos indicado, se rige, en cuanto a la concreción de la fecha a partir de la cual se efectúa el cómputo del plazo de dos meses para interponer el recurso contencioso administrativo, por la regla especial prevista para los requerimientos interadministrativos por el artículo 46.6 LJCA ya citado.”

Y añade el Supremo la razón por la que no aplica esa doctrina constitucional:

“No cabe aplicar en el presente caso la doctrina del Tribunal Constitucional elaborada en relación con la fecha de inicio del cómputo del plazo de 6 meses del artículo 46.1 LJCA , de interposición del recurso jurisdiccional contra las resoluciones desestimatorias presuntas de un recurso administrativo, que las equipara a las notificaciones defectuosas, porque la referida doctrina constitucional contempla supuestos de falta de respuesta de la Administración a recursos administrativos, que impide precisamente el acceso a la jurisdicción, lo que justifica la ficción legal del silencio administrativo negativo para acceder a la jurisdicción, mientras que los requerimientos interadministrativos no participan



de la naturaleza de los recursos, y tienen carácter potestativo, por lo que no constituyen un presupuesto o requisito para acceder a la vía jurisdiccional.”

No deja de sorprender el razonamiento judicial para eludir calificar de “silencio administrativo” lo que inequívocamente el art.44.3 describe como tal: “El requerimiento se entenderá rechazado si, dentro del mes siguiente a su recepción, el requerido no lo contestara” ; de igual modo sorprende que el Supremo considere que al ser potestativo el requerimiento y no alzarse en requisito para acceder a la vía jurisdiccional, no hay razón para permitir la impugnación sin plazo, pese a que también son potestativos los recursos de reposición para los particulares y el Tribunal constitucional considera que la falta de respuesta se penaliza con el plazo indefinido para recurrir.

El efecto perverso de este requerimiento radica en que, participando de la naturaleza de un recurso de reposición potestativo, materialmente se convierte en una espada de dos filos, ya que si la administración formula el requerimiento y la requerida no da respuesta, el transcurso del plazo para combatir esta desestimación presunta convertirá la actuación combatida en firme y consentida¹⁷.

11. A MODO DE CONCLUSIONES

PRIMERA.- La parca regulación del requerimiento interadministrativo en el art.44 LJCA, potestativo y previo a la vía contencioso-administrativa impone tener en cuenta su carácter transaccional y de puerta de acceso al proceso.

Por ello, se impone por parte de los tribunales de lo contencioso-administrativo aplicar un criterio interpretativo flexible y congruente con la doctrina del Tribunal Constitucional que rechaza los obstáculos que obstaculizan el acceso a la jurisdicción, así como “aquellas interpretaciones de las normas que sean

¹⁷ Así, GONZÁLEZ NAVARRO, F.: “Es algo que se parece a un recurso de reposición pero no lo es. (...) Esto ya es grave, porque si el Estado o la Comunidad Autónoma se meten en esta vía optativa (“podrá requerirla”) corren el riesgo de quedarse sin recurso, porque se les puede ir el plazo ya que no se aplica la técnica del silencio administrativo Procedimiento administrativo local” *Derecho Administrativo Español*, Tomo II, Iustel, 2005, p.519

manifiestamente erróneas, irrazonables o basadas en criterios que por su rigorismo, formalismo excesivo o cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas normas preservan y los intereses que se sacrifican, de forma que la negación de la concurrencia del presupuesto o requisito en cuestión sea arbitraria o irrazonable” (STC 26/2008).

No debe olvidarse la perspectiva de que el proceso es un remedio final para solventar una controversia, y cuando están en pugna dos administraciones públicas, lo deseable no es que el pleito se zanje pronto por escollos procesales o errores en la formulación de recursos o requerimientos, sino que se salvede la armonía de los intereses públicos en liza y en todo caso la legalidad.

SEGUNDA.- Se precisa altura de miras institucionales por parte de las autoridades públicas. De un lado, para recabar informes y dictámenes para que las cuestiones o discrepancias técnicas se solventen sin acudir a precipitados requerimientos conminatorios.

De otro lado, para evitar el silencio por toda respuesta al requerimiento que procede de una Administración y que merece le sea aclarada la postura. Entre Administraciones debe reinar la cortesía y buena fe y una prueba de ello, es contestar a los requerimientos.

TERCERA.- Asimismo, lo deseable sería superar la visión unilateral y beligerante entre administraciones, que se asienta sobre un requerimiento y el desafío de que se dé respuesta satisfactoria. Corren tiempos en que la mediación y la composición en el ámbito civil es mirada con codicia por el mundo administrativo ante la existencia de numerosos ámbitos que bien podían estar abiertos a la mediación entre particular y Administración (justiprecio, responsabilidad administrativa, ejecución de sentencias, etc). Pues bien, quizá sería bueno establecer instancias o sistemas arbitrales o equivalentes entre administraciones para cuando falla el diálogo, la negociación o los órganos colegiados de encuentro. En esos casos, sería bueno que el legislador en vez de un frío requerimiento propiciase una instancia u órgano independiente, de encuentro de autoridades y con técnicos que tuviese por misión la búsqueda de una salida al conflicto.



En este sentido de antiguo la abogacía del Estado ha venido reivindicando la creación por una norma con rango de Ley de un sistema compositivo administrativo para los entes públicos personificados que frecuentemente se ven envueltos en conflictos contra la Administración matriz¹⁸; y es que es triste por no decir lamentable que una administración instrumental, fuera del ámbito de tutela, tenga que encomendar a una instancia judicial la resolución de una controversia. Y de la misma razón que por encima de la autonomía y personalidad jurídica diferencial de cada Administración pública, debería imperar la sensatez y arbitrase una instancia para solventar estas controversias entre Administraciones públicas pues no nos engañemos, frecuentemente el trasfondo del litigio son cuestiones susceptibles de partición o admisión, sin traumatismos institucionales.

BIBLIOGRAFÍA

- CHAVES GARCÍA, J.R. Y GALINDO GIL, M.D.: Diccionario jurisprudencial del proceso contencioso-administrativo, La Ley-El Consultor, Madrid, 2015, p. 396-398.
- MARTÍN REBOLLO, L. Y SÁNCHEZ LLAMELAS, A.: Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa con jurisprudencia, Aranzadi, Madrid, 2015, pp.246-254.
- GOMÉZ DE MERCADO, Francisco, y otros, en Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998, Thomson-Aranzadi, 2002, p.428-434.
- GONZÁLEZ NAVARRO, F.: Derecho Administrativo Español, Tomo II, Iustel, 2005, pp.519 y ss.

¹⁸ Cfr. CÁNCER MINCHOT, P. La Administración ante la jurisdicción contenciosa. Aspectos críticos. En la obra colectiva *Diagnosis de la jurisdicción contencioso-administrativa. Perspectivas de futuro*, Cuadernos de Derecho Judicial, p.305.

-
- GÓMEZ PUENTE, M.: La inactividad de la Administración, Aranzadi, 2000, pp. , Tecnos, Madrid, 1999. Pp.911 ss.
 - SANTAMARÍA PASTOR, J.A., LOZANO CUTANDA, B., QUINTANA CARRETERO, J.P. Y CASTILLO BADAL, R., en “1700 dudas sobre la Ley de lo contencioso-administrativo” Ed.La Ley Wolters Kluwer, 2014 p.681-694



Castilla-La Mancha

Gabilex
Nº 5
Marzo 2016

TRAGSA Y LAS ENTIDADES LOCALES. ENCOMIENDAS, CONVENIOS Y CONTRATOS PÚBLICOS (I)

D. Jaime Pintos Santiago

**Doctor en Derecho
Coordinador de Contratación
Consejería de Bienestar Social de la Junta de Comunidades de Castilla-La
Mancha**

Fecha de finalización del trabajo: Enero 2016

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
 2. CONVENIOS, ENCOMIENDAS Y CONTRATOS
 3. TRAGSA, LAS ENCOMIENDAS DE GESTIÓN Y LAS ENTIDADES LOCALES
 - 3.1 TRAGSA Y LAS ENCOMIENDAS DE GESTIÓN
 - 3.2 TRAGSA Y LAS ENTIDADES LOCALES
 4. ENCOMIENDAS Y CONVENIOS EN LA NUEVA REGULACIÓN SOBRE CONTRATOS PÚBLICOS
 5. BIBLIOGRAFÍA
-

RESUMEN

La aprobación del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público con sus ingentes modificaciones, así como la última generación de Directivas en



materia de contratación pública y su obligatoria y próxima transposición, obligan a los juristas y profesionales de la contratación pública a ampliar sus conocimientos en esta materia, resultando trascendental en este sentido saber diferenciar correctamente las figuras jurídicas de los convenios de colaboración, las encomiendas de gestión y los contratos públicos, porque la errónea tipificación contractual del negocio jurídico en cuestión, tiene como consecuencia la coartación de raíz de los principios generales de la contratación pública comúnmente aceptados y la no legitimación del régimen jurídico que se haya aplicado al contrato y por tanto la invalidez de este, algo de una enorme trascendencia práctica. Este estudio, que se presenta en dos partes (I y II) busca descubrir y destacar las claves y notas características que permitan al gestor público ubicar correctamente el negocio jurídico en cuestión en alguna de las tres figuras jurídicas enunciadas.

1. INTRODUCCIÓN

Es conocida la vitalidad de los principios generales en el ser y sentir de la contratación pública, hasta el punto que sin su existencia y participación estaríamos hablando de otra cosa totalmente diferente al concepto de contratación pública. Esto es precisamente lo que ocurre cuando la posibilidad de participación de estos principios se corta de raíz, de facto, por la voluntaria o involuntaria mala calificación del negocio jurídico que se tiene que evaluar y calificar. Es precisamente desde esta perspectiva, desde la perspectiva de la salvaguarda primigenia de los principios generales, que se aborda en este trabajo el estudio de la incorrecta calificación de distintas figuras jurídicas, todas ellas traídas a colación como consecuencia del nuevo paquete legislativo comunitario en materia de contratación pública y de la aparición en él, como máxima novedad, de una norma que regule por primera vez en el Derecho de la Unión Europea las concesiones de servicios¹⁹.

¹⁹ La situación de indeterminación de los contratos de concesión hacía imprescindible su regulación por primera vez en el escenario de la Unión Europea, siendo uno de sus aspectos más notables la completa diferenciación y regulación de los contratos de concesión y el resto de los contratos públicos. Véase LAZO VITORIA, X., "El Futuro del

Por ello, en base al cumplimiento íntegro y primero de estos principios generales y a colación de las nuevas Directivas, es necesario resaltar que resulta oportuno realizar una definición y posterior diferenciación de las figuras jurídicas de los convenios de colaboración, las encomiendas de gestión y los contratos públicos al objeto de fijar cuáles son las líneas divisorias entre las mismas, teniendo en cuenta que su distinta utilización supone importantes consecuencias prácticas ya que, por ejemplo, la simple y hasta a veces abusiva utilización de la figura del convenio trae consigo evitar la correcta aplicación del régimen jurídico del negocio del que realmente se trata, que en muchas ocasiones es bastante más estricto, a saber, negocios jurídicos típicos como pueden ser las subvenciones o los propios contratos públicos²⁰.

Recalando finalmente también en un enfoque revelador para la práctica administrativa de las posibles o imposibles relaciones que, derivadas de estos negocios y sus respectivos regímenes jurídicos, se pueden llegar a establecer entre la Empresa de Transformación Agraria, S.A. (TRAGSA) y las Entidades Locales españolas, todo ello a través del análisis y estudio de la normativa y jurisprudencia aplicable a esta empresa pública.

2. CONVENIOS, ENCOMIENDAS Y CONTRATOS

Mercado Concesional en Europa”, *Revista CEFLEGAL*, CEF, núm. 154, noviembre-2013, pág. 137-174.

²⁰ Véase en este sentido BUSQUETS LÓPEZ, M.Á. y CASTRO RAIMÓNDEZ, J., “Algunas conclusiones sobre la naturaleza y régimen jurídico de las encomiendas o encargos de gestión a medios propios a que se refieren los artículos 4.1 n) y 24 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público”, *Auditoría Pública*, núm. 51, 2010, págs. 65 – 86. Este estudio trata de analizar el régimen jurídico de las encomiendas de gestión a medios propios a que se referían los artículos 4.1 n) y 24 de la anterior Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, y su relación con otras figuras afines, como los convenios de colaboración regulados en el artículo 4.1 c) de ese mismo texto legislativo o las encomiendas de gestión del artículo 15 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como la delimitación de tales encomiendas con la figura tradicional de los trabajos realizados por la propia Administración.



Podríamos decir respecto de los convenios de colaboración que hasta hace bien poco nos encontrábamos ante la ausencia de una definición legal de los mismos²¹, y con la necesidad de una norma que regulara de una forma detallada el régimen jurídico de los convenios de colaboración y su distinción de figuras análogas, así como el procedimiento para la tramitación de los mismos, ya que los artículos 6 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC) hacen una más que exigua y paupérrima regulación de los mismos, se trata en definitiva de una regulación genérica y no desarrollada reglamentariamente.

Ya en el año 2010 el Tribunal de Cuentas en el Dictamen 878, de 30 de noviembre de 2010, recomendaba sistematizar su marco legal y tipología de los convenios administrativos, establecer los requisitos para su validez, e imponer la obligación de remitirlos al propio Tribunal.

Cuestiones puestas de relieve también dos años después por el propio Tribunal de Cuentas en la Resolución de 18 de diciembre de 2012, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas en relación con la Moción sobre la necesidad de establecer un adecuado Marco Legal para el empleo del Convenio de Colaboración por las Administraciones Públicas²², en la que se insta al Gobierno a que

²¹ Si bien existen muchas definiciones de la doctrina científica (sólo a título de ejemplo PANIZO GARCÍA, A. en “Régimen Jurídico de los convenios de colaboración”, *Revista Jurídica LA LEY*, núm. 3.895, 1995; BLANQUER CRIADO, D., en *Contratos del Sector Público*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 1.146; o PASCUAL GARCÍA, J., en *Convenios de colaboración entre Administraciones públicas y convenios con administrados*, Editorial Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2012, págs. 33 y ss.) e incluso jurisprudencial (así por ejemplo Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2004 de la Sala 3ª, F.J. 4º) nos encontramos con la ausencia de una definición legal de los convenios administrativos.

²² BOE núm. 64, de 15 de marzo de 2013.

“promueva la elaboración y aprobación de un marco jurídico sustantivo y de procedimiento que complete y sistematice el vigente marco legal de los convenios de colaboración, tanto los que se suscriben entre Administraciones o entidades públicas como los que se suscriben con administrados, que formule su concepto diferenciándolo de figuras afines, y que precise sus ámbitos subjetivo y objetivo, así como los extremos que se han de comprender en su contenido”.

Pero es el mismo Tribunal de Cuentas en la citada Resolución el que matiza esa necesidad de regulación general yendo un poco más allá en su visión, al decir que *“... en vista de la gran variedad de tipos de convenio que existen y sus distintas exigencias, debería considerarse la conveniencia de que cada departamento ministerial elaborara una normativa reguladora previa, dentro del expresado marco común...”*, es decir, dentro de la norma de alcance general que se hace imprescindible se regule.

Lo que significaría siguiendo a GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ T.R. que *“no se dictaría una norma para cada convenio, como tampoco se dicta una orden ministerial que establezca las bases reguladoras de una subvención para cada beneficiario, pero sí debe dictarse una norma que habilite, tanto por razón del órgano como por razón de la materia, para la firma de un convenio”*²³.

Circunstancias puestas nuevamente de relieve en el año 2013 por el Informe CORA al establecer expresamente este en su página 192 *in fine* que

“ante la ausencia de un marco normativo definido que regule el contenido y realización de los convenios de colaboración en sus diversos aspectos, y con la finalidad de dotar de mayor seguridad y control a su utilización, resultaría conveniente aprobar una norma que regulara: el régimen jurídico de los convenios de colaboración y su distinción de figuras análogas, así como el

²³ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Civitas, Madrid, 2002, pág. 685.



procedimiento para la tramitación de los mismos, en particular, si conllevan coste económico para el Sector Público estatal”²⁴.

Pues bien, en seguimiento por tanto de lo dispuesto de manera reiterada por el Tribunal de Cuentas²⁵ y en desarrollo de las medidas contempladas en el informe CORA, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP) ha venido a traer a partir del artículo 47 de la LRJSP un marco general de referencia: se definen los convenios y se regulan los tipos; se expresan los requisitos de validez y eficacia de los convenios, así como su contenido y los trámites preceptivos para la suscripción de convenios y sus efectos; y finalmente el tema de los efectos extinción y remisión al Tribunal de Cuentas²⁶.

De este modo el artículo 47 de la LRJSP establece ahora que son convenios los *“acuerdos con efectos jurídicos adoptados por las Administraciones Públicas, los organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes o las Universidades públicas entre sí o con sujetos de derecho privado para un fin común”*. No teniendo tal consideración, los Protocolos Generales de Actuación o instrumentos similares, siempre que no supongan la formalización de compromisos jurídicos concretos y exigibles. Disponiendo taxativamente que los

²⁴ El citado informe CORA además de a las previsiones referidas a los contratos públicos (véase para este extremo el comentario de GIMENO FELIU, J.M., *“El informe CORA y la contratación pública: una visión crítica”* publicado en el Observatorio de la Contratación Pública –www.obcp.es- [fecha de consulta: 24-junio-2015]) hace alusión a las encomiendas de gestión respecto de las cuales también propone *“elaborar unas pautas que sirvan de guía al gestor público para hacer un uso adecuado de este instrumento, mediante la definición de las características y requisitos que debe reunir cada tipo de encomienda de gestión, la enumeración de los documentos que deben acompañar su tramitación y la comprobación de que se cumplen todos los requerimientos legales para usar correctamente este instrumento jurídico”* (pág. 195 del informe CORA).

²⁵ El último párrafo de la Parte II del Preámbulo de esta norma se refiere expresamente al Dictamen 878, de 30 de noviembre de 2010 del Tribunal de Cuentas.

²⁶ *“Las claves de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público (BOE 2 de octubre de 2015)”*, GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., Wolters Kluwer La Ley.

convenios no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos del sector público. Teniendo en cuenta que la entrada en vigor de esta norma con carácter general se producirá al año de su publicación en el BOE, publicación que se produjo el pasado 2 de octubre de 2015.

Así, volviendo al concepto de los convenios y dejando a un lado las opiniones doctrinales que son dispares, se podría decir sintéticamente y de manera unívoca ahora con la suma que aporta la nueva regulación que hace la LRJSP, que la nota que caracteriza a los mismos es la necesidad de un acuerdo de voluntades entre las partes realizado en pie de igualdad y con una finalidad o interés común.

Respecto de los encargos o encomiendas de gestión²⁷, prevé el artículo 24 apartados 1, 2, 3 y 4 del TRLCSP que la ejecución de obras, la fabricación de muebles y la prestación de servicios, pueda realizarse empleando de forma exclusiva medios propios de la Administración o a través de la colaboración de empresarios particulares, en este último caso bajo determinadas condiciones y a través de la figura jurídica de los contratos administrativos especiales.

Pues bien, esta previsión a los medios propios de la Administración hay que entenderla en un doble sentido. En primer lugar, en el sentido estricto de aquellos servicios sin personalidad jurídica diferenciada de la propia Administración, siendo, por tanto, los propios servicios de la Administración los que efectúan la prestación (por ejemplo: la obra menor que pueden llevar a cabo el personal laboral de una entidad local cualquiera); y en segundo lugar, en el sentido de aquellos entes instrumentales con personificación diferenciada, en los que además deben concurrir una serie de requisitos para que los mismos puedan tener la condición de medios propios de la Administración (y en este caso también

²⁷ Sobre las encomiendas de gestión en el ordenamiento jurídico español nos da una visión general CONDE QUINTANO, A.M., “La doctrina *“in house providing”* y las encomiendas de gestión en el ordenamiento jurídico español”, *Noticias Jurídicas*, febrero 2010. Texto disponible en: <http://noticias.juridicas.com/articulos/15-Derecho%20Administrativo/201002-24863105897460.html> [fecha de consulta: 21-junio-2015].



de cualquier otro poder adjudicador), pudiendo ser considerados, por tanto, medios propios y servicios técnicos de esos poderes adjudicadores cuando:

1. Éste o estos poderes adjudicadores ostenten sobre los mismos un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios.
2. Realicen la parte esencial de su actividad con el poder o poderes adjudicadores que los controlan²⁸.

Por tanto podríamos concluir que los convenios se diferencian de las encomiendas de gestión que acabamos de definir en que los primeros son consecuencia de la manifestación de la libre voluntad de las partes, que no tienen por qué pertenecer a la misma esfera pública como sí ocurre en las encomiendas de gestión (es decir, en las encomiendas estamos hablando de una misma Administración, por ejemplo, cosa que no es necesaria en los convenios), derivada de un acuerdo de voluntades en pie de igualdad que busca un interés común, mientras que en las encomiendas de gestión, no existe un acuerdo de voluntades en condiciones de igualdad dado que es el órgano encomendante, el poder adjudicador, el que controla la voluntad del ente instrumental encomendado²⁹.

Pero queda todavía la laguna, en estas definiciones, de los contratos públicos, de cuál es el elemento diferenciador con los dos negocios jurídicos vistos hasta ahora, siendo así que los contratos públicos se diferencian de los convenios en que el acuerdo de voluntades ha de ser de naturaleza contractual, lo que por definición lleva aparejada una contraposición de intereses, esencialmente de carácter oneroso, mientras que en los convenios como se ha señalado la regla debe ser que el interés sea común, además de como veremos no poder tener el

²⁸ Son los denominados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) como ‘criterios *Teckal*’ fruto de la sentencia de 18.11.99, asunto C-107/98 y que han sido refrendados por el Alto Tribunal Europeo en posteriores sentencias que luego aludiremos.

²⁹ En relación con esta diferenciación puede consultarse *la Guía de la CNC sobre contratación pública y competencia* (pág. 13), disponible en la Web de la Comisión Nacional de la Competencia: www.cncompetencia.es, en el apartado “guías y recomendaciones” [fecha última consulta: 16_ju_nio_2015].

mismo objeto prestacional que los contratos públicos ni las encomiendas de gestión, debiendo ser su objeto, como hemos indicado, la cooperación real para la consecución de algún objetivo de interés común³⁰. Es por tanto igualmente este acuerdo de voluntades, de carácter oneroso en los contratos, el que diferencia a los mismos de las encomiendas de gestión donde ya hemos visto que no existe acuerdo de voluntades alguno.

Asimismo, no se puede sino resaltar la diferencia existente entre las encomiendas de gestión a las que se refiere el artículo 24.6 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP) de las reguladas en el artículo 15 de la LRJPAC, por cuanto nos encontramos ante figuras jurídicas distintas dado que el carácter sectorial y posterior del TRLCSP provoca rasgos claramente diferenciadores de esta encomienda de gestión respecto de la recogida en la LRJPAC. A título de ejemplo se podría decir respecto de la encomienda de gestión que regula la LRJPAC, que el trabajo del encomendado se retribuye a través de tarifas previamente fijadas, los estatutos o las normas de constitución del encomendado deben reconocer su condición de medio propio y

³⁰ Estos elementos han sido destacados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, entre otras, en la Sentencia de 9 de junio de 2009, asunto C-480/06, *Comisión contra Alemania*, relativa a un acuerdo de cooperación en el ámbito de la gestión de residuos entre los servicios de limpieza de la ciudad de Hamburgo y cuatro municipios de la Baja Sajonia en la que se desestima el recurso interpuesto por la Comisión Europea por infracción de la Directiva 50/92 y se considera el acuerdo entre estas entidades públicas como esencialmente cooperativo. Justamente en el sentido contrario de calificar al negocio jurídico a análisis como contrato público, puede consultarse la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de junio de 2013, asunto C-386/11, *Piepenbrock*, que tiene como objeto la delimitación del concepto de contrato público en la Directiva 2004/18/CE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, en relación al contrato celebrado entre dos entes territoriales para la transferencia de una entidad a otra de la competencia de limpieza de algunos de sus locales mediante una compensación económica. Sobre estas dos sentencias puede verse el informe de jurisprudencia de GALLEGO CÓRCOLES, I., “¿Convenio o contrato? La cooperación institucional en la jurisprudencia del TJUE”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, La Ley, núm. 135, ene-feb 2015, págs. 78 y 79.



servicio técnico del encomendante o que estos encargos se podrán realizar entre distintas Administraciones Públicas, es decir, no necesariamente se han de dar dentro de la misma esfera jurídica pública, a diferencia de las encomiendas de gestión recogidas en el TRLCSP³¹.

De hecho en este punto de las encomiendas de gestión que regula el artículo 15 de la LRJPAC, no se ha producido el mismo avance que ha supuesto la LRJSP respecto de la regulación de los convenios administrativos y es que el citado informe CORA además de a las previsiones referidas éstos, así como a los contratos públicos³², hace alusión a las encomiendas de gestión respecto de las cuales también propone *“elaborar unas pautas que sirvan de guía al gestor público para hacer un uso adecuado de este instrumento, mediante la definición de las características y requisitos que debe reunir cada tipo de encomienda de gestión, la enumeración de los documentos que deben acompañar su tramitación y la comprobación de que se cumplen todos los requerimientos legales para usar correctamente este instrumento jurídico”* (pág. 195 del informe CORA). Desarrollo que no se ha producido en el artículo 11 de la LRJSP, que si bien avanza en algo al régimen jurídico del actual artículo 15 de la LRJPAC, dista mucho de la más

³¹ Sobre esta cuestión resulta clarificador el Informe 1/2010, de 21 de julio de 2010 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Gobierno de las Islas Baleares en sus conclusiones 3 a 10 y en el que la Comisión Permanente de la misma concluye que *“los encargos o encomiendas de gestión regulados en el artículo 15 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público son figuras diferentes. Dado que ambas normas jurídicas coinciden parcialmente en la regulación de una materia y lo hacen de manera diferenciada, es necesario aplicar la doctrina de la lex posterior y el principio de la ley especial respecto de la ley general para resolver el conflicto entre estas normas. Esto permite concluir que la Ley de Contratos ha derogado parcialmente o ha modificado el artículo 15 de la Ley 30/1992 en el sentido de que este precepto ya no puede incluir encargos de gestión de carácter meramente contractual, ya que su ámbito ha quedado circunscrito a las actividades o actuaciones materialmente ajenas a la contratación pública”*.

³² Véase para este extremo el comentario de GIMENO FELIU, J.M., *“El informe CORA y la contratación pública: una visión crítica”* publicado en el Observatorio de la Contratación Pública –www.obcp.es- [fecha de consulta: 24-junio-2015].

completa regulación que la nueva Ley reguladora del régimen jurídico del sector público hace de los convenios administrativos y de seguir las recomendaciones realizadas al respecto de las este tipo de encomiendas de gestión por los expertos redactores del informe CORA³³.

No obstante todo lo anterior, es necesario seguir avanzando en el estudio respecto de los convenios de colaboración en relación con los contratos públicos. La primera cuestión que cabría formularse es si es posible la firma de un convenio administrativo de colaboración de los previstos en las letras c) o d) del artículo 4.1 del TRLCSP para acometer cualquiera de los contratos definidos por este texto legal.

Ya vimos que conforme a la regulación expresa que ahora hace el artículo 47 de la LRJSP no cabe dicha posibilidad. Ahora bien, es necesario para mayor abundamiento precisar que el TRLCSP se aplica a todos los contratos celebrados por los sujetos incluidos dentro del ámbito subjetivo que fija esta norma en su artículo 3, exceptuando los negocios y relaciones jurídicas que se excluyen en su artículo 4, los cuales y según el apartado 2 del citado artículo 4 se regularán por sus normas especiales, aplicándose los principios del TRLCSP para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse.

Uno de los supuestos de exclusión por tanto que plantea el TRLCSP, es el que contempla la letra c) del apartado 1 del artículo 4, que especifica la no aplicación de la Ley a

“los convenios de colaboración que celebre la Administración General del Estado con las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, las Universidades Públicas, las Comunidades Autónomas, las Entidades locales, organismos autónomos y restantes entidades públicas,

³³ Para conocer en profundidad los distintos convenios de colaboración entre personas públicas y entre personas públicas y privadas y también las encomiendas de gestión véanse PASCUAL GARCÍA, J., *Convenios de colaboración entre Administraciones Públicas y convenios con administrados,... Op. Cit. y Las encomiendas de gestión a la luz de la ley de contratos del sector público*, Ed. Ministerio de la Presidencia-BOE, Madrid, 2010.



o los que celebren estos organismos y entidades entre sí, salvo que, por su naturaleza, tengan la consideración de contratos sujetos a esta Ley”.

De este modo, se busca limitar la utilización de los convenios de forma que no puedan ser utilizados cuando la prestación a desarrollar este comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18/CE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios o del TRLCSP, en definitiva, se busca evitar la huida del Derecho de la contratación pública y de los principios y procedimientos que este impone para contratar, tal y como referíamos en la introducción de este trabajo.

Del tenor literal de esta letra c) así como de la redacción de la letra d) del citado apartado 1 del artículo 4, que excluye, a su vez, de la aplicación de la Ley *“los convenios que, con arreglo a las normas específicas que los regulan, celebre la Administración con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, siempre que su objeto no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales”*³⁴, se desprende que el elemento decisivo que permitirá considerar o no sujetos al TRLCSP los convenios celebrados por las Administraciones Públicas, ya sea tanto con personas públicas como privadas, será el que su contenido sea propio de cualquiera de los contratos definidos por esta norma.

Por consiguiente y de mucha importancia a tener presente, no es la denominación que las partes intervinientes otorguen al negocio jurídico objeto de controversia la que determina el régimen jurídico que ha de regular el mismo, sino la verdadera naturaleza del negocio jurídico a realizar la que permite prescindir de los principios generales y procedimientos que marca el TRLCSP para la contratación pública, siendo intrascendente en estos casos –y esto es

³⁴ Sobre este tipo de convenios de colaboración con personas físicas o jurídicas privadas véase el estudio realizado por MUÑOZ ZAPATA, D., “Convenios de colaboración entre administraciones públicas y entidades de derecho privado en el TRLCSP”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, núm. 131, Editorial La Ley, may-jun 2014, págs. 92-107.

importante nuevamente destacarlo- el umbral económico a efectos de su sometimiento o no a una regulación armonizada³⁵.

Estando por tanto incluido el objeto del supuesto convenio dentro de la delimitación de los tipos contractuales que realizan los artículos 6 a 12 del TRLCSP, habría de concluirse que el correspondiente negocio jurídico se encontraría englobado dentro del artículo 2.1 del TRLCSP, el cual establece que *“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 los entes, organismos y entidades*

³⁵ Sobre la diferenciación de estos umbrales a efectos de aplicar un régimen jurídico u otro se pronunciaba en su día la Junta Consultiva de Contratación Administrativo del Estado en el Informe 15/07, de 26 de marzo de 2007, y lo hacía de conformidad con la redacción, vigente y aplicable al caso concreto en aquel momento, del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP). La cuestión sometida a consulta era la posible consideración como medio propio de unos Ayuntamientos de la sociedad mercantil Avance Local, S.L., cuyo capital social pertenecía a una mancomunidad de municipios en los que aquéllos participaban, de forma que la Junta Consultiva dispuso que entre los Ayuntamientos que componen la Mancomunidad y la citada sociedad *“no caben convenios de colaboración que tengan por objeto contratos de obras, suministro, consultoría y asistencia o servicios superiores a los umbrales comunitarios (artículo 3.1 letra c) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas), ni tampoco por aplicación del artículo 3.1 letra d) de la misma Ley”*. Lo que demuestra que la aplicación de un régimen jurídico u otro en aquel momento, para el caso de los convenios, derivaba en parte del umbral económico de lo que hoy conocemos como ‘contratos sujetos a regulación armonizada’ y es que la redacción dada al artículo 3.1 letra c) del TRLCAP por el artículo 34 del Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, cuya entrada en vigor se produjo el 15 de marzo de 2005, disponía expresamente que *“Los convenios de colaboración que celebre la Administración General del Estado con la Seguridad Social, las comunidades autónomas, las entidades locales, sus respectivos organismos autónomos y las restantes entidades públicas o cualquiera de ellos entre sí, siempre que la materia sobre la que verse no sea objeto de un contrato de obras, de suministro, de consultoría y asistencia o de servicios, o que siendo objeto de tales contratos su importe sea inferior, respectivamente, a las cuantías que se especifican en los artículos 135.1, 177.2 y 203.2”*.



enumerados en el artículo 3". Por consiguiente, ello supone que estos negocios jurídicos no pueden equipararse a los convenios de colaboración a que se refieren las letras c) y d) del artículo 4.1 del TRLCSP a los efectos de la dispensa de someterse a los principios generales y procedimientos establecidos en esta norma, en la forma y términos previstos en la misma.

El problema es que el uso desmedido que de los convenios administrativos se ha realizado en ocasiones viene derivado, como se apuntaba al inicio, de la ausencia, no solo de una definición legal de los mismos, sino también de la inexistencia de una idea doctrinal firme del concepto de este negocio jurídico, cuestión ésta que ha dado lugar a no pocos pronunciamientos judiciales sobre la cuestión, siendo por tanto dicha jurisprudencia la que ha venido a marcar definitivamente los límites y fronteras del uso permisible que de los convenios administrativos se puede hacer. Podemos pensar sin embargo que la nueva regulación que aporta la LRJSP nos servirá para corregir esta circunstancia, sirviendo a claros efectos interpretativos y prácticos en tanto en cuanto no entre vigor la regulación que hace de los convenios de colaboración en los artículos 47 y siguientes.

Ejemplos de lo anterior los pone la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas *Jean Auroux y otros contra Commune de Roanne*³⁶, donde se discutió sobre la naturaleza de un convenio del Ayuntamiento de Roanne (Francia) con una sociedad mercantil de capital mixto (*Société d'équipement du département de la Loire -SEDL-*) para la creación de un centro de ocio en tramos sucesivos, concluyendo el TJUE que un convenio mediante el cual una primera entidad adjudicadora encarga a una segunda entidad adjudicadora la realización de una obra constituye un contrato público de obras, ya que recuerda que la Directiva 2004/18 no permite dejarla inaplicada en los contratos públicos de obras formalizados entre dos entidades adjudicadoras, aun en el caso de que la entidad 'contratada', la SEDL, subcontrate la totalidad de la ejecución de esas obras aplicándose para ello las garantías y procedimientos de la normativa sobre contratos públicos.

³⁶ Sentencia de 18.01.2007, asunto C-220/05, *Jean Auroux y otros contra Commune de Roanne*, Rec. p. I-385.

Otro ejemplo lo encontramos en la sentencia *Correos*³⁷ en la que se analiza un convenio de colaboración indefinido en el tiempo con el fin de prestar los servicios postales y telegráficos entre el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte español y la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A., sociedad que es el proveedor del servicio postal universal en España y donde el Alto Tribunal Europeo calificó a este convenio de relación contractual porque según los apartados 53 y 54 de la sentencia:

“El mero hecho de que Correos no disponga de libertad alguna ni en lo que atañe a la aceptación y ejecución de los encargos del Ministerio ni en cuanto a la tarifa aplicable a los servicios que presta no puede tener como consecuencia automática el que no se haya celebrado ningún contrato entre ambas entidades.

En efecto, tal situación no es necesariamente diferente de la que existe cuando un cliente privado quiere utilizar los servicios de Correos que forman parte del servicio postal universal, puesto que del propio cometido del proveedor de este servicio se desprende que, en tal supuesto, también está obligado a prestar el servicio solicitado, y ello, en su caso, a tarifas fijas o, de todos modos, a tarifas transparentes y no discriminatorias. Pues bien, no cabe duda alguna de que tal relación debe calificarse de contractual. Tan sólo en el supuesto de que el convenio celebrado entre Correos y el Ministerio fuera en realidad un acto administrativo unilateral que impusiera obligaciones exclusivamente a cargo de Correos, acto que se apartaría sensiblemente de las condiciones normales de la oferta comercial de dicha sociedad ..., podría llegarse a la conclusión de que no existe contrato”.

En cuanto a la posibilidad de que ese convenio de colaboración se tratara de una relación ‘*in house*’ el TJCE lo niega igualmente al decir que según jurisprudencia reiterada, de conformidad con las Directivas relativas a la adjudicación de contratos públicos, la licitación no es obligatoria, aunque la otra parte contratante sea una persona jurídicamente distinta de la entidad

³⁷ Sentencia de 18.12.2007, asunto C-220/06, *Correos*, Rec. p. I-12201.



adjudicadora, cuando se cumplan los dos requisitos *Teckal*, siendo que “*un convenio de colaboración como el controvertido en el litigio principal no cumple el segundo de los requisitos mencionados en el apartado anterior [que realice la parte esencial de su actividad con el ente o entes públicos que lo controlan] y no puede, por ello, quedar al margen de la aplicación de las normas enunciadas en los artículos 12 CE, 43 CE y 49 CE [Tratado de la Comunidad Europea], así como de los principios generales de los que constituyen expresión específica*” (apartados 58 y 87 de la sentencia)³⁸.

En definitiva, en el asunto *Correos* el Alto Tribunal Europeo deja claro que no nos encontramos ni ante un convenio de colaboración, que era el negocio jurídico sometido a juicio, ni ante un encargo o encomienda de gestión, sino ante un contrato administrativo en puridad sometido a las garantías, procedimientos y régimen jurídico aplicable a los mismos.

Contrato administrativo como el que sí declara válido la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo, de 10 de diciembre de 2015³⁹, que sí entiende que al ser el operador postal universal el único que otorga fehaciencia en sus notificaciones, es completamente legítimo que la Administración aproveche esta ventaja frente a otros licitadores, sin que ello suponga discriminación, en la medida en que el operador postal universal, que es Correos y Telégrafos, es la única que da fehaciencia por su condición de sociedad estatal, se exigía en los pliegos que los otros licitadores tuviesen un sistema alternativo, con de fin de poder asegurar el rehúse de una notificación o su imposibilidad de entrega; y dado que ello es fundamental para cualquier procedimiento administrativo, entiende el Tribunal Supremo que es totalmente legítimo que en este supuesto, se deba otorgar preferencia en la adjudicación a Correos frente a la otra mercantil licitadora, pues ésta no aporta un sistema

³⁸ En este mismo sentido se expresa la sentencia del Tribunal Supremo 1916/2012, Sala 3ª, Sección 7ª, de 20 de marzo de 2012, en la que con base también en la STJCE *Correos*, de 18.12.2007, asunto C-220/06, declara la nulidad de un convenio de colaboración entre Ministerio de Interior y Correos, por cuanto su objeto no se limita a la prestación de servicios reservados en exclusiva a dicha Sociedad, haciéndolo por tanto propio de una relación contractual.

³⁹ Recurso 3156/2014. Ponente: D. Nicolás Antonio Maurandi Guillén.

alternativo con parecidas cotas de eficacia. He ahí precisamente el quid de la cuestión.

Conforme a esta premisa, ello no supone discriminación alguna, resuelve el Supremo estimando el recurso, y declara improcedente la anulación del proceso de licitación y la adecuada exclusión del mismo de la recurrente, UNIPOST, S.A., debiéndose aceptar en suma, la oferta de Correos y Telégrafos, y aprovechar las ventajas que esta sociedad tiene en las notificaciones administrativas. Lo cual no es conculcador de la anterior sentencia, ni de los principios generales de la contratación pública, porque en todo caso en este procedimiento de adjudicación del contrato para la "Prestación de servicios postales en el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y Organismos Públicos" el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares no exigía "fehaciencia" (algo que sólo puede aportar Correos y Telégrafos), sino que el licitador dispusiese de un sistema que garantice la constancia, por cualquiera de los medios admitidos en derecho, de la distribución, entrega, recepción, rehúse o imposibilidad de entrega de las notificaciones o de las certificaciones en soporte papel, algo que como ya dijimos no aportaba UNIPOST.

También encontramos pronunciamientos judiciales nacionales respecto de la misma problemática, entre los que se puede citar a modo de ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo 1066/2004, Sala 3ª, Sección 4ª, de 18 de febrero de 2004 en la que se juzga la legalidad de un convenio de colaboración firmado el 6 de octubre de 1995 por el Conseller de Agricultura, Ganadería y Pesca de la Generalidad de Cataluña y el Grupo de Sanidad Porcina de Lleida para la creación de la unidad sanitaria porcina de Lleida, no cabiendo duda para el Tribunal Supremo conforme al F.J. sexto que el objeto del concierto pactado

“se encuentra incluido en el apartado b) del artículo 5º de la Ley de Contratos del Estado y que no puede equipararse a los Convenios de colaboración con particulares a que se refiere el apartado d) del artículo 3º de la misma Ley, a los efectos de dispensa de someterse a los principios establecidos en su artículo 11”



O también la sentencia del Tribunal Supremo 2489/2005, Sala 3ª, Sección 4ª, de 22 de abril de 2005 que se refiere a un convenio administrativo del Ayuntamiento de Torrent con una empresa mixta en la que participa el propio ayuntamiento, con el fin de suministrar el servicio de agua potable y alcantarillado en el municipio de Picanya y donde el Tribunal Supremo refiere en el F.J. séptimo *in fine* que

“ante una sociedad mixta como la aquí constatada no cabe entender existente una gestión directa del servicio sino una indirecta. La suscripción de un Convenio interadministrativo incorporando a nuevos municipios como beneficiarios de la gestión del ciclo integral del agua en sus respectivos términos municipales por una sociedad mixta creada con un objeto limitado al término municipal de Torrente constituye una conducta elusiva del respeto a los principios de libertad de competencia y transparencia reiteradamente manifestados como esenciales [en los contratos públicos]”,

y es que la gestión o ejecución por una Administración de prestaciones cuya competencia corresponde a otra Administración se realizará generalmente mediante un convenio de colaboración para la gestión directa de los servicios de esa otra Administración, pero no será así y habrán de respetarse los principios y normas reguladoras de la contratación pública cuando el sujeto que vaya a asumir los citados servicios lo hace a través de la gestión indirecta, como es el caso de las empresas mixtas.

Pero es que los problemas con los convenios de colaboración ya venían de largo, con anterioridad incluso a su aplicación práctica, porque el motivo de otra sentencia del TJCE, la de 13 de enero de 2005, *Comisión vs. España*⁴⁰, no era otro que un recurso presentado por la Comisión en el que solicitaba al Tribunal que declarara que el Reino de España había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud de las disposiciones del Tratado de la Comunidad Europea y de las Directivas 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de

⁴⁰ Sentencia de 13.01.2005, asunto C-84/03, *Comisión vs. España*, Rec. p. I-142.

suministro⁴¹ y 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras⁴², al no haber adaptado correctamente el ordenamiento jurídico interno a las citadas Directivas excluyendo de forma absoluta del ámbito de aplicación del TRLCAP -en el artículo 3, apartado 1, letra c)⁴³-, los convenios de colaboración que celebren las Administraciones Públicas con las demás entidades públicas y, por tanto, también los convenios que constituyan contratos públicos a efectos de dichas Directivas.

Tal y como se puede observar, la problemática de los convenios de colaboración en España tenía su inicio en el propio desarrollo normativo por cuanto el TJUE concluyó que esta normativa de transposición constituía una adaptación incorrecta del Derecho interno español a las Directivas 93/36 y 93/37, dado que excluía *“a priori del ámbito de aplicación del Texto Refundido las relaciones entre las Administraciones Públicas, sus organismos públicos y, en general, las entidades de Derecho público no mercantiles, sea cual sea la naturaleza de estas relaciones”* (apartado 40 de la sentencia).

En definitiva, no se pretendía otra cosa por el legislador español en los tres casos objeto de autos en la sentencia que huir del Derecho de la contratación pública de la Unión Europea y de los principios y procedimientos generalmente aplicables en el mismo, más rigoristas que los contemplados en ese momento por el Estado español en la normativa de transposición⁴⁴.

⁴¹ DO L 199, p. 1, de 09.08.1993.

⁴² DO L 199, p. 54, de 09.08.1993.

⁴³ El tenor literal del artículo 3, apartado 1, letra c) de este texto refundido excluía, en aquel momento, de su ámbito de aplicación *“los convenios de colaboración que celebre la Administración General del Estado con la Seguridad Social, las Comunidades Autónomas, las Entidades locales, sus respectivos organismos autónomos y las restantes entidades públicas o cualquiera de ellos entre sí”*, sin más. Redacción que estuvo vigente hasta el 15 de marzo de 2005 con la entrada en vigor de la modificación operada en este precepto por el Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública.

⁴⁴ En esta sentencia el Estado español fue sancionado:



Circunstancias problemáticas que en la práctica la actual regulación viene produciendo todavía, como demuestra a título de ejemplo el Informe 5/2015, de 12 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, en el que el Presidente de la Comarca del Maestrazgo (Teruel) solicita a esta Junta informe sobre si las actuaciones de electrificación en masías rurales contempladas en el marco de un convenio, pueden articularse a través de esta figura jurídica, o si por el contrario deben someterse plenamente al TRLCSP al incardinarse objetiva y subjetivamente en su ámbito de aplicación. A lo que esta Junta de Contratación concluye taxativamente: *“I. No es posible suscribir convenios cuyo objeto se halle comprendido en el ámbito objetivo de aplicación del TRLCSP. II. No existe duda alguna,... acerca de que la realización de las infraestructuras básicas de energía eléctrica, para dar respuestas a las necesidades actuales de la Comarca, constituye el objeto de un contrato típico de obras, cuya adjudicación deber realizarse por los procedimientos, y en la forma, que establece el TRLCSP”.*

V. BIBLIOGRAFÍA

- al excluir del ámbito de aplicación del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, de 16 de junio de 2000, aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (BOE nº 148, de 21 de junio de 2000, p. 21775; en lo sucesivo, «Texto Refundido») y, en concreto, en el artículo 1, apartado 3, del Texto Refundido a las entidades de Derecho privado que reúnan los requisitos recogidos en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, guiones primero, segundo y tercero, de cada una de las mencionadas Directivas;
- al excluir de forma absoluta del ámbito de aplicación del Texto Refundido, en el artículo 3, apartado 1, letra c), de éste, los convenios de colaboración que celebren las Administraciones Públicas con las demás entidades públicas y, por tanto, también los convenios que constituyan contratos públicos a efectos de dichas Directivas, y
- al permitir en los artículos 141, letra a), y 182, letras a) y g), del Texto Refundido que se recurra al procedimiento negociado en dos supuestos que no están contemplados en las citadas Directivas.

-
- BERNAL BLAY, M.Á., “Un paso en falso en la interpretación del criterio del control análogo al de los propios servicios en las relaciones *in house*. Comentario a la STJCE de 19 de abril de 2001 (AS. C-295/05, *Asemfo vs. Tragsa*)”, *RAP*, núm. 137, enero-marzo 2008, págs. 115 y ss.
 - BLANQUER CRIADO, D., en *Contratos del Sector Público*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 1.146.
 - BUSQUETS LÓPEZ, M.Á. y CASTRO RAIMÓNDEZ, J., “Algunas conclusiones sobre la naturaleza y régimen jurídico de las encomiendas o encargos de gestión a medios propios a que se refieren los artículos 4.1 n) y 24 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público”, *Auditoría Pública*, núm. 51, 2010, págs. 65 – 86.
 - CONDE QUINTANO, A.M., “La doctrina “*in house providing*” y las encomiendas de gestión en el ordenamiento jurídico español”, *Noticias Jurídicas*, febrero 2010.
 - DURVAL TIAGO FERREIRA, “El régimen de la contratación *in house* según las Nuevas directivas de contratación pública”. Disponible en <http://derechoydebate.com/admin/uploads/555e48d80f1af-durval-tiago-ferreira-el-rgimen-de-contratacion-in.pdf> [fecha última consulta: 5-julio-2015].
 - GALLEGO CÓRCOLES, I., “¿Convenio o contrato? La cooperación institucional en la jurisprudencia del TJUE”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, La Ley, núm. 135, ene-feb 2015, págs. 78 y 79.
 - GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Civitas, Madrid, 2002, pág. 685.
 - GIMENO FELIU, J.M., “*El informe CORA y la contratación pública: una visión crítica*” publicado en el Observatorio de la Contratación Pública – www.obcp.es.
 - GIMENO FELIÚ, “El valor interpretativo de las nuevas directivas de Contratación Pública antes del vencimiento del plazo de transposición”, Observatorio de Contratación Pública (ObCP). – www.obcp.es.



-
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., “Las claves de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público (BOE 2 de octubre de 2015)”, Wolters Kluwer La Ley.
 - *Guía de la CNC sobre contratación pública y competencia* (pág. 13), disponible en la Web de la Comisión Nacional de la Competencia: www.cncompetencia.es, en el apartado “*guías y recomendaciones*” [fecha última consulta: 16_ju_nio_2015].
 - LAZO VITORIA, X., “El Futuro del Mercado Concesional en Europa”, *Revista CEFLEGAL*, CEF, núm. 154, noviembre-2013, pág. 137-174.
 - MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., “La contratación doméstica (*in house providing*) en la nueva ley de contratos del sector público”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 21-2008.
 - MORENO MOLINA, J.A., “El Anteproyecto de nueva Ley de Contratos del Sector Público y su imprescindible aprobación”, *Observatorio de Contratación Pública (ObCP)*, 20-abril-2015 –www.obcp.es.
 - MUÑOZ ZAPATA, D., “Convenios de colaboración entre administraciones públicas y entidades de derecho privado en el TRLCSP”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, núm. 131, Editorial La Ley, may-jun 2014, págs. 92-107.
 - NOGUERA DE LA MUELA, B., “Los encargos *in house* en la Ley de Contratos del Sector Público: especial referencia a los mismos en el ámbito local a la luz de la reciente jurisprudencia comunitaria”, *RAP*, núm. 182, mayo-agosto, 2010, págs. 159-190.
 - PANIZO GARCÍA, A. en “Régimen Jurídico de los convenios de colaboración”, *Revista Jurídica LA LEY*, núm. 3.895, 1995.
 - PASCUAL GARCÍA, J., *Las encomiendas de gestión a la luz de la ley de contratos del sector público*, Ed. Ministerio de la Presidencia-BOE, Madrid, 2010.
 - PASCUAL GARCÍA, J., en *Convenios de colaboración entre Administraciones públicas y convenios con administrados*, Editorial Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2012, págs. 33 y ss.

-
- PERNAS GARCÍA, J., “La expansión de la excepción *in house* y la flexibilización progresiva del criterio del ‘control análogo’. Comentario a la sentencia del TJCE de 13 de noviembre de 2008”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, Editorial La Ley, núm. 87, junio, 2009.
 - PINTOS SANTIAGO, J., “Génesis, regulación y calendario obligatorio de la contratación pública electrónica”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, Editorial La Ley, núm. 137, mayo-junio 2015, págs. 20-32.
 - REBOLLO PUIG, en “Los entes institucionales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio”, *RAP*, núm. 161, mayo-agosto 2003, pág. 381.
 - TEJEDOR BIELSA, J., “Algunas novedades sobre encargos de ejecución en las nuevas Directivas...” en el Blog de ‘espublico’. Disponible en: <http://administracionpublica.com/novedades-ejecucion-directivas/> [fecha última consulta: 27-julio-2015].



Castilla-La Mancha

Gabilex
Nº 5
Marzo 2016

“LA INDEFENSIÓN DE LOS OPOSITORES Y LA IMPUNIDAD DE LOS ÓRGANOS DE SELECCIÓN EN LAS PRUEBAS O EJERCICIOS ORALES DE ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO: HACIA UN CAMBIO NECESARIO E IMPRESCINDIBLE”

D. ROBERTO MAYOR GÓMEZ

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha

Fecha de finalización del trabajo: Marzo 2016

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN

2. EL CONTROL DE LOS EJERCICIOS ORALES POR LOS ÓRGANOS JUDICIALES

3. EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, CARGA PROBATORIA Y LA NECESARIA TRANSPARENCIA ADMINISTRATIVA EN LAS PRUEBAS O EJERCICIOS ORALES

4. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

En el artículo 61.2 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante TRLEBEB) se prevé que las pruebas en los procedimientos de selección para el acceso al empleo público, para la comprobación de los conocimientos y la capacidad de los aspirantes, pueden ser efectuadas de forma



oral. Así, el citado precepto expresamente señala que *“Los procedimientos de selección cuidarán especialmente la conexión entre el tipo de pruebas a superar y la adecuación al desempeño de las tareas de los puestos de trabajo convocados, incluyendo, en su caso, las pruebas prácticas que sean precisas. Las pruebas podrán consistir en la comprobación de los conocimientos y la capacidad analítica de los aspirantes, expresados de forma oral o escrita, en la realización de ejercicios que demuestren la posesión de habilidades y destrezas, en la comprobación del dominio de lenguas extranjeras y, en su caso, en la superación de pruebas físicas”*.⁴⁵

En este sentido, suele ser una práctica habitual, especialmente en los cuerpos del Grupo A1, que en la convocatorias de los procesos selectivos de acceso al empleo público se contemplen una o varias pruebas consistentes en la exposición oral de temas del programa designados a las suertes, o una prueba oral en lengua extranjera.⁴⁶ No obstante, ni en las bases de la convocatoria, tampoco en la práctica interna de los órganos de selección, se contempla la grabación o registro de estas intervenciones orales a diferencia de los ejercicios escritos cuya realización queda incorporada en el expediente administrativo.

En cualquier caso, parece que comienza a imponerse dentro de las propias Administraciones Públicas la necesidad de garantizar los mismos derechos a los

⁴⁵ En el mismo sentido, por ejemplo, el artículo 51.2 de la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha que reproduce literalmente lo dispuesto en el TRLEBEP.

⁴⁶ Así, entre otras, en las convocatorias de procesos selectivos en donde se exige la exposición oral de temas se pueden citar en el ámbito estatal: el Cuerpo de Abogados del Estado, Jueces y Fiscales, Letrados de la Administración de Justicia, Letrados de la Seguridad Social, Notarios, Cuerpo Superior de Administradores Civiles del Estado, Inspectores de la Hacienda Pública...; En la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en la última convocatoria para el Cuerpo de Letrados se contemplaba también exposición oral de temas (Resolución de 12/08/2013, de la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas, por la que se convoca el proceso selectivo para el ingreso, por el sistema general de acceso libre, en el Cuerpo de Letrados de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, DOCM núm.156, de 13 de agosto de 2013).

oposidores en este tipo de pruebas o ejercicios orales que, por ejemplo, en las pruebas escritas, y así precisamente en el ámbito estatal parece apreciarse el inicio de una tendencia favorable a la grabación de las pruebas orales realizada por los aspirantes ante el tribunal calificador, lo que supone un cambio trascendental en los principios inspiradores de esta modalidad de ejercicios, todo ello sin perjuicio de reconocer la existencia de antecedentes previos en el ámbito local, autonómico y universitario.

Así, en la reciente Orden del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas por la que se convocan pruebas selectivas para el acceso a la subescala de Secretaría-Intervención de la Escala de funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional (BOE núm. 290, de 4 de diciembre de 2015) tras indicar que las sesiones serán públicas, tanto en las lecturas de los ejercicios de la oposición como en el ejercicio oral, que es un criterio tradicional que se incluye en la práctica totalidad de los procesos selectivos con ejercicios o pruebas orales, se añade expresamente en el apartado 5.11 de las bases que *“Las sesiones del ejercicio oral serán grabadas en audio, debiendo el aspirante identificarse con nombre y documento nacional de identidad al comienzo de la grabación”*.

Igualmente, véase el novedoso e importante cambio normativo que se contiene en el artículo 18.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que entrará en octubre en vigor, en donde se prevé que *“Podrán grabarse las sesiones que celebre el órgano colegiado. El fichero resultante de la grabación, junto con la certificación expedida por el Secretario de la autenticidad e integridad del mismo, y cuantos documentos en soporte electrónico se utilizasen como documentos de la sesión, podrán acompañar al acta de las sesiones, sin necesidad de hacer constar en ella los puntos principales de las deliberaciones.”*; añadiendo en su apartado segundo que *“Cuando se hubiese optado por la grabación de las sesiones celebradas o por la utilización de documentos en soporte electrónico, deberán conservarse de forma que se garantice la integridad y autenticidad de los ficheros electrónicos correspondientes y el acceso a los mismos por parte de los miembros del órgano colegiado”*. En efecto, este precepto aunque utiliza una fórmula potestativa voluntaria, “podrán”, resulta esperanzador para



que se generalice su uso en los tribunales de calificación de procesos selectivo, como también apuntan expertos juristas⁴⁷.

Por otra parte, y como veremos, resulta ciertamente sorprendente que en el ámbito del desarrollo de los procesos selectivos la jurisprudencia haya evolucionado y avanzado notablemente en el ejercicio de un control judicial real y efectivo de las pruebas de acceso al empleo público, y que sin embargo no se haya cuestionado de forma profunda uno de los aspectos que, sin duda, ha quedado sistemáticamente al margen de cualquier control o verificación judicial por parte los órganos jurisdiccionales constituyendo un auténtico “ángulo muerto” o “punto ciego” que puede generar una indefensión material, real y efectiva para los aspirantes en este tipo de procesos selectivos, y que potencialmente es susceptible de permitir y no enmendar conductas arbitrarias o que vulneren los principios de igualdad, mérito y capacidad por parte de los órganos de selección.

2. EL CONTROL DE LOS EJERCICIOS ORALES POR LOS ÓRGANOS JUDICIALES

Es necesario partir de la base de los criterios jurisprudenciales reconocidos por los órganos judiciales en el control de la discrecional técnica por lo que vamos a extraer de forma resumida la doctrina básica, reiterada en las resoluciones judiciales, que constituye o configura la misma actualmente:

La evolución de la jurisprudencia ha terminado por distinguir dentro del control jurisdiccional de la actuación de valoración técnica de los órganos de selección y del proceso de acceso al empleo público, entre el "núcleo material de la decisión" y sus "aledaños".⁴⁸

⁴⁷ Véase el blog www.contencioso.es, entrada de 14 de octubre de 2015, en donde su autor CHAVES GARCÍA, J.R, magistrado especialista de la Sala de lo Contencioso del TSJ de Galicia señala que: *“Se zanja un frecuente caballo de batalla. Además se abre la vía para la grabación de las sesiones de todos los órganos colegiados, y entre ellos, los Tribunales de calificación con su importante fuerza demostrativa del acierto de la valoración. Nótese que las Actas solo reflejaban tradicionalmente los Acuerdos y las incidencias de interés, y si se graba, quedará huella de la totalidad de las deliberaciones*

⁴⁸ La anterior distinción está presente, entre otras, en la **STC 215/1991, de 14 de noviembre** (EDJ1991/10819).

El primero estaría representado por el estricto dictamen o juicio de valor técnico, y los segundos (los denominados “aledaños”) integrarían, por un lado, aquellas actividades preparatorias o instrumentales que rodean a ese estricto juicio técnico para hacerlo posible y, de otro, las pautas jurídicas que también son exigibles a dichas actividades.

Esas actividades preparatorias o instrumentales serían las encaminadas a delimitar y fijar la materia que vaya a ser objeto de ese juicio técnico, a determinar los criterios de calificación que vayan a ser utilizados y a aplicar individualizadamente dichos criterios a cada uno de los elementos materiales que constituyan el objeto de la valoración; esto es, serían los pasos que resultan necesarios para llegar a la estimación cualitativa finalmente contenida en el estricto juicio técnico.

Y esas pautas jurídicas tienen por objeto garantizar el derecho a la igualdad de condiciones que asiste a todos los aspirantes, por la necesidad de que el criterio de calificación responda a los principios de mérito y capacidad, y por el obligado cumplimiento también del mandato constitucional de interdicción de la arbitrariedad.

Un punto más en esta línea evolutiva de la jurisprudencia está representada por la necesidad de motivar el juicio técnico, para cumplir el mandato constitucional previsto en el artículo 9.3 de la Constitución Española relativo a la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, y ese cumplimiento conlleva la necesidad de motivar el juicio cuando así sea solicitado por algún aspirante o cuando sea objeto de impugnación.⁴⁹

⁴⁹ Así, por ejemplo, en la **STS de 10 de mayo de 2007, recurso 545/2002** (EDJ2007/70476) se declara que: “[...] como es bien sabido, dicha discrecionalidad técnica significa, por un lado, respetar las valoraciones de esa índole que hayan sido realizadas por los órganos cualificados por la posesión del correspondiente saber especializado y, por otro, admitir el margen de polémica o discrepancia que sobre determinadas cuestiones venga siendo tolerado en el concreto sector de conocimientos técnicos de que se trate. Pero una cosa es el núcleo del juicio técnico sobre el que opera esa clase de discrecionalidad y otra diferente la obligación de explicar las razones de ese juicio técnico



La fase final de la evolución jurisprudencial⁵⁰ está constituida por la definición de cuál debe ser el contenido de la motivación para que, cuando sea exigible, pueda ser considerada válidamente realizada, y así resultaría exigible:

- 1º) expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico
- 2º) consignar los criterios de valoración cualitativa que se utilizarán para emitir el juicio técnico
- 3º) expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia a un candidato frente a los demás

En todo caso, este control judicial es limitado puesto que la propia jurisprudencia reconoce que en la mayoría de los supuestos, salvo excepciones⁵¹, los órganos

cuando expresamente hayan sido demandadas o cuando se haya planteado la revisión de la calificación que exteriorice ese juicio técnico. Esto último queda fuera del ámbito propio del llamado juicio de discrecionalidad técnica, ya que, ante la expresa petición de que dicho juicio sea explicado o ante su revisión, la constitucional prohibición de arbitrariedad hace intolerable el silencio sobre las razones que hayan conducido a emitir el concreto juicio de que se trate. [...]"

⁵⁰ A estos efectos, se pueden citar, entre otras, los pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre nombramientos de altos cargos jurisdiccionales, **STS de 27 de noviembre de 2007, recurso 407/2006**; sobre concursos de personal docente universitario, **STS de 19 de mayo de 2008, recurso 4049/2004**; sobre convocatorias del Consejo General del Poder Judicial para puestos en sus órganos técnicos, **STS de 10 de octubre de 2007, recurso 337/2004**; o sobre procesos selectivos en las distintas Administraciones Públicas, **STS de 18 de diciembre de 2013, casación 3760/2012**.

⁵¹ En la **sentencia del TSJ de Galicia, Sala de lo Contencioso, de 12 de junio de 2015, recurso 10/2015** se declara que: *"En consecuencia, hemos de estimar el recurso y dejar claras las excepcionales circunstancias que apreciadas en su conjunto nos llevan a 'levantar el velo' de la inmunidad de la discrecionalidad técnica en este singular caso:*

a) Prueba escrita que deja huella de preguntas y respuestas (no se trata de un examen 'oral' con preguntas y respuestas espontáneas sin constancia detallada).

jurisdiccionales carecen de conocimientos específicos para emitir un dictamen⁵², desde una evaluación puramente técnica, que revise los criterio exteriorizados

b) Prueba de contenido jurídico-administrativo teórico, contando la Sala con conocimientos y especialización sobrada para valorarlo (no se trata de una prueba práctica que admite distintas perspectivas o soluciones abiertas).

c) Prueba sobre tema jurídico-administrativo de contenido básico, teórico y común a manuales, temarios y libros, siendo sencilla la predeterminación de la respuesta correcta, con escaso espacio para la discrecionalidad de respuestas alternativas (no se trata de temas jurídico-administrativos científicamente controvertidos, doctrinalmente complejos, novedosos o sin enfoque unívoco).

d) Perspectiva de control del derecho de igualdad en cuanto al derecho a que el nivel de rendimiento exigido para el aprobado sea el mismo sin perversiones aplicativas a la baja.

e) Ausencia de motivación específica de la valoración del ejercicio de la reclamante, y resolución estereotipada de la reclamación.

En esas circunstancias se desvanece la presunción de aplicación de igual criterio de superación del segundo ejercicio por el Tribunal calificador, y apreciando la arbitrariedad en la aplicación del criterio de valoración, se alza en cambio la necesaria extensión del aprobado del ejercicio a favor de la recurrente, por evidenciar un rendimiento claro y notoriamente por encima del rendimiento e, por evidenciar un rendimiento claro y notoriamente por encima del rendimiento demostrado por al menos dos de los aspirantes aprobados demostrado por al menos dos de los aspirantes aprobados" (F.D. 6º).

⁵² Tratándose de cuestiones o materias estrictamente jurídicas ya se han dictado algunos pronunciamientos de nuestro Tribunal Supremo en las que los propios magistrados se adentran en la valoración o comparación de ejercicios, y así, puede verse en la **STS de 31 de julio de 2014, recurso 2001/2013**, o en la **STS de 31 de julio de 2014, recurso 3779/2013**, en las que se indica que: "[...]"*la comparación entre el ejercicio del actor y los de los aspirantes que éste señaló podía hacerla por sí misma la Sala porque el caso práctico que constituyó el objeto del segundo ejercicio de la fase de oposición versaba sobre una materia jurídica de las que conoce el orden jurisdiccional contencioso-administrativo y los integrantes de la misma estaban en condiciones de apreciar por sí mismos si existía o no la identidad afirmada por el Sr. Secundino desde el momento en que disponían de todos esos ejercicios".* La valoración de los méritos y capacidad de un opositor ya no es campo vedado a los Tribunales de Justicia ni la opinión del órgano calificador goza de la presunción de infalibilidad. En palabras de la primera de las Sentencias citadas "*una cosa es que en sede judicial no se pueda sustituir el criterio técnico del tribunal calificador o valorar su mayor o*



por los expertos que forman parte de los tribunales de selección, dada cuenta la solvencia técnica y neutralidad que caracteriza a los miembros de los órganos calificadoros, lo que en principio implicaría respetar su dictamen mientras no conste de manera inequívoca y patente que incurre en error técnico, arbitrariedad, desviación de poder, o vulnerador del principio de igualdad que rige en el acceso a las funciones públicas que exigiría que los criterios técnicos que decidan la selección de los aspirantes sean idénticos para todos ellos (artículos 14 y 23.2 CE).

En mi opinión, la cuestión relativa a la sistemática falta de registro o grabación de los ejercicios orales en los procesos selectivos debe encuadrarse dentro del control de los denominados “aledaños”, exigiéndose como un aspecto reglado de la decisión, así que de la misma manera que se exige por los órganos judiciales que consten los criterios técnicos a aplicar a los aspirantes para su valoración ulterior, la nota asignada, anotaciones que motiven la calificación asignada...también debiera imponerse la exigencia de la constancia física del soporte audiovisual sobre cuya juicio técnico se han pronunciado los miembros del órgano de selección.

Además, no se puede obviar que en los concretos y limitados supuestos, anteriormente indicados, que permitirían una revisión judicial del “núcleo de la decisión”, únicamente sería posible realizarlo de forma real y efectiva si el órgano judicial dispone de la realidad de los hechos, esto es, del ejercicio realizado por el aspirante⁵³.

menor acierto siempre que no sea absurdo su juicio y otra que no quepa revisar la forma en que ha sido aplicado”.

⁵³ En este sentido, FERNÁNDEZ ESPINAR L.C., en su obra “El control judicial de la discrecionalidad administrativa. La necesaria revisión de la construcción dogmática del mito de la discrecionalidad y su control”, Revista jurídica de Castilla y León n.º 26, enero 2012”, pág 254, declara que: [...]Para ello, siguiendo el camino iniciado por prestigiosos autores citados en el presente trabajo, consideramos que el único y eficaz remedio es invertir la carga de la prueba y del dogma de la «presunción de legalidad del acto administrativo», siendo la administración quien tenga que acreditar y justificar previa y detalladamente el interés público de su decisión, la realidad de los hechos sobre los que va

En definitiva, solamente teniendo el órgano judicial acceso al soporte audiovisual del ejercicio expuesto puede estar el aspirante en condiciones de solicitar el control de aspectos reglados de la decisión (calificaciones emitidas, ponderación de las mismas...) y, en último extremo, si existió un error patente en la valoración de los ejercicios, aspecto este que, llegado el caso, sería susceptible de control por la jurisdicción aun cuando se reconozca a los órganos de selección el margen propio de la discrecionalidad técnica.

En este sentido, autores como PÉREZ LUQUE ⁵⁴ ya señalaban en su momento que uno de los grandes problemas de este tipo de ejercicios era la imposibilidad del opositor de poder demostrar que su exposición oral había sido correcta y suficiente para la superación de la prueba en aquellos supuestos en los que, por el contrario, el órgano de selección considerase al aspirante como no apto, en la medida que no queda constancia documental o gráfica de la exposición ⁵⁵.

En igual sentido, GARCÍA-TREVIJANO señalaba que la prueba oral tenía como principal defecto el no dejar rastro material, lo cual era un verdadero hándicap en caso de interposición de reclamación o recurso, aunque añadía que era un defecto *"que se puede y debe subsanar mediante la utilización de sistemas mecánicos que recojan las intervenciones, no sólo de las entrevistas, sino de las deliberaciones de los miembros del tribunal que afecten a la inclusión o exclusión de los aspirantes"*. ⁵⁶

adoptar la decisión, el cumplimiento de todos los principios generales del derecho (igualdad, proporcionalidad, etc.) y del contenido de las normas aplicables en cada caso".

⁵⁴ PÉREZ LUQUE, A., *"La selección de personal permanente de las Corporaciones Locales"*, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, La Ley, Madrid, 2001, pág. 325.

⁵⁵ Véase igualmente la obra de LÁZARO ALBA, E. Y GONZÁLEZ BOTIJA, F. *"A vueltas con la discrecionalidad técnica en oposiciones y concurso: jurisprudencia reciente y reflexiones críticas"*, REDA, núm. 127, jul-sept.2005, págs. 551-552.

⁵⁶ GARCÍA TREVIJANO FOS, J.A., *"Tratado de Derecho Administrativo"*, III Vol. I, 1970, pág 519.



Hay que tener en cuenta que la discrecionalidad técnica actúa respecto de la consecuencia jurídica pero no sobre el supuesto de hecho, de manera que los hechos determinantes en su existencia y características estarían al margen de la invocación de la discrecionalidad.

En definitiva, el órgano jurisdiccional tiene que poder controlar la exactitud de los hechos determinantes de la concreta actuación administrativa, en la medida que un posible error sobre los hechos invalidaría el ejercicio de la potestad, por lo que la prueba de la existencia del presupuesto objetivo, en el presente caso representado por la exposición oral del aspirante, debe figurar en el expediente administrativo.

Pues bien, sobre la dificultad de control de la evaluación de las pruebas orales, el propio **Tribunal Supremo, Sala 3ª, S 13-3-1991** ya destacó que: *“[...] Es preciso tener en cuenta que así como la práctica actual hace que las pruebas orales no sean reproducibles, lo que hace ineludible su publicidad, por el contrario las pruebas escritas permanecen en la posibilidad de ser revisadas y comparadas, lo que desde este punto de vista les da una garantía más intensa que las celebradas con publicidad, en forma oral”*.

De la lectura extractada de esa sentencia judicial se puede comprobar cómo se parte de un supuesto de hecho que ha cambiado, puesto que en aquel momento no existían medios técnicos aptos para la grabación de los ejercicios orales, como sí existen actualmente, y por otra parte se reconoce de forma explícita por nuestro Tribunal Supremo un aspecto que cualquier jurista puede apreciar y sobre el que insistiremos en el presente artículo: que con esa forma de actuación son menores, a mi modo de ver casi inexistentes, las garantías de control y revisión administrativa y judicial para los aspirantes en un ejercicio oral que en un ejercicio escrito.

De forma implícita, esta falta de control judicial en esta modalidad de pruebas de acceso a la función pública es también reconocido en la **sentencia del TSJ Galicia Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 1ª, S 12-6-2015, nº 371/2015, rec. 10/2015**, cuando señala que *“En consecuencia, hemos de estimar el recurso y*

dejar claras las excepcionales circunstancias que apreciadas en su conjunto nos llevan a "levantar el velo" de la inmunidad de la discrecionalidad técnica en este singular caso: a) Prueba escrita que deja huella de preguntas y respuestas (no se trata de un examen "oral" con preguntas y respuestas espontáneas sin constancia detallada) [...]"

Solamente con las sentencia judiciales anteriormente transcritas se podría formular un sencillo silogismo, puesto que si resulta evidente que si no registramos o grabamos las pruebas orales el aspirante de un proceso selectivo tiene menos garantías jurídicas y procesales que en otro tipo de pruebas (escrita, test, caso práctico...), y actualmente no existe ningún impedimento tecnológico para ello, concluiremos que resulta inexplicable o ilógico desde un punto de vista jurídico que no se adopten medidas para evitarlo.

Una primera aproximación a la situación de indefensión jurídica que se genera en este tipo de procesos selectivos con pruebas orales se comprueba al realizar una búsqueda jurisprudencial de procesos selectivos en los que haya sido objeto de impugnación judicial un ejercicio o prueba oral, constatándose que son escasos los pronunciamientos judiciales en comparación con impugnaciones de pruebas tipo test, ejercicios escritos o supuestos prácticos, lo que a nuestro juicio puede suponer un indicio de la dificultad extrema a la que se enfrentan los aspirantes en estos casos que, en muchas ocasiones, lleva a desistir de su inicial voluntad de cuestionar la nota asignada por el tribunal calificador.

Pues bien, en los supuestos escasos y recientes en los que se ha planteado esta cuestión jurídica, los órganos judiciales continúan sin afrontar esta problemática desde un punto de vista del derecho a la tutela judicial efectiva sino que se limitan a desestimar cualquier alegación al respecto con diversos fundamentos formales

⁵⁷.

⁵⁷ Así, por ejemplo, en la falta de previsión en las bases, como en la **sentencia del TSJ de La Rioja, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 1ª, S 2-7-2015, nº 200/2015, rec. 81/2014** donde un aspirante cuestionaba que en relación a la prueba oral no constaba en el expediente el soporte físico del mismo considerando que tendría que existir puesto que resultaría lógico con los medios actuales y como garantía para supuestos de contradicción y comparación, se resuelve que *"no existe ninguna base de la convocatoria que obligue al*



No obstante, también se pueden encontrar pronunciamientos judiciales recientes del Tribunal Supremo de los que se puede extraer la idea nuclear del presente artículo, que la inexistencia de la grabación o registro audiovisual de la exposición oral impide o limita a los aspirantes poder ejercitar en plenitud sus derecho, y puede implicar una insuficiente o inadecuada motivación de la actuación administrativa, y así, por ejemplo, se puede citar la fundamentación jurídica de la **Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 7ª, S 7-11-2011, rec. 1253/2009**,⁵⁸

Tribunal Calificador a grabar los ejercicios orales y por tanto no existe fundamento legal para tal pretensión del demandante”.

En la **sentencia del TSJ Castilla y León (Burgos) Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 2ª, S 19-10-2007, nº 447/2007, rec. 195/1998** en la que también se cuestionaba la nota asignada en una prueba oral se reconoce la imposibilidad de ejercer el control judicial concluyendo que “[...]La anterior doctrina, toda vez que lo que se discute es la calificación obtenida en la fase de la oposición, a falta de prueba de los presupuestos de hecho que ampararían los medios de control que el ordenamiento permite, como quiera que lo que en definitiva pretende el actor es que se revise el juicio técnico emitido en la calificación oral, para así superar el total proceso selectivo, según sus planteamientos, se está en el caso de desestimar las pretensiones del actor.”

Por su parte, en la **sentencia del TSJ Andalucía (Sevilla) Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 3ª, S 14-10-2015, nº 868/2015, rec. 467/2014** se impugna la nota asignada en el ejercicio oral cuestionando también la ausencia de criterios de valoración, declarándose que “no cabe sino estimar en este punto la pretensión del recurrente, y con retroacción de lo actuado, reclamar de los órganos de selección la exposición de los motivos y criterios seguidos para calificar en la forma que lo hicieron las pruebas del recurrente relativas al examen de la prueba A y la defensa de la unidad didáctica.”

⁵⁸ “Según se ha dicho, la evaluación del bloque de Habilidades Sociales y Adaptabilidad debía hacerse a partir de una entrevista personal semi-estructurada a realizar en el último trimestre después de recopilar “el máximo de información de los distintos bloques de actitud” con el objeto de profundizar y contrastar la información global obtenida del alumno a lo largo del curso básico en virtud de escalas descriptivas definidas como autocontrol, capacidad verbal comunicativa, capacidad de relación interpersonal estructurada, adaptación social, adaptación al curso y actitudes globales. Y el punto 8.2 del protocolo establecido al efecto, decía que “la entrevista quedará transcrita y formará parte del expediente individual del Área de Actitud de cada aspirante”. Tal como declara la sentencia, la entrevista realizada al Sr. Humberto no se transcribió.

aunque es necesario aclarar que está referida a una entrevista oral, y que en las propias bases de la convocatoria se exigía la transcripción de la entrevista para que quedase constancia.

3. EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, CARGA PROBATORIA Y LA NECESARIA TRANSPARENCIA ADMINISTRATIVA EN LAS PRUEBAS O EJERCICIOS ORALES

Desde un punto de vista procesal es patente el desequilibrio probatorio del aspirante que, a mi modo de ver, le lleva a una absoluta indefensión en el ejercicio de sus derechos ante los órganos judiciales de la jurisdicción contenciosa administrativa afectando a su derecho a la tutela judicial efectiva⁵⁹, en la medida

Esta circunstancia impide al recurrente defenderse de la actuación administrativa que tiene por soporte la valoración formada de la forma indicada ya que no es suficiente la puntuación derivada de la entrevista, ni siquiera teniendo en cuenta las notas aclaratorias de la psicóloga ya que no hace referencia al caso del recurrente, sino que se limita a explicar la metodología seguida. Esa ausencia de referencias a la que en concreto se le hizo al recurrente la tuvo presente la Sala de Pamplona para inadmitir la prueba testifical propuesta por el Sr. Humberto y la pone de manifiesto el Gobierno de Navarra al defender la corrección de esa decisión procesal. En dicho informe, decía la Sala y reitera ahora la Administración, no había hechos. Pues bien, la falta de hechos, es decir, el desconocimiento de los términos en que se realizó la entrevista hace insuficiente la motivación consistente en la puntuación. En este sentido, hemos de recordar el criterio que venimos manteniendo al respecto y que se puede resumir diciendo que la calificación numérica asignada a un aspirante en un proceso selectivo no es motivación bastante cuando sea discutida por el interesado (sentencias de 18 y 2 de marzo de 2011 (casación 4278/2009 EDJ 2011/26055 y 3512/2008 EDJ 2011/34882) y las que en ellas se citan)" (fundamento de derecho sexto).

⁵⁹ El Tribunal Constitucional, desde su **STC 39/1983, de 16 de mayo** (fundamento de derecho 4º), en igual sentido la **STC 219/2004, de 29 de noviembre de 2004** ha declarado que:

"La existencia de la discrecionalidad técnica "no supone naturalmente desconocer el derecho a la tutela judicial efectiva recogida en el art. 24.1 de la Constitución, ni el



que al no constar el contenido material del ejercicio oral lo único que puede fiscalizar y valorar el órgano judicial son los elementos probatorios que hayan sido efectuados, en su caso, por los miembros del órgano de selección (criterios de evaluación, anotaciones, puntuación numérica asignada...) y siendo ello por tanto susceptible de protección a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional⁶⁰.

principio del sometimiento pleno de la Administración pública a la Ley y al Derecho (art. 103.2), ni la exigencia del control judicial sobre la legalidad de la actuación administrativa y su sumisión a los fines que la justifican (art. 106.1). Tampoco supone ignorar los esfuerzos que la jurisprudencia y la doctrina han realizado y realizan para que tal control judicial sea lo más amplio y efectivo posible. Pero no puede olvidarse tampoco que ese control puede encontrar en algunos casos límites determinados. Así ocurre en cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, que sólo puede ser formulado por un órgano especializado de la Administración y que en sí mismo escapa por su propia naturaleza al control jurídico, que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales, y que, naturalmente, deberán ejercerlo en la medida en que el juicio afecte al marco legal en que se encuadra, es decir, sobre las cuestiones de legalidad, como dice la propia demanda de amparo, que se planteen en el caso, utilizando al efecto todas las posibilidades que se han ido incorporando a nuestro acervo jurídico". Pero aun afirmando, como hemos señalado, cierta limitación de los Tribunales de justicia en el control de esta actividad administrativa, también este Tribunal ha establecido que si el órgano judicial diera por buena, sin más, la decisión administrativa sin realizar el control exigible de la misma que impone el art. 24.1 CE, vulneraría el derecho fundamental a la tutela judicial (SSTC 97/1993, de 22 de marzo, y 353/1993, de 29 de noviembre, FJ 5), que es, precisamente, lo que ha hecho el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en la Sentencia ahora impugnada, dar por buena, sin más comprobación, la nota obtenida por el recurrente, sin realizar el control sobre la actuación de los órganos calificadoros en cuanto a la aplicación de la mencionada fórmula matemática. La argumentación que realiza el Tribunal al negarse a resolver la cuestión planteada invocando la discrecionalidad técnica de la Administración, vulnera el derecho a la tutela judicial del recurrente por denegación de justicia, ya que dicha alegación nada tiene que ver, ni afecta, a la discrecionalidad técnica de las comisiones calificadoras del proceso selectivo."

⁶⁰ En el **Auto del Tribunal Constitucional 327/1995, de 11 de diciembre de 1995** se dispone que: "Tal tarea de control del ejercicio de las potestades administrativas, no obstante, pertenece al ámbito de competencia normal de los Tribunales ordinarios, y

Hay que partir de la base que la propia jurisprudencia constitucional reconoce una presunción *iuris tantum*⁶¹ de certeza y razonabilidad de la actuación administrativa por lo que correspondería al aspirante la carga probatoria de desvirtuar aquella y acreditar la concurrencia entonces de alguna de las causas que la excluyen (desviación de poder, arbitrariedad, patente error...), lo que difícilmente, por no de decir casi imposible, lo tendrá en supuestos como el aquí analizado en donde el material probatorio esencial, representado por el ejercicio o prueba oral realizada, no obra en las actuaciones por causas ajenas al aspirante e imputables al proceder de la Administración.⁶²

específicamente de los propios del orden jurisdiccional contencioso-administrativo; si bien cabe estimar, no obstante, que la deficiente práctica de este control consistente, por ejemplo, en una completa omisión de la verificación de hechos determinantes de la posible desviación de poder, podrá constituir en su caso una vulneración del derecho a la tutela judicial y, como tal, susceptible de protección por este Tribunal por medio del recurso de amparo; máxime si pudiera afectar al ejercicio de otros derechos y a principios esenciales de nuestro orden constitucional, como la contribución de un partido político al ámbito del debate público. Sobre ello volveremos en el siguiente fundamento jurídico, para descartar que tal control no existiera en el caso aquí debatido, pero su incardinación en el ámbito del principio de igualdad no es posible, al no existir discriminación de ningún género en la regla que fundamenta la sanción, como tampoco desigual aplicación de la Ley por el órgano judicial revisor de la potestad administrativa.”

⁶¹ MUÑOZ MACHADO, S., en el “Tratado de Derecho administrativo y derecho público general”, vol 1, 2ª ed. Lustel, Madrid, 2006, pág.571, declara que es cierto que se reconoce una presunción de certeza en la actuación administrativa, apoyada en la especialización e imparcialidad de los órganos administrativos, pero se trata de una presunción *iuris tantum* que cabe desmontar si la decisión técnica se funda en patente error, debidamente acreditado por la parte que la alega.

⁶² En la **Sentencia del Tribunal Constitucional 86/2004, de 10 de mayo de 2004** se declara que: “Respecto a la primera de las cuestiones, hemos de subrayar que “ni el art. 24.1 ni el 23.2 CE incorporan en su contenido un pretendido derecho de exclusión del control judicial de la llamada discrecionalidad técnica” (STC 138/2000, de 29 de mayo, FJ 4). Y es que “debe recordarse que, frente a la discrecionalidad técnica que ha de reconocerse a los órganos de selección en el marco de ese ‘prudente y razonable’ arbitrio, nunca ‘excesivo’ (STC 48/1998; FJ 7.a), ‘las modulaciones que encuentra la plenitud de conocimiento jurisdiccional sólo se justifican en una “presunción de certeza o de razonabilidad de la



No obstante, a mi juicio, debiera explorarse y analizarse en profundidad por la doctrina administrativista, y también por los órganos judiciales, si realmente en los procesos selectivos en los que se cuestiona la nota asignada a un aspirante, específicamente en aquellos supuestos que implican no superar o no poder continuar el proceso selectivo, nos encontraríamos ante un supuesto que al afectar de forma gravosa y negativa a la esfera del aspirante resultaría más semejante a aquellos casos en los que se ejercita un “ius puniendi” por la Administración, procedimientos sancionadores o disciplinarios por ejemplo, lo que a efectos probatorios implicaría una inversión de la carga probatoria establecida y comúnmente aceptada para estos supuestos, correspondiendo a la Administración acreditar los hechos, esto es la calificación de no apto, que justifican la actuación administrativa, y por tanto sería la propia Administración la principal interesada en la grabación y archivo de los ejercicios o pruebas orales al ser el sustento de la decisión adoptada.

Por otra parte, la transparencia administrativa, que se haya expresamente contemplada en la normativa administrativa⁶³, se configura como un pilar esencial en el ámbito de los procesos selectivo de acceso al empleo público, en la medida que aquella se configura como un mecanismo que permite a la ciudadanía en general y a los aspirante, en particular, tener un conocimiento pleno de la actuación administrativa, en este caso del desarrollo de un proceso selectivo, y por tanto poder ejercer un control real sobre dicha actuación, lo que ayudaría a

actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación". Una presunción iuris tantum, por cierto, de ahí que siempre quepa desvirtuarla 'si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda justificación del criterio adoptado', entre otros motivos por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega (STC 353/1993)' (STC 34/1995, FJ 3)" (STC 73/1998, de 31 de marzo, FJ 5)."

⁶³ Véanse el artículo 3.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; y los artículos 1.3, 20.2; 33; 52 y 55.2 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

legitimar a las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus potestades públicas⁶⁴.

Por tanto, además de lo ya expuesto en los apartados anteriores, otro argumento a favor de la grabación o archivo de las pruebas o ejercicios orales, estaría representada por el cumplimiento con los principios rectores de la transparencia

⁶⁴ En este sentido, esta es una posición defendida en la tesis doctoral titulada “Situación y reforzamiento de los principios de mérito y capacidad en el acceso al empleo público”, Granada (2013), en donde FERNÁNDEZ DELPUECH, LUCIA, págs. 746 y 747, señala que: *“Además, en el ámbito de los exámenes orales, y como indica también el citado autor, la discrecionalidad técnica del órgano de selección alcanza sus mayores cotas, siendo muy complicado después ejercer un control judicial sobre la calificación asignada. No ya solamente por virtud de la doctrina de la no revisabilidad de las decisiones adoptadas en virtud de discrecionalidad técnica, sino porque, en la valoración de una exposición oral, siempre existirá un margen razonable de apreciación del órgano de selección. En definitiva, la transparencia resulta aún más necesaria si se defiende la discrecionalidad técnica del órgano de selección, ya que la puntuación asignada por éste deviene irrevisible y, por tanto, puede aumentar el riesgo de comisión de favoritismos e injusticias amparadas en la opacidad. Además, el anonimato no es posible garantizarlo en los exámenes orales, ya que los miembros del órgano de selección ven al candidato. Por todas estas razones, el carácter público del examen oral es esencial. Dicho carácter público, actualmente, consiste en que cualquier ciudadano pueda estar presente en la realización de dicho examen. Ahora bien, el principio de transparencia administrativa y el derecho de los participantes en el proceso selectivo a acceder al expediente administrativo, hace totalmente imprescindible que quede constancia de la realización de los exámenes orales y que la misma pueda ser visualizada por los participantes del proceso selectivo. Y esta exigencia resulta posible porque los medios tecnológicos actuales lo permiten, tal y como sucede ya en el ámbito judicial, donde se deja constancia en documento audiovisual de los juicios celebrados. Por tanto, hoy en día cualquier órgano de selección se halla en disposición de registrar audiovisualmente la celebración de los exámenes orales, y archivarlo informáticamente, incluso “colgarlo” en la correspondiente página Web, para su visualización por el resto de participantes en el proceso selectivo. Y, obvio es, que en revisión, cabe el visionado de esos archivos. Por tanto, el análisis a posteriori de la exposición oral realizada por los opositores es físicamente tan posible como el análisis de los exámenes escritos.”*



administrativa⁶⁵ que se considera que debieran resultar igualmente invocables y por tanto aplicables en los procesos selectivos cualesquiera que fuera el tipo o modalidad de ejercicio o prueba prevista.

4. CONCLUSIONES

A mi modo de ver, resulta imprescindible que por las Administraciones Públicas se tome conciencia del problema analizado y aquí tratado, que no tiene solamente una vertiente jurídica como hemos visto, en la medida que puede llegar a restar credibilidad o generar una sombra de sospecha en los procesos selectivos de acceso al empleo público con ejercicios o pruebas orales, y por tanto afectar a la legitimación de las Administraciones Públicas y por extensión a todos los empleados públicos que trabajan en ella.

Considero que desde un punto de vista jurisprudencial la cuestión relativa a la sistemática falta de registro o grabación de los ejercicios orales en los procesos selectivos debe encuadrarse dentro del control de los denominados “aledaños”, por lo que de la misma manera que se exige por los órganos judiciales que consten los criterios técnicos a aplicar a los aspirantes para su valoración ulterior, la nota asignada, anotaciones que motiven la calificación asignada...también debiera incluirse la exigencia de la constancia física del soporte audiovisual sobre cuya juicio técnico se han pronunciado los miembros del órgano de selección.

Además, solamente si el órgano judicial dispone de los parámetros o elementos necesarios, que en este caso están representados por el ejercicio realizado por el aspirante, se puede controlar realmente la legalidad de la actuación administrativa y en su caso, al menos teóricamente y en los casos actualmente reconocidos por la jurisprudencia, permitir una revisión judicial real y efectiva del “núcleo de la decisión”.

A través de este artículo no se pretende cuestionar la labor de los órganos o tribunales calificadoros, sino tratar de argumentar y razonar jurídicamente los motivos para considerar que en el supuesto de ejercicios o pruebas orales su

⁶⁵ Véase el artículo 5 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

actuación debe ser igual y plenamente fiscalizable por los órganos judiciales, si es cuestionado en su legítimo derecho por un aspirante, y ello únicamente puede hacerse si se dispone del material audiográfico de la exposición.

Personalmente no me cabe ninguna duda sobre la integridad, objetividad y profesionalidad de los miembros integrantes de los órganos o tribunales calificadoros, pero la existencia de lo que hemos calificado como “ángulo muerto” o “punto ciego”, al no existir ninguna constancia del contenido de la prueba realizada por un aspirante en una prueba o ejercicio oral, puede generar una sombra de sospecha “ad extra” sobre la actuación o conducta del tribunal que debe ser completamente desterrada en aras de la transparencia y del derecho a la tutela judicial efectiva real de los propios aspirantes y de su legítimo derecho a cuestionar, con plenitud de garantías, la nota o calificación asignada.

Actualmente, con lo medios técnicos disponibles no hay ningún impedimento, salvo una aparente e inexplicable falta de voluntad, para proceder a grabar o registrar audiovisualmente la celebración de los exámenes orales de los aspirantes lo que permitiría dejar constancia, como acontece en los ejercicios escritos, del contenido de la prueba realizada para su eventual impugnación ante los órganos judiciales, y evitar generar así un manifiesto desequilibrio probatorio que conduce necesariamente a la indefensión del aspirante en la práctica totalidad de los supuestos.

Incluso, a mi modo de ver, en una etapa como la actual en la que se está apostando decididamente por la transparencia pública de las Administraciones Públicas sería igualmente deseable que fuera objeto de grabación o registro, formando por tanto parte del expediente administrativo, no solamente el ejercicio oral de cada aspirante “strictu sensu” sino también todas las sesiones deliberatorias de los órganos de selección, lo que sin duda contribuiría a generar mayor confianza en la rectitud e integridad del proceso selectivo (posibilidad que se contempla en el artículo 18.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que entrará en vigor en octubre).

Por otra parte, debiera adaptarse el reconocimiento generalizado y tradicional en las convocatorias de las sesiones públicas de las pruebas orales a las posibilidades



tecnológicas actuales, que permitirían sin gran complejidad la opción de acceso a tiempo real a la exposición de los aspirantes por cualquier ciudadano (por ejemplo a través de la tecnología de streaming). Igualmente, sería deseable que las grabaciones de las pruebas orales estuvieran, al menos durante el proceso selectivo en curso, accesibles a todos los aspirantes quienes, por ejemplo, podrían acceder a una plataforma donde se insertaran todos los ejercicios orales realizados por todos los aspirantes con una clave o contraseña.

Al igual que hemos indicado que no existe ningún motivo que justifique que un aspirante deba tener menos garantías en la revisión e impugnación administrativa y judicial de un prueba escrita que una prueba oral, también se debiera hacer un replanteamiento sobre si también resultaría exigible las mismas condiciones de anonimato requeridas en las pruebas escritas, por ejemplo disociando la identificación nominativa del aspirante con un número correlativo asignado que es el que conocería el órgano o tribunal de calificación.

Para finalizar, hay que tener en cuenta que las propuestas expuestas pueden ser implementadas por las Administraciones Públicas sin necesidad de ningún desarrollo normativo, y sin ningún coste económico, a través de una autorregulación o códigos tipo aplicables a todos los procesos selectivos con pruebas o ejercicios orales, lo que ayudaría a fortalecer las garantías jurídicas de los aspirantes, y la transparencia en los proceso selectivo de acceso al empleo público.

BIBLIOGRAFÍA

- CHAVES GARCÍA, J.R., *“Control de concursos y oposiciones en la jurisprudencia”*, Editorial Reus S.A, Madrid, 2009.
- FERNÁNDEZ DELPUECH, L., *“Una reconstrucción de los principios de mérito y capacidad en el acceso al empleo público”*, Editorial Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015.
- FERNÁNDEZ ESPINAR L.C., *“El control judicial de la discrecionalidad administrativa. La necesaria revisión de la construcción dogmática del mito de la discrecionalidad y su control”*, Revista jurídica de Castilla y León n.º 26, Valladolid, enero 2012.

-
- GARCÍA TREVIJANO FOS, J.A., *“Tratado de Derecho Administrativo”*, III Vol. I, 1970, pág 519
 - LÁZARO ALBA, E. Y GONZÁLEZ BOTIJA, F., *“A vueltas con la discrecionalidad técnica en oposiciones y concurso: jurisprudencia reciente y reflexiones críticas”*, REDA, núm. 127, jul-sept, 2005.
 - MARTÍN MORENO, J.L., *“El control de las oposiciones y concursos en el Estado Constitucional”*, Liberlex, 2007.
 - MILANS DEL BOSCH, S., *“Aspectos controvertidos del derecho de acceso a la función pública: la discrecionalidad técnica y la aplicación de los coeficientes correctores en los procesos selectivos con varios tribunales evaluadores”*. Libro: Problemas prácticos y actualidad del Derecho administrativo. Anuario 2014. Civitas, 2014.
 - MUÑOZ MACHADO, S., *“Tratado de Derecho administrativo y derecho público general”*, vol 1, 2ª ed. Iustel, Madrid, 2006.
 - PARADA, R. y FUENTETAJA, J., *“Derecho de la Función Pública”* (2ª edición). OPEN Ediciones Universitarias, S.L, Madrid, 2014.
 - PÉREZ LUQUE, A., *“La selección de personal permanente de las Corporaciones Locales”*, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, La Ley, Madrid, 2001.
 - TARDIO PATO, J.A., *“Control jurisdiccional de concursos de méritos, oposiciones, y exámenes académicos”*, Civitas, Madrid, 1986



Castilla-La Mancha

Gabilex
Nº 5
Marzo 2016

"LA ASISTENCIA SANITARIA EN ESPAÑA, ESPECIAL REFERENCIA A LA PRESTACIÓN SANITARIA A LOS EXTRANJEROS EN SITUACIÓN IRREGULAR DESPUES DE LA MODIFICACIÓN OPERADA POR EL REAL DECRETO-LEY 16/2012"

D. Leopoldo J. Gómez Zamora

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. Licenciado en Derecho y en Ciencias Políticas y de la Administración

Fecha de finalización del trabajo: Marzo 2016

INDICE

RESUMEN

- 1. MENCIÓN BREVE SOBRE LA EVOLUCIÓN DEL ASEGURAMIENTO SANITARIO EN EL SISTEMA ESPAÑOL**
- 2. ASISTENCIA SANITARIA: ASEGURADOS, BENEFICIARIOS Y PERSONAS EXCLUIDAS (ACCESO AL SERVICIO SANITARIO CON LA CONDICIÓN DE PACIENTE PRIVADO)**
 - 2.1 Asistencia sanitaria**
 - 2.2 Supuestos de acceso al servicio público de salud: asegurado, beneficiarios y usuarios sin derecho**
 - 2.3 "Pacientes privados" del servicio público de salud**
 - 2.4 Otros supuestos: ciudadanos de la Unión Europea, refugiados o asilados**
- 3. RÉGIMEN DEL ASEGURAMIENTO SANITARIO DE LOS EXTRANJEROS ANTES Y DESPUES DE LA APROBACIÓN DEL REAL DECRETO-LEY 16/2012**



-
- 3.1 Regulación anterior a la reforma operada por el Real Decreto-ley 16/2012**
 - 3.2 Regulación posterior a la reforma operada por el Real Decreto-ley 16/2012**
 - 3.3 El convenio especial de prestación de asistencia sanitaria**
 - 3.4 Regulación de las Comunidades Autónomas**
 - 4. ANÁLISIS CRÍTICO-JURÍDICO DE LA REFORMA Y SUS EFECTOS**
 - 4.1 Críticas de la reforma**
 - 4.2 Críticas a la reforma**
 - 4.3 Conclusión**
-

RESUMEN

En el presente trabajo se analiza brevemente la evolución histórica y normativa del aseguramiento sanitario en el sistema jurídico español con el objetivo de definir a continuación diversos conceptos esenciales para delimitar los supuestos de acceso al servicio público de salud. Algunos de estos conceptos serían: asistencia sanitaria, universalidad, condición de asegurados, beneficiarios y usuarios sin derecho a la asistencia con cargo a fondos públicos. Desde esta perspectiva se analiza el acceso de los usuarios a la asistencia sanitaria con especial atención a la figura del acceso como “paciente privado” al servicio público de salud y sucintamente se analiza la figura del reintegro del gasto sanitario a terceros obligados.

Establecidos los conceptos generales básicos se procedió al estudio del acceso de la asistencia sanitaria de los inmigrantes en situación irregular antes y después de la promulgación del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, con mención al nuevo convenio especial de prestación de asistencia sanitaria como vía de los diversos colectivos no cubiertos para el acceso a dicha prestación.

A continuación se menciona la regulación de las Comunidades Autónomas dictada con posterior a la reforma y se realiza un breve análisis del reparto competencial en la materia.

Finalmente se exponen el conjunto de críticas jurídicas que se han realizado, por un lado en la propia reforma y por otro las vertidas en contra de la reforma.

1. MENCIÓN BREVE SOBRE LA EVOLUCIÓN DEL ASEGURAMIENTO SANITARIO EN EL SISTEMA ESPAÑOL

Antes de comenzar a tratar algunos aspectos concretos de la prestación de la asistencia sanitaria y el derecho a acceder a ella de determinados colectivos, procederá hacer un estudio de los orígenes y evolución del sistema sanitario español en relación con lo que llamaremos el “aseguramiento sanitario” y sus asegurados, beneficiarios y personas excluidas de tal prestación. Veremos también cuales son las consecuencias de tal exclusión en relación con los colectivos de inmigrantes y personas extranjeras en situación irregular.

Respecto al sistema sanitario español podemos referir algunos **antecedentes** frustrados como el proyecto de Código Sanitario de 1822, en plena etapa codificadora, u otros materializados como la Ley de 28 de noviembre de 1855 y el Real Decreto de 12 de enero de 1904 que aprueba la Instrucción General de Sanidad y que vienen a organizar institucionalmente el sistema sanitario como antecedentes de la actual estructura. No obstante, será en el año 1942 cuando surge el primer antecedente de aseguramiento sanitario obligatorio relevante, mediante la Ley de 14 de diciembre; en esta norma se constituye el Seguro Obligatorio de Enfermedad (SOE en adelante), cuya gestión dependía del Instituto Nacional de Previsión y consistía en un sistema de cobertura de los riesgos sanitarios sustentado por aportaciones provenientes de cuotas vinculadas al trabajo, y que se desarrolló enormemente como consecuencia del proceso paulatino de expansión económica producido entre los años cincuenta y setenta. El SOE era un seguro exclusivamente sanitario⁶⁶ que resultaría reestructurado por

⁶⁶ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, núm. 3078/1998 de 1 diciembre. AS 1998\7444: *SOE de un seguro obligatorio, parcial y único de naturaleza exclusivamente sanitaria no homologable al SOVI.*



el Decreto 2065/1974, de 30 de mayo que aprobaba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en el que comienza a cristalizar el actual sistema de Seguridad Social dentro de su esquema de “Seguro Sanitario”.

Se promulgarían otras normas con cierta incidencia en el sistema sanitario como la Ley de Bases de 1944; pero será la **Constitución Española** (CE en adelante) la que vendría a trastocar todo el panorama imponiendo la necesidad de realizar modificaciones legales y estructurales en los años posteriores, debido principalmente al reconocimiento de derechos como la protección de la salud (Art. 43 CE) y la obligación de los poderes públicos de implementar políticas de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración en relación con los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada (Art. 49 CE) y, particularmente, la creación del “estado de las autonomías” que vendrá a cambiar el todo el esquema administrativo y organizativo en España.

Ya en este marco constitucional, la **Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad** vino a dar respuesta a la nueva estructura planteada creando el Sistema Nacional de Salud (SNS en adelante) concebido como el conjunto de los servicios de salud de las Comunidades Autónomas convenientemente coordinados. En el SNS se integran todas las funciones y prestaciones sanitarias que son responsabilidad de los poderes públicos para el efectivo cumplimiento del derecho a la protección de la salud.

El Sistema Nacional de Salud queda configurado por el conjunto de los Servicios de Salud de la Administración del Estado y de las Comunidades Autónomas, bajo cuya responsabilidad se ordena la actuación de todos los centros, servicios y establecimientos de la propia Comunidad, Diputaciones, Ayuntamientos y cuales quiera otras Administraciones Territoriales Intracomunitarias.

Al amparo de las previsiones constitucionales y de los respectivos estatutos de autonomía, todas las Comunidades Autónomas han asumido paulatinamente competencias en materia de sanidad. Este proceso se ha completado con un modelo estable de financiación, a través de la aprobación de la Ley 21/2001, de

27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía y sus posteriores modificaciones.

El antiguo Instituto Nacional de la Salud (INSALUD), como organismo de gestión estatal, se ha transformado en el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA) suministrando la prestación sanitaria en Ceuta y Melilla fundamentalmente.

La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, tiene la condición de norma básica en el sentido previsto en el artículo 149.1.16 CE y resulta de aplicación en todo el territorio nacional partiendo de un esquema en el que los servicios sanitarios se concentran en el ámbito de responsabilidad de las Comunidades Autónomas y se encuentran bajo los poderes de dirección y la coordinación del Estado en todo aquello que tenga carácter básico.

Otro hito importante que merece ser mencionado es la promulgación de la **Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud** que establece acciones de coordinación y cooperación de las Administraciones públicas sanitarias como medio para asegurar a los ciudadanos el derecho a la protección de la salud, con el objetivo común de garantizar la equidad, la calidad y la participación social en el Sistema Nacional de Salud.

Es precisamente en la Ley 16/2003 donde se crea el **catálogo de prestaciones del Sistema Nacional de Salud**, que tiene por objeto garantizar las condiciones básicas y comunes para una atención integral, continuada y en el nivel adecuado de atención. Con esta finalidad se crea una lista de prestaciones sanitarias que pasan a formar parte del catálogo de prestaciones sanitarias y que se harán efectivas mediante la cartera de servicios acordada en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud. Existen actualmente carteras complementarias de las Comunidades Autónomas y de las Mutualidades de Funcionarios⁶⁷.

El catálogo de prestaciones del SNS para asegurar un nivel adecuado de atención a los usuarios comprende un conjunto de prestaciones que se corresponderían con las siguientes áreas de atención: salud pública, atención primaria, atención

⁶⁷ Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado (MUFACE), Mutualidad General Judicial (MUGEJU) o al Instituto Social de las Fuerzas Armadas (ISFAS) por ejemplo.



especializada, atención sociosanitaria, atención de urgencias, la prestación farmacéutica, la ortoprotésica, de productos dietéticos y de transporte sanitario. Esta relación de prestaciones es relevante pues son los servicios comprendidos dentro del concepto de asistencia sanitaria y que determina qué servicios están cubiertos por el sistema público de salud en caso de ser “asegurado o beneficiario” y cuales no lo están en ningún caso.

La última modificación importante sobre aspectos del SNS a la que vamos a hacer mención, y sobre la que pivota este trabajo, viene de la mano del **Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones**. En esta norma el legislador, de manera muy crítica, justifica la reforma en que el SNS viene sufriendo situaciones de descoordinación entre los servicios de salud autonómicos causando, dice la parte expositiva de la norma, considerables diferencias en las prestaciones y en los servicios a los que acceden los pacientes en las distintas comunidades autónomas. Se modifican cuestiones relativas a la condición de asegurado, la prestación farmacéutica y a la cartera común de servicios del SNS fundamentalmente.

Otras normas han inferido en el aseguramiento sanitario público como el **Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España**⁶⁸, con cargo a fondos públicos, a través del SNS y se regula también el procedimiento para el reconocimiento de la condición de persona asegurada y beneficiaria por parte del Instituto Nacional de la Seguridad Social o, en su caso, del Instituto Social de la Marina, regulándose igualmente el control y la extinción de dicha condición a efectos del derecho a la asistencia sanitaria pública. Sobre ella se volverá más adelante.

⁶⁸ El R.D. 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud (BOE 4 agosto 2012) deroga al R.D. 1088/1989, 8 septiembre, y está en vigor desde el 5 de agosto de 2012.

2. ASISTENCIA SANITARIA: ASEGURADOS, BENEFICIARIOS Y PERSONAS EXCLUIDAS (ACCESO AL SERVICIO SANITARIO CON LA CONDICIÓN DE *PACIENTE PRIVADO*)

La anterior normativa viene a resumir, de forma somera, el esquema en el que se moverá el aseguramiento sanitario en el sistema español. Aunque sea brevemente, dotaremos de algún contenido a ciertos conceptos que vamos a tratar en este trabajo:

2.1 Asistencia sanitaria

Podríamos definir, en primer lugar, la **asistencia sanitaria** como aquella prestación que tiene por objeto el mantenimiento de la salud de los ciudadanos y, en lo que al campo del derecho laboral se refiere, la prestación de los servicios médicos y farmacéuticos conducentes a conservar o restablecer la salud de los beneficiarios de la Seguridad Social, así como la aptitud para el trabajo de sus afiliados.

Para analizar quienes son los **beneficiarios** de dicha prestación _desde el punto de vista de la financiación pública_ debemos acudir a la concreta normativa que determina qué individuos ostentan la condición de asegurado y de beneficiario de la asistencia sanitaria en España.

Debe aquí hacerse una mención al concepto de **universalidad de la atención sanitaria**. En puridad la cuestión relativa a la universalización o universalidad de la asistencia sanitaria no se refiere a la prestación sanitaria en sí sino a la financiación de la propia atención médica por el sistema público de salud. En los últimos tiempos el sistema sanitario público venía declarando el carácter de universalidad del derecho a la atención sanitaria en España, pero en la práctica podríamos encontrar ciertos colectivos o individuos excluidos de esta condición de beneficiario de la asistencia sanitaria y no sólo con posterioridad a la eficacia del Real Decreto-ley 16/2012 puede afirmarse que también antes existía alguna situación residual excluida de la cobertura.

Si bien es cierto que *a priori* todos los ciudadanos españoles o extranjeros con residencia en el territorio nacional serían titulares del derecho a la protección de



la salud y a la atención sanitaria, veremos como la normativa legal y reglamentaria viene a plasmar requisitos y situaciones que determinan que la cobertura de la asistencia sanitaria esté incluida o que se costee con cargo a recursos públicos en algunos casos y en otros no. La consecuencia de definir el colectivo de personas incluidas es porque por defecto existirá otro colectivo de personas o situaciones excluidas de la cobertura de dicha asistencia.

Sin poder entrar aquí en más detalle, debido a la limitada extensión de este estudio _ con expresa remisión a la normativa ya citada⁶⁹_ podríamos resumir diciendo que los beneficiarios de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social con cargo a los presupuestos públicos serán: los trabajadores afiliados, en alta o situación asimilada al alta; los pensionistas y perceptores de prestaciones periódicas y familiares; personas con discapacidad igual o superior al 33% que no tengan derecho a la asistencia sanitaria por otra causa en los términos que determine la Ley y determinadas personas que acrediten la carencia de recursos en los términos que exige el ordenamiento jurídico.

Así pues, **todas las personas que ostenten la condición de aseguradas o de beneficiarias⁷⁰ tendrán garantizada la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud**, la cual se hará efectiva por las administraciones sanitarias competentes mediante la expedición de la tarjeta sanitaria individual. *A contrario sensu* aquellas personas que no ostenten la condición de asegurado o beneficiario no tendrán derecho a que se expida a su favor la tarjeta sanitaria individual y por consiguiente no les corresponde la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos. No querrá esto decir que tales personas no puedan acceder a los servicios médicos sino que lo harán en otra condición.

Los **supuestos excluidos de la cobertura sanitaria** con cargo a fondos públicos, es decir, los usuarios sin derecho a la asistencia de los Servicios de Salud gratuita **podrán acceder a los servicios sanitarios con la consideración de pacientes**

⁶⁹ De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.2 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, con las modificaciones producidas, y en el Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto,

⁷⁰ Artículos 2 y 3 Real Decreto 1192/2012.

privados. El acceso a los servicios sanitarios es igual para todos⁷¹, independientemente de la condición en que se acceda a los mismos, si bien veremos después que la diferencia únicamente se produce a efectos de financiación.

2.2 Supuestos de acceso al servicio público de salud: asegurado, beneficiarios y usuarios sin derecho

Se establecen **tres supuestos de acceso a los servicios públicos de salud**, en todos ellos las normas de utilización serán idénticas:

- **Asegurados o beneficiarios**⁷² con derecho a la asistencia sanitaria en España con cargo a fondos públicos, a través del SNS.

- **Usuarios sin derecho a la asistencia**⁷³, fundamentalmente personas que no tienen la condición de aseguradas o de beneficiarias que podrán acceder a los servicios sanitarios con la consideración de *pacientes privados* de acuerdo con determinados criterios.

- **Personas no incluidas en la cobertura**⁷⁴ de la asistencia sanitaria del sistema de la Seguridad Social **sin recursos económicos** cuyos costes de la asistencia sanitaria serán a cargo de transferencias estatales. Será el Gobierno el encargado de regular el sistema de financiación para estos supuestos.

- Desde el punto de vista de la financiación existe otro apartado más, que no resulta una verdadera categoría de asegurado, beneficiario o persona sin asistencia sino de un sujeto al que se le presta asistencia sanitaria. Podemos mencionar aquí aquellos pacientes que cubiertos o no reciben asistencia sanitaria que posteriormente puede ser cuantificada y cobrada, se puede instar el reintegro del gasto por haber un tercero obligado a asumirlo. En este apartado singular se deben incluir aquellos supuestos **de seguros obligatorios especiales y en todos aquellos casos en que aparezca un tercero obligado al pago**⁷⁵, ya sea el paciente

⁷¹ El artículo 16 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGSS), determina que las normas de utilización de los servicios sanitarios serán iguales para todos, independientemente de la condición en que se acceda a los mismos.

⁷² Artículos 2 y 3 Real Decreto 1192/2012.

⁷³ Artículo 16 LGS.

⁷⁴ Artículo 80 LGSS.

⁷⁵ Artículo 83 LGSS.



o persona que reciba la asistencia sanitaria asegurada o no. Los gastos inherentes a la prestación de tales servicios no se financiarán con los ingresos de la Seguridad Social sino que se facturarán y una vez obtenido el reintegro tendrán la condición de ingresos propios del Servicio de Salud correspondiente.

La legitimación de este sistema de recobro se encuentra en la LGS, la Disposición Adicional Vigésima Segunda del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social y el Anexo IX del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización; como analizaremos más adelante de manera un poco más detallada.

-Veremos después como se creará una suerte de apartado más de acceso a la asistencia por medio del **convenio especial de prestación de asistencia sanitaria**.

Puede afirmarse que la asistencia sanitaria y forma de acceso de aquellas personas que no tengan derecho a la prestación con cargo a fondos públicos o en que exista un tercero obligado al pago será la misma que al resto de pacientes o beneficiarios con derecho a la asistencia con cargo a fondos públicos.

Si la forma de acceso es igual para todos los pacientes pero no todos tienen el derecho a la prestación gratuita debemos buscar la particularidad; la diferencia será precisamente la consideración a efectos de financiación, en unos supuestos se accede con la condición de paciente “público” y en otros el acceso se hace con la consideración de paciente “privado”.

2.3 “Pacientes privados” del servicio público de salud

El término “**pacientes privados**” lo utiliza la Ley General de Sanidad en su artículo 16⁷⁶ al regular el acceso y aunque pueda resultar polémico en los tiempos

⁷⁶ Art. 16 LGS. *Las normas de utilización de los servicios sanitarios serán iguales para todos, independientemente de la condición en que se acceda a los mismos. En consecuencia, los usuarios sin derecho a la asistencia de los Servicios de Salud, así como los previstos en el artículo 80, podrán acceder a los servicios sanitarios con la **consideración de pacientes privados**, de acuerdo con los siguientes criterios:*

1. *Por lo que se refiere a la atención primaria, se les aplicarán las mismas normas sobre asignación de equipos y libre elección que al resto de los usuarios.*

que corren, en realidad únicamente viene a emplear tal denominación para diferenciar a estos pacientes de aquellos que tendrían derecho a la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos. La cuestión no es baladí pero parece que la denominación es poco acertada. No es, al menos, políticamente correcta.

Para el acceso a los servicios sanitarios con la consideración de **pacientes privados**, se establecen unos criterios, que básicamente son los mismos que para el resto de usuarios: En atención primaria se aplican las mismas normas sobre asignación de equipos y libre elección que al resto de los usuarios y el ingreso en centros hospitalarios se efectuará a través de la unidad de admisión del hospital, por medio de una lista de espera única; por lo que no existirá un sistema de acceso y hospitalización diferenciado según la condición del paciente.

Pues bien, la consideración de paciente privado implica que el cargo de la asistencia no le corresponde a los recursos públicos (sea Estado o Administración sanitaria competente), al SNS, por lo que se realiza una factura o liquidación _si se ha estipulado una tasa o precio público al efecto_ para cargar el coste del servicio a un tercero.

La **facturación o reintegro del coste por la atención de estos pacientes será efectuada por las respectivas administraciones de los Centros, tomando como base los costes efectivos**. En principio esta factura se rige por el derecho privado si bien puede regularse por la administración competente un precio público o tasa en el que habría de acudir al derecho público y más concretamente al tributario, o también podría regir algún convenio de diversa naturaleza. Debido a que el reintegro del gasto sanitario interior se hace por los distintos Servicios de Salud dependientes de las Comunidades Autónomas existen diversas figuras y cauces

2. El ingreso en centros hospitalarios se efectuará a través de la unidad de admisión del hospital, por medio de una lista de espera única, por lo que no existirá un sistema de acceso y hospitalización diferenciado según la condición del paciente.

3. La facturación por atención de estos pacientes será efectuada por las respectivas administraciones de los Centros, tomando como base los costes efectivos. Estos ingresos tendrán la condición de propios de los Servicios de Salud. En ningún caso estos ingresos podrán revertir directamente en aquellos que intervienen en la atención de estos pacientes.



para el reintegro que van desde el derecho privado reclamando facturas hasta la tasa o el precio público, por ello sólo mencionaremos la normativa básica en la que se fundamenta el cobro o reintegro si así procede.

La cuestión es que los ingresos obtenidos del cobro de estos servicios tendrán la condición de propios de los Servicios de Salud. En ningún caso estos ingresos podrán revertir directamente en aquellos que intervienen en la atención de estos pacientes.

En resumen, las condiciones de acceso a la sanidad son iguales para todos los pacientes, sin perjuicio de su condición. Existen, no obstante, algunos supuestos en los que no se es asegurado o beneficiario y hay que repercutir a la persona física o jurídica⁷⁷ por parte de la Administración el coste del servicio al que no se tenía derecho con carácter gratuito, sin que el pago de tal cantidad se destine a su atención personalizada sino que revertirá en los fondos públicos del correspondiente Servicio de Salud.

Vistos someramente los regímenes aplicables a los supuestos de aseguramiento sanitario, beneficiarios, usuarios sin recursos cuya financiación corresponde regular al Gobierno y de las personas sin seguro hay que mencionar que existen **supuestos de aseguramiento obligatorio y otros casos donde se incluyen el resto de terceros obligados al pago**. Ciertamente todos los pacientes acceden del mismo modo al servicio público y se aplican las mismas normas de admisión, asignación de especialista, lista de espera única etc. No existe privilegio alguno ni por ser asegurado o beneficiario ni por acceder asumiendo el coste como “paciente privado”; los derechos de los pacientes son idénticos. La cuestión es que los pacientes han de identificarse en algún momento para justificar su condición de asegurado o beneficiario. Esta identificación se hace habitualmente por medio de la tarjeta sanitaria individual expedida por la autoridad correspondiente⁷⁸.

⁷⁷ Obviamente la persona jurídica no recibe la asistencia sanitaria pero puede cubrirla, usualmente aseguradoras, y es a quien habrá que instar el reintegro si está obligado.

⁷⁸ Existe también una Tarjeta Sanitaria Europea como documento que acredita el derecho a recibir las prestaciones sanitarias durante una estancia temporal en el territorio de la

Si el paciente no tiene tarjeta sanitaria o derecho a obtenerla es porque no tiene cubierta la prestación por no ser asegurado ni beneficiario. En este caso o asume el gasto o presenta otra documentación que acredite la existencia de un tercero obligado al pago. Los supuestos de terceros obligados al pago de la asistencia son heterogéneos⁷⁹ pero podemos encontrar una numeración orientativa en el anexo IX del Real Decreto 1030/2006. En estos supuestos (terceros obligados y personas no cubiertas) se produce el cobro frente al particular o a un tercero obligado.

Unión Europea, del Espacio Económico Europeo y en Suiza, de acuerdo con la legislación del país de estancia; pero esta no es cuestión de este trabajo.

⁷⁹ En esta categoría, básicamente, encontraremos los siguientes supuestos:

1. Asegurados o beneficiarios del sistema de Seguridad Social pertenecientes a la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado (MUFACE), Mutualidad General Judicial (MUGEJU) o al Instituto Social de las Fuerzas Armadas (ISFAS), que no hayan sido adscritos, a través del procedimiento establecido, a recibir asistencia sanitaria del SNS.
2. Asegurados o beneficiarios de empresas colaboradoras en la asistencia sanitaria del SNS, en aquellas prestaciones cuya atención corresponda a la empresa colaboradora conforme al convenio o concierto suscrito.
3. Accidentes de trabajo o enfermedades profesionales a cargo de las Mutuas de Accidentes de Trabajo, del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) o del Instituto Social de la Marina (ISM).
4. Seguros obligatorios de: Deportistas federados y profesionales, vehículos de motor, seguro obligatorio de viajeros, caza y cualquier otro seguro obligatorio.
5. Convenios o conciertos con otros organismos o entidades.
6. Ciudadanos extranjeros:
 - a) Asegurados o beneficiarios en un Estado miembro de la Unión Europea, no residentes en España.
 - b) Asegurados o beneficiarios de otros países extranjeros, no residentes en España.
7. Otros obligados al pago.
 - a) Accidentes acaecidos con ocasión de eventos festivos, actividades recreativas y espectáculos públicos con contrato de seguro de accidentes o de responsabilidad civil.
 - b) Seguro escolar.
 - c) Cualquier otro supuesto en que, en virtud de normas legales o reglamentarias, el importe de las atenciones o prestaciones sanitarias deba ser a cargo de las entidades o terceros correspondientes.



Como hemos dicho la **consideración de pacientes privados se limita la cuestión económica de repercutir el coste del servicio a un tercero en beneficio de la financiación del sistema**. La reclamación del coste de los servicios prestados siempre que aparezca un tercero obligado al pago o cuando no constituyan prestaciones de la Seguridad Social tiene dos pilares en los que sustentarse, a saber: son el artículo 83 de la LGS y disposición adicional 22 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. El **artículo 83 de la LGS** establece un **derecho a reclamar** el coste de los servicios prestados del tercero responsable, indicando que los ingresos obtenidos de tales reclamaciones serán ingresos propios del Servicio de Salud correspondiente y la **disposición adicional 22 del TRLGSS** regula los ingresos por venta de bienes y servicios prestados a terceros. Dice la disposición que el régimen de precios y tarifas de tales atenciones, prestaciones y servicios, se realizará tomando como base sus costes estimados. Aunque el tenor del precepto se refiere al correspondiente Ministerio ha de entenderse antes de las transferencias a las Comunidades Autónomas por lo que *mutatis mutandi* se aplicará a los órganos correspondientes de los servicios de salud. No nos detendremos en este aspecto del reintegro pero queden aquí indicadas brevemente sus bases.

Existe una opción, que ha resultado poco seguida, en la que más adelante se profundizará, que es el convenio especial de prestación de asistencia sanitaria a personas que no tengan la condición de aseguradas ni de beneficiarias. Esta opción ha sido implementada por una regulación⁸⁰ específica hace relativamente poco tiempo pero su éxito es discutible por el escaso número de personas que se han adherido al sistema.

2.4 Otros supuestos: ciudadanos de la Unión Europea, refugiados o asilados

⁸⁰ En el Real Decreto 576/2013, de 26 de julio, por el que se establecen los requisitos básicos del convenio especial de prestación de asistencia sanitaria a personas que no tengan la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud y se modifica el Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud.

Antes de finalizar con la resumida exposición de la condición de asegurado y entrar en la concreta situación de los inmigrantes o extranjeros irregulares, centrándonos en determinados colectivos, hemos de reseñar algunas circunstancias particulares como la de los **ciudadanos de la Unión Europea** que se rigen por sus propias normas o aquellos supuestos en que exista un tratado sobre asistencia sanitaria. Estos colectivos no son el objeto preciso de este trabajo por razones de extensión pero tampoco pueden dejar de ser mencionados, aunque someramente sea. Pues bien, respecto a la asistencia sanitaria en aplicación de reglamentos comunitarios y convenios internacionales⁸¹; las **personas con derecho a asistencia sanitaria en aplicación de los reglamentos comunitarios de coordinación de sistemas de Seguridad Social o de los convenios bilaterales** que comprendan la prestación de asistencia sanitaria, **tendrán acceso a la misma, siempre que residan en territorio español o durante sus desplazamientos temporales a España, en la forma, extensión y condiciones establecidos en las disposiciones comunitarias o bilaterales indicadas.**

No tendrán la consideración de extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España a los efectos de la asistencia sanitaria que estamos estudiando, los **nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza que se encuentren en la situación de estancia inferior a tres meses**⁸². En casos específicos en los que existan dudas razonables en cuanto al cumplimiento, por parte de un ciudadano de algún Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo o de los miembros de su familia, de las condiciones establecidas para la entrada, libre circulación y residencia en España⁸³ los órganos

⁸¹ Disposición adicional segunda del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud.

⁸² Regulada en el artículo 6 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo

⁸³ Arts. 7, 8 y 9 y 9 bis, del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo



competentes podrán comprobar si se cumplen dichas condiciones. Dicha comprobación no se llevará a cabo sistemáticamente.

También se establece una regulación especial para la asistencia sanitaria a los **refugiados o asilados**⁸⁴: Los solicitantes de protección internacional cuya permanencia en España haya sido autorizada por este motivo recibirán, mientras permanezcan en esta situación, la asistencia sanitaria necesaria que incluirá los cuidados de urgencia y el tratamiento básico de las enfermedades. Asimismo, se proporcionará la atención necesaria, médica o de otro tipo, a los solicitantes de protección internacional con necesidades particulares.

3. RÉGIMEN DEL ASEGURAMIENTO SANITARIO DE LOS EXTRANJEROS ANTES Y DESPUES DE LA APROBACIÓN DEL REAL DECRETO-LEY 16/2012

El artículo 13.1 CE garantiza que los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas garantizadas en el título I CE, en los términos que establezcan los tratados y la ley, entre ellos, *“el reconocimiento del derecho a la salud”* del artículo 43 CE⁸⁵.

El panorama normativo determina en qué condiciones se le reconoce el derecho a la salud al extranjero por ser estos derechos constitucionalmente reconocidos pero de configuración legal.

El Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, que ya hemos mencionado, viene a cambiar la situación preexistente respecto a los asegurados sanitarios y muy concretamente para los extranjeros sin autorización de residencia o inmigrantes en situación irregular o sin papeles.

3.1 Regulación anterior a la reforma operada por el Real Decreto-ley 16/2012

⁸⁴ Disposición adicional cuarta del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud.

⁸⁵ STC 95/2000, de 10 de abril

Con **anterioridad a la entrada en vigor de la disposición** mencionada y de su desarrollo reglamentario, los extranjeros inscritos en el padrón del municipio en el que tuvieran su domicilio habitual, independientemente de su situación administrativa, tenían derecho a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social con la misma extensión, contenido y régimen que la prevista en el Régimen General de la Seguridad Social, es decir de forma gratuita en los casos en que los extranjeros carezcan de recursos económicos suficientes⁸⁶.

Para acogerse a estos beneficios de la asistencia sanitaria el sistema era bastante sencillo; simplemente había que cumplimentar un formulario para la expedición de la tarjeta sanitaria y demostrar la insuficiencia de recursos aportando la documentación correspondiente⁸⁷. El resultado era que en el anterior sistema **la inscripción en el padrón municipal suponía de hecho una equiparación del extranjero indocumentado con el residente a efecto de las prestaciones sanitarias**⁸⁸.

También los **extranjeros menores de 18 años** que se encuentren en España, con independencia de su situación administrativa o laboral⁸⁹ y las **extranjeras embarazadas** que se encuentren en España durante el embarazo, parto y postparto tendrán derecho a la asistencia e igualmente con independencia de su situación administrativa o laboral.

Los **extranjeros en situación irregular no empadronados tan sólo tenían derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia** por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, y a la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica. Esta es a la situación que tras la reforma de 2012 se asimilarían los extranjeros indocumentados, independientemente del empadronamiento.

3.2 Regulación posterior a la reforma operada por el Real Decreto-ley 16/2012

⁸⁶ RD 1088/1989 y OM 13 de noviembre de 1989.

⁸⁷ Resolución Secretaría General de Asistencia Sanitaria 29-12-1989; Instr 3ª.

⁸⁸ STSJ Málaga 8 de noviembre de 2004.

⁸⁹ Art.39.4 CE; Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 Arts.24 y 26; Art.10.3LO 1/1996.



Con la entrada en vigor⁹⁰ del **Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, se modifica el acceso a la asistencia sanitaria de los extranjeros en España**, tanto de los residentes o con autorización para residir, como de los que no registrados ni autorizados para residir.

A partir de la entrada en vigor de dicha norma no va a poder reconocerse la condición de asegurados a los inmigrantes en situación irregular, **suprimiéndose la inscripción en el padrón municipal como título de acceso a la asistencia sanitaria**.

El Real Decreto-ley 16/2012 modifica en su artículo primero la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. Concretamente modifica la condición de asegurado y beneficiario⁹¹ dándole el siguiente contenido en relación con los extranjeros:

La nueva regulación determina que la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, se garantizará a aquellas personas que ostenten la condición de asegurado y que tendrán la **condición de asegurado** aquellas personas que se encuentren en alguno de los siguientes supuestos:

- Los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia, afiliado a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada a la de alta.
- Los pensionistas del sistema de la Seguridad Social.
- Percibir una prestación de la Seguridad Social, incluidas la prestación y el subsidio por desempleo.
- Haber agotado la prestación o el subsidio por desempleo y figurar inscrito en la oficina correspondiente como demandante de empleo, no acreditando la condición de asegurado por cualquier otro título.
- También podrán tener la condición de asegurado, siempre que acrediten que no superan el límite de ingresos determinado reglamentariamente:
 - Aquellas personas que no se encuentren en ninguna de las anteriores situaciones,
 - las personas de nacionalidad española o de algún Estado miembro de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza que residan en España

⁹⁰ El 24 de abril de 2012.

⁹¹ Art. 3 Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.

-
- y los extranjeros titulares de una autorización para residir en territorio español.

Por otra parte, tendrán la **condición de beneficiarios de un asegurado**, y por consiguiente derecho a la prestación sanitaria con cargo a fondos públicos:

- El cónyuge o persona con análoga relación de afectividad, que deberá acreditar la inscripción oficial correspondiente, el ex cónyuge a cargo del asegurado, así como los descendientes y personas asimiladas a cargo del mismo que sean menores de 26 años o que tengan una discapacidad en grado igual o superior al 65%; siempre que residan en España.

Como hemos visto anteriormente, **aquellas personas que no tengan la condición de asegurado o de beneficiario del mismo podrán obtener la prestación de asistencia sanitaria mediante el pago de la correspondiente contraprestación o cuota derivada de la suscripción de un convenio especial** en la forma que hemos analizado en el punto anterior de este artículo mediante el sistema de reintegro del gasto.

Como ya venía ocurriendo el reconocimiento y control de la condición de asegurado o de beneficiario del mismo corresponderá al Instituto Nacional de la Seguridad Social y el derecho a la asistencia sanitaria se hará efectivo por las administraciones sanitarias competentes, que facilitarán el acceso de los ciudadanos a las prestaciones de asistencia sanitaria mediante la expedición de la tarjeta sanitaria individual. Esta situación no cambia si bien las administraciones sanitarias no podrán ahora expedir tarjetas sanitarias a personas que no se encuentren en el ámbito de los asegurados o beneficiarios anteriormente descrito.

Existen diversas potestades de comprobación que puede utilizar la Administración, por ejemplo, los órganos competentes en materia de extranjería podrán comunicar al Instituto Nacional de la Seguridad Social o, en su caso, al Instituto Social de la Marina, sin contar con el consentimiento del interesado, los datos que resulten imprescindibles para comprobar la concurrencia de los



requisitos de la condición de asegurado o beneficiario con derecho a la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos⁹².

El Real Decreto-ley 16/2012 también modifica la regulación de la asistencia sanitaria para los **extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España**⁹³, que recibirán asistencia sanitaria en las siguientes modalidades:

- Por urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, hasta la situación de alta médica.
- Por embarazo, parto y postparto.
- A los extranjeros menores de dieciocho años recibirán asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles⁹⁴.

Como puede apreciarse, la **gran diferencia con la anterior normativa en materia de extranjería es que ahora los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España no tendrán derecho a la asistencia sanitaria aunque se encuentren empadronados**. Tendrán derecho a la asistencia en las condiciones que determine la normativa, por el momento accederán en condiciones de gratuidad a la atención en urgencias pero no a la asistencia gratuita especializada o atención primaria. Se materializa así la exclusión de un importante colectivo especialmente vulnerable que sí disfrutaba antes del sistema público por el mero

⁹² Artículo 3 bis Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.

⁹³ El Real Decreto-ley 16/2012 también añade un artículo 3 ter. a la Ley 16/2003: Los extranjeros residentes en España o desplazados temporalmente, tienen derecho a la asistencia sanitaria según establezcan los reglamentos comunitarios y convenios internacionales, sin que se consideren extranjeros no registrados ni autorizados en España, a efectos de la asistencia sanitaria, los nacionales de Estados miembros en estancias inferiores a 3 meses [RD 1192/2012 disp.adic.2ª y DT única (BOE 4 de agosto de 2012)].

⁹⁴ A partir del 1 de septiembre de 2013, el tipo de aportación para extranjeros menores de 18 años y mujeres embarazadas, para las prestaciones de la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud que la exijan, será el correspondiente a los asegurados en activo (RD 1192/2012 disp.adic.8.º) Dad.8 Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud.

hecho del empadronamiento en su municipio de residencia como son los extranjeros en situación irregular.

Para la efectividad de esta disposición se modifica también el artículo 12 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social señalando que en lo relativo al derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros *“Los extranjeros tienen derecho a la asistencia sanitaria en los términos previstos en la legislación vigente en materia sanitaria”*, que son los ya analizados.

Tenemos que mencionar también como se culmina el esquema con el **Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud y el Real Decreto 576/2013, de 26 de julio, por el que se establecen los requisitos básicos del convenio especial de prestación de asistencia sanitaria a personas que no tengan la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud**

Como se ha justificado en este trabajo el acceso de los ciudadanos a la asistencia sanitaria pública se encuentra regulado en la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, en los términos introducidos por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones y conforme al desarrollo normativo dictado al efecto. Ha habido propuestas de modificación de esta normativa pero no han prosperado⁹⁵.

Con este esquema **se garantiza la asistencia sanitaria pública a todas aquellas personas que ostentan la condición de aseguradas o de beneficiarias** conforme al artículo 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo y en los términos que establece el Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de

⁹⁵ Vgr. Proposición de Ley sobre universalización del derecho a la asistencia sanitaria pública presentada por el Grupo Parlamentario Socialista (Boletín Oficial de las Cortes Generales nº 232-1, de 19 de junio de 2015).



asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud.

3.3 El convenio especial de prestación de asistencia sanitaria

Para aquellas **personas que no ostentan la condición de aseguradas ni de beneficiarias**⁹⁶, el Real Decreto 576/2013 contempla una vía específica de acceso a la prestación de asistencia sanitaria que, con arreglo a las nuevas modalidades de la cartera de servicios introducidas tras la reforma operada por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, queda detallada en la denominada cartera común básica de servicios asistenciales. Esta vía de acceso que ya hemos mencionado es la relativa a la suscripción de un **convenio especial de prestación de asistencia sanitaria** que permitirá obtener asistencia sanitaria mediante el pago de una contraprestación o precio público que cubre el coste medio real de la misma y que se configura como un ingreso de derecho público del Servicio de Salud correspondiente.

La contraprestación económica a abonar por la suscripción del convenio especial de prestación de asistencia sanitaria consistirá en una cuota mensual de 60 euros si el suscriptor tiene menos de 65 años y de 157 euros si tiene 65 o más años. Dicha cuota mensual podrá ser incrementada por las Comunidades Autónomas cuando incorporen en el convenio especial otras prestaciones asistenciales de la cartera de servicios complementaria⁹⁷.

De este modo, la suscripción del convenio especial de prestación de asistencia sanitaria garantizará a las personas que no ostentan la condición de aseguradas ni de beneficiarias, y esta es precisamente su finalidad, el acceso a las prestaciones de la cartera común básica de servicios asistenciales en las mismas condiciones de extensión, continuidad asistencial y cobertura en todo el Sistema Nacional de Salud de que disfrutaban las personas que sí son aseguradas o beneficiarias.

⁹⁶ Al margen de la asistencia sanitaria en situaciones especiales prevista en el artículo 3 *ter* de la Ley 16/2003, de 28 de mayo

⁹⁷ Este contenido prestacional de asistencia sanitaria al que puede acceder la persona que suscriba el convenio especial tiene carácter básico y, en consecuencia, podrá ser incrementado por las comunidades autónomas mediante la inclusión en dicho convenio de otras prestaciones asistenciales propias de la cartera de servicios complementaria de las comunidades autónomas.

Eso sí, esta vía de acceso a la prestación de asistencia sanitaria es distinta de la que corresponde a las personas aseguradas y beneficiarias, y no conllevará⁹⁸, la expedición de tarjeta sanitaria para la persona que lo suscriba, precisamente por no ostentar la condición de persona asegurada o beneficiaria del Sistema Nacional de Salud.

El convenio especial, que tendrá un carácter estrictamente individual, permitirá a la persona que lo suscriba acceder, como contenido mínimo ampliable por las comunidades autónomas, a las prestaciones de la cartera común básica de servicios asistenciales del Sistema Nacional de Salud en condiciones equiparables a las que disfrutaban las personas que ostentan la condición de aseguradas y de beneficiarias y ello en el ámbito de actuación propio de la administración pública con la que dicho convenio se formalice⁹⁹.

Para suscribir el convenio especial de prestación de asistencia sanitaria deberán reunirse los siguientes requisitos:

- a) Acreditar la residencia efectiva en España durante un período continuado mínimo de un año inmediatamente anterior a la fecha de la solicitud del convenio especial.
- b) Estar empadronadas, en el momento de presentar la solicitud de suscripción del convenio especial, en algún municipio perteneciente al ámbito territorial al que extienda sus competencias la administración pública competente para su suscripción.
- c) No tener acceso a un sistema de protección sanitaria pública por cualquier otro título, ya sea por aplicación de la normativa nacional, de los reglamentos comunitarios en materia de Seguridad Social o de los convenios bilaterales que en dicha materia hayan sido suscritos por España con otros países.

Esta es la vía que se le abría a los colectivos que dejaron de tener derecho a la asistencia si bien su éxito ha sido moderado y máxime considerando la regulación

⁹⁸ Arts. 57 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, y en el artículo 4 del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto.

⁹⁹ Sin perjuicio de lo previsto en la disposición adicional primera para los casos de desplazamiento del interesado al territorio de administración pública distinta de aquella con la que se haya suscrito el convenio.



o actuación que han desarrollado las Comunidades Autónomas para continuar prestando asistencia primaria y especializada a los colectivos excluidos.

3.4 Regulación de las Comunidades Autónomas

Ante el panorama normativo que se produjo con la reforma, la reacción se dio en múltiples ámbitos, como en el político, técnico o jurídico. Este trabajo pretende ser más descriptivo que abordar un posicionamiento u opinión sobre la reforma o la distinta regulación que se ha sucedido en la materia. Aquí únicamente analizaremos algunas de las reacciones jurídicas de las Comunidades Autónomas para abordar la limitación de la asistencia sanitaria a determinados colectivos y más adelante se abordará, si bien brevemente, el análisis de las críticas que se puedan hacer a la reforma.

Las Comunidades Autónomas han dictado disposiciones de carácter general de todo rango sobre la materia que han ido desde la instrucción hasta la ley pasando por la orden o reglamento.

Por su relevancia debemos mencionar en primer lugar el **Decreto Ley 3/2015, de 24 de julio, del Consell, por el que regula el acceso universal a la atención sanitaria en la Comunitat Valenciana**. Esta norma con rango legal ha sido recurrida ante el Tribunal Constitucional por el Presidente del Gobierno¹⁰⁰. El Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 3 de noviembre de 2015, ha acordado admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad en el que se invocaba el artículo 161.2 CE, **lo que produce la suspensión de la vigencia y aplicación del Decreto-ley impugnado**¹⁰¹.

El resto de disposiciones de carácter general promulgadas por Comunidades Autónomas que han incidido en la materia tienen menos rango y diversa configuración. No consta que hayan sido recurridas por el Estado vía legalidad

¹⁰⁰ Recurso de inconstitucionalidad n.º 6022-2015, contra el Decreto-ley 3/2015, de 24 de julio, del Consell, por el que se regula el acceso universal a la atención sanitaria en la Comunitat Valenciana (BOE 265/2015, de 5 de noviembre de 2015 Ref Boletín: 15/11930).

¹⁰¹ Desde la fecha de interposición del recurso –28 de octubre de 2015–, para las partes del proceso, y desde la publicación del correspondiente edicto en el «Boletín Oficial del Estado» para los terceros.

ordinaria por lo que en la actualidad se mantendrían plenamente vigentes en tanto en cuanto no sean anuladas o inaplicadas. Enumeraremos algunas de ellas:

Canarias, Orden de 10 de diciembre de 2015, por la que se modifican las actuaciones en materia de promoción de la salud, prevención de la enfermedad y la prestación de asistencia sanitaria, para personas extranjeras sin recursos (Boletín Oficial de Canarias núm. 241, de 14 de diciembre de 2015).

Aragón, Instrucción del Consejero de Sanidad de 7 de agosto de 2015, por la que se regula el acceso a la asistencia sanitaria en Aragón para las personas extranjeras sin recursos económicos suficientes ni cobertura de asistencia sanitaria del SNS.

Baleares, Instrucción del director general del Servicio de Salud de 17 de julio de 2015 por la que se establece, con carácter de urgencia, los trámites que se han de llevar a cabo con el objeto de garantizar el derecho al acceso a la asistencia sanitaria de las personas extranjeras sin recursos económicos suficientes, en el ámbito de gestión del Servicio de Salud de las Illes Balears (BOIB Núm. 109, de 18 de julio de 2015).

Asturias, Instrucciones para el Servicio de Salud del Principado de Asturias sobre la autorización de asistencia sanitaria, con carácter provisional, a las personas extranjeras en situación irregular sin recursos (BOPA núm. 140, de 18 de junio de 2012).

País Vasco, Orden de 4 de julio de 2013 por la que se establece el procedimiento para el reconocimiento de la asistencia sanitaria en la Comunidad Autónoma de Euskadi a las personas que no tienen la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud, y regula el documento identificativo y el procedimiento para su emisión (BOPV núm. 139, de 22 julio 2013).

Cantabria, Orden 38/2015, de 7 agosto, que regula la inclusión en el Sistema Sanitario Público de Cantabria de las personas residentes en la Comunidad Autónoma que no tengan acceso a un sistema de protección sanitaria pública (BOC núm. 157, de 17 agosto 2015).



Castilla-La Mancha, Orden de 9 de febrero de 2016, de la Consejería de Sanidad, de acceso universal a la atención sanitaria en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha (DOCM núm 36, de 23 de febrero de 2016)¹⁰².

La **Región de Murcia** dictó la Resolución de 13 de noviembre de 2015 del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud por la que se publica la Instrucción 6/2015, del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud, que crea un programa de protección social para la prevención, promoción y atención a la salud de la población extranjera en situación administrativa irregular, residente en la Región de Murcia y con recursos insuficientes. Sin que proceda aquí realizar un análisis exhaustivo sobre la idoneidad de las anteriores regulaciones quizá la de Murcia sea la de mejor configuración pues se funda exclusivamente en competencias propias en materia de servicios sociales y prevé unos fondos específicos para este fin evitando cargar a los fondos del servicio de salud el coste de la asistencia sanitaria de personas que no tienen la condición de asegurados ni beneficiarios.

No analizaremos aquí la constitucionalidad de las disposiciones de carácter general e incluso instrucciones dictadas por las Comunidades Autónomas pero sí mencionaremos la doctrina general sobre el reparto de competencias en la materia, considerando que la reforma legal operada por el Estado se realiza al amparo de sus competencias y se le atribuye el carácter de básica. Podrá el lector sacar sus propias conclusiones comparando las normas dictadas con la Ley promulgada con carácter básico y desde el punto de vista del bloque de la constitucionalidad.

Nosotros estudiaremos el reparto competencial tomando en consideración la ilustrativa Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional núm. 98/2004 de 25 mayo¹⁰³, que entre otras muchas, detalla las competencias del Estado y el margen

¹⁰² Diario Oficial de Castilla-La Mancha nº 36, de 23 de febrero de 2016. http://docm.iccm.es/portaldocm/descargarArchivo.do?ruta=2016/02/23/pdf/2016_1920.pdf&tipo=rutaDocm

¹⁰³ Sentencia núm. 98/2004 de 25 mayo, del Tribunal Constitucional (Pleno), entre otras muchas detalla las competencias del Estado y el margen de maniobra que tienen las CCAA

del siguiente modo: “(...) Por lo que al Estado respecta, el art. 149.1.16 CE le reconoce competencia exclusiva tanto sobre la «sanidad exterior» como sobre las «bases y coordinación general de la sanidad». Por su parte, el Estatuto de Autonomía de Canarias, aprobado por Ley Orgánica 10/1982, de 10 de agosto, establece en su art. 32.7 que en el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca, corresponde a la Comunidad Autónoma el desarrollo legislativo y la ejecución en la materia de sanidad e higiene. Reformado posteriormente el citado Estatuto por Ley Orgánica 4/1996, de 30 de diciembre, la competencia de Canarias en esta materia se recoge en el nuevo art. 32.10, relativo al desarrollo legislativo y ejecución sobre sanidad e higiene y coordinación hospitalaria. Asimismo, el art. 33.3 de la misma norma estatutaria prevé que le corresponde a esa Comunidad Autónoma la competencia de ejecución en la materia de gestión de las prestaciones sanitarias y sociales del sistema de la Seguridad Social y de los servicios del Instituto Nacional de la Salud, Instituto Nacional de Servicios Sociales e Instituto Social de la Marina.

Concretado este marco competencial es preciso aclarar, en primer lugar, que cuando el art. 149.1.16 CE se refiere a la competencia estatal para fijar las bases y realizar la coordinación general de la «sanidad», este último vocablo hay que entenderlo referido a la «sanidad interior» por exclusión con el de «sanidad exterior» que previamente es utilizado en ese mismo apartado (STC 32/1983, de 28 de abril, F. 2). En segundo término, y en relación al concepto de «bases», nuestra doctrina constitucional ha venido sosteniendo que por tales han de entenderse los principios normativos generales que informan u ordenan una determinada materia, constituyendo, en definitiva, el marco o denominador común de necesaria vigencia en el territorio nacional. Lo básico es, de esta forma, lo esencial, lo nuclear, o lo imprescindible de una materia, en aras de una unidad mínima de posiciones jurídicas que delimita lo que es competencia estatal y determina, al tiempo, el punto de partida y el límite a partir del cual puede ejercer la Comunidad Autónoma, en defensa del propio interés general, la competencia asumida en su Estatuto. Con esa delimitación material de lo básico se evita que puedan dejarse sin contenido o cercenarse las competencias autonómicas, ya que el Estado no puede, en el ejercicio de una competencia básica, agotar la regulación de la materia, sino que debe dejar un margen normativo propio a la Comunidad Autónoma (SSTC 1/1982, de 28 de enero, F. 1; 69/1988, de 19 de abril, F. 5; 102/1995, de 26 de junio, FF. 8 y 9; 197/1996, de 28 de noviembre, F. 5; 223/2000, de 21 de septiembre, F. 6; 188/2001, de 20 de septiembre, F. 8; 126/2002, de 23 de mayo, F. 7; 24/2002, de 31 de enero, F. 6; 37/2002, de 14 de febrero, F. 9; y 1/2003, de 16 de enero, F. 8, en torno al concepto de lo «básico»). Por tanto, ni la fijación de las bases ni la coordinación general a la que también se refiere la regla 16 del art. 149.1 CE (que persigue la integración de la diversidad de las partes o subsistemas en el conjunto o sistema, evitando contradicciones, y reduciendo disfunciones



de maniobra que tienen las Comunidades Autónomas reconociendo al Estado la competencia exclusiva tanto sobre la «sanidad exterior» como sobre las «bases y coordinación general de la sanidad». Las Comunidades Autónomas así asumirán, en el marco de la legislación básica del Estado, en su caso, el desarrollo legislativo y la ejecución en la materia de sanidad e higiene.

La competencia estatal para fijar las bases y realizar la coordinación general de la «sanidad», hay que entenderla referido a la «sanidad interior» por exclusión con el de «sanidad exterior».

En la doctrina constitucional el concepto de «bases», ha de entenderse como lo esencial, lo nuclear, o lo imprescindible de una materia, en aras de una unidad mínima de posiciones jurídicas que delimita lo que es competencia estatal y determina, al tiempo, el punto de partida y el límite a partir del cual puede ejercer la Comunidad Autónoma, en defensa del propio interés general, la competencia asumida en su Estatuto. Con esa delimitación material de lo básico se evita que puedan dejarse sin contenido o cercenarse las competencias autonómicas, ya que el Estado no puede, en el ejercicio de una competencia básica, agotar la regulación de la materia, sino que debe dejar un margen normativo propio a la Comunidad Autónoma. Por tanto, ni la fijación de las bases ni la coordinación general deben llegar a tal grado de desarrollo que dejen vacías de contenido las correspondientes competencias que las Comunidades Autónomas hayan asumido en la materia¹⁰⁴.

según SSTC 32/1983, de 28 de abril, F. 2; 42/1983, de 20 de mayo, F. 3; 80/1985, de 4 de julio, F. 2), deben llegar a tal grado de desarrollo que dejen vacías de contenido las correspondientes competencias que las Comunidades Autónomas hayan asumido en la materia (STC 32/1983, de 28 de abril, F. 2). (...)”.

¹⁰⁴ STC 98/2004, de 25 de mayo: “*la Constitución no sólo atribuye al Estado una facultad, sino que le exige que preserve la existencia de un sistema normativo sanitario nacional con una regulación uniforme mínima y de vigencia en todo el territorio español, eso sí, sin perjuicio, bien de las normas que sobre la materia puedan dictar las Comunidades Autónomas en virtud de sus respectivas competencias ... dirigidas, en su caso, a una mejora en su ámbito territorial de ese mínimo común denominador establecido por el Estado, bien de las propias competencias de gestión o de financiación que sobre la materia tengan conforme a la Constitución y a los Estatutos. Y se lo exige cuando en el art. 149.1.16 CE le atribuye las bases en materia de 'sanidad', para asegurar -como se ha dicho- el establecimiento de un mínimo igualitario de vigencia y aplicación en todo el*

En este marco corresponderá al Ministerio que ostente las competencias en materia de sanidad¹⁰⁵ la propuesta y ejecución de la política del Gobierno en materia de salud, de planificación y asistencia sanitaria y de consumo, así como el ejercicio de las competencias de la Administración General del Estado para asegurar a los ciudadanos el derecho a la protección de la salud¹⁰⁶.

En este contexto a las Comunidades Autónomas le corresponde el ejercicio de las competencias sanitarias derivadas del desarrollo legislativo y ejecución en toda su extensión de las bases de la sanidad nacional marcadas por el Estado, según asunción realizada a través de sus respectivos Estatutos de Autonomía. Pueden asumir también las competencias que el Estado les transfiera o, en su caso les delegue¹⁰⁷, así como todas aquellas decisiones y actuaciones públicas previstas en la legislación sanitaria que no hubieran sido expresamente reservadas al Estado¹⁰⁸. A las Comunidades Autónomas, por consiguiente, se les reservan de manera residual el resto de competencias según resulten asumidas en sus Estatutos y además aquellas que el Estado les transfiera o, en su caso, les delegue conforme al artículo 150 de la Constitución.

Sin dificultad puede colegirse que el Estado dicta las bases sobre la materia sanitaria, pudiendo las Comunidades Autónomas ejercer el desarrollo legislativo y la ejecución en la materia. Lo que no podrá hacer la Comunidad Autónoma es dictar una norma que contradiga o anule la previsión básica estatal. Las normas dictadas por las Comunidades Autónomas dictadas para saltarse la regulación básica, sin la previa declaración como inconstitucional, pueden resultar declaradas contrarias a la Ley y a la CE por infringir el marco competencial aquí resumido.

territorio nacional en orden al disfrute de las prestaciones sanitarias, que proporcione unos derechos comunes a todos los ciudadanos”.

¹⁰⁵ El Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad en la actualidad.

¹⁰⁶ Conforme al RD 1823/2011, de 21 de diciembre, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales y RD 200/2012, de 23 de enero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

¹⁰⁷ Artículo 41.1 LGS.

¹⁰⁸ Artículo 41.2 LGS.



4. ANÁLISIS CRÍTICO-JURÍDICO DE LA REFORMA Y SUS EFECTOS

En el presente trabajo hemos analizado algunos de los elementos fundamentales de la asistencia sanitaria en España desde el punto de vista del aseguramiento o cobertura de la prestación. El objetivo de la explicación de este andamiaje jurídico se ha dirigido a comparar el régimen de aseguramiento sanitario o cobertura de los extranjeros en situación irregular antes y después de la reforma operada en 2012. Hasta ahora el trabajo ha sido meramente descriptivo sin que se hayan analizado o tratado las críticas que han perseguido tanto a la reforma normativa como aquellas que la han motivado o justificado.

En estos momentos _marzo/abril de 2016_ existe cierta incertidumbre sobre el futuro del Gobierno en España ya que el actual Gobierno, que dictó la norma, está en funciones y diversos grupos parlamentarios o partidos políticos, entre sus propuestas propugnan la derogación de las disposiciones que limitaban la asistencia sanitaria a los extranjeros. El propio Gobierno anunció una modificación sobre el acceso a la asistencia sanitaria por parte de los extranjeros en situación irregular que no ha llegado a materializarse. El asunto se ha tratado en el seno de los órganos interterritoriales sin que conste decisión efectiva.

Hay que concluir que es previsible que se modifique la reforma operada en 2012, no obstante, habrá merecido la pena el estudio de esta cuestión porque por un lado ha desplegado efectos durante al menos cuatro años y por otro porque la derogación o modificación necesariamente deberá atender al ordenamiento jurídico y la evolución acaecida en estos años. No parece ocioso el estudio del tema pero será el lector el que mejor pueda juzgar la utilidad del mismo.

4.1 Críticas de la reforma

En el Real Decreto-ley 16/2012 el legislador, de manera muy crítica, justifica la reforma en que el SNS viene sufriendo situaciones de descoordinación entre los servicios de salud autonómicos causando, dice la parte expositiva de la norma, considerables diferencias en las prestaciones y en los servicios a los que acceden los pacientes en las distintas comunidades autónomas. Se modifican cuestiones relativas a la condición de asegurado, la prestación farmacéutica y a la cartera común de servicios del SNS fundamentalmente.

Las críticas que la propia reforma menciona y que según su parte expositiva justifican la modificación normativa se centran en cuestiones de fiscalidad e ingresos, sin embargo hay quien duda del verdadero ahorro de la medida a corto plazo y además se considera que podría generar problemas de salud pública serios a largo plazo debido a epidemias o enfermedades infecciosas en determinados colectivos que podrían dejar de acudir a los servicios sanitarios por no poder costear su coste. Es probable que ambas críticas resulten exageradas y que la medida no suponga un gran ahorro, al menos desde la perspectiva coste-beneficio y que, por otro lado, tampoco se produzcan situaciones de epidemias graves o absoluta ausencia de atención médica; aún menos considerando el contenido de la normativa autonómica dictada para *esquivar* estos efectos adversos.

Según el Tribunal de Cuentas en su informe de fiscalización de la gestión de las prestaciones de asistencia sanitaria derivadas de la aplicación de los reglamentos y convenios internacionales de la Seguridad Social, de 29 de marzo de 2012, reconoce que en el año 2010 residían en España 453.349 personas con derecho a la asistencia sanitaria gratuita a cargo de la Seguridad Social española por carecer de recursos económicos suficientes¹⁰⁹. El informe detecta carencias importantes en la facturación de estos gastos a sus países de origen y en el control por parte de las autoridades españolas del cumplimiento de los requisitos que dan derecho a la asistencia sanitaria a las personas sin recursos. De hecho, expresa que *“al menos 284 personas habían realizado un uso irregular de la tarjeta”*. La emisión de estas Tarjetas Sanitarias Europeas por el Instituto Nacional de la Seguridad Social a personas de otras nacionalidades sin recursos económicos suficientes pone de manifiesto la existencia de deficiencias específicas en el control sobre este colectivo, situación que *_conforme señala el Tribunal_* se habría evitado con la simple consulta informática al Fichero General de Afiliación de la Tesorería General de la Seguridad Social, donde se recogen las personas que tienen la condición de *“personas sin recursos económicos suficientes”*. Por ello, el informe recomienda al Gobierno de la Nación que impulse las medidas legislativas oportunas para que el coste de esta asistencia sanitaria pueda ser derivado, en su caso, a sus respectivos países de origen y que agudice el sistema de control para

¹⁰⁹ Páginas 38 y siguientes del informe.



evitar situaciones fraudulentas pero no recomienda, en ningún caso, la exclusión del colectivo.

La cuestión no está exenta de polémica pero ciertamente ha de plantearse en tono crítico si la exclusión de un colectivo supone un verdadero ahorro a medio plazo o la adecuada gestión del reintegro de los gastos generados por los países de origen sería suficiente para paliar en parte el problema económico y no excluir a un colectivo de la asistencia sanitaria gratuita. Probablemente se conseguiría un ahorro superior y más sostenido en el tiempo mejorando la gestión del sistema y coordinando a todos los servicios de salud con el Estado en el marco del SNS para conseguir un sistema de reintegro de gastos efectivo en aquellas situaciones en que deba cargarse el gasto a otro país, institución, persona jurídica o física.

4.2 Críticas a la reforma

Muchas han sido las críticas realizadas a esta reforma, tanto formales como materiales, no podremos hacer en este trabajo un estudio pormenorizado de las mismas, pero podremos enunciar las principales. Podríamos sintetizar algunas de ellas del siguiente modo:

Formalmente se ha criticado el empleo del **instrumento legislativo del Real Decreto Ley** por ser un mecanismo excepcional al que se debe acudir según el artículo 86 de la CE únicamente en "*caso de extraordinaria y urgente necesidad*" y debe justificarse debidamente. El Tribunal Constitucional ha asentado la doctrina de que el presupuesto habilitante de la "*extraordinaria y urgente necesidad*" del artículo 86.1 CE no es una cláusula o expresión vacía de significado dentro de la cual el lógico margen de apreciación política del Gobierno se mueva libremente sin restricción alguna, sino, por el contrario, la constatación de un límite jurídico a la actuación mediante Decretos-leyes¹¹⁰. Podría ser discutible si encaja la figura

¹¹⁰ Vgr. STC 29/2015, de 19 de febrero (de acuerdo con reiterados pronunciamientos previos). En este caso el TC tras la valoración conjunta de la motivación (Exposición de Motivos, debate parlamentario de convalidación, expediente de elaboración de la norma) para introducir la regla del silencio negativo en relación con determinados procedimientos urbanísticos por la vía del Decreto-ley; entendió que la justificación era insuficiente y por consiguiente no superaba el canon de constitucionalidad del presupuesto de hecho habilitante del artículo 86.1 CE.

con las pretensiones del Real Decreto Ley pero siendo cuestión formal sobre la que se pronunciará el Tribunal Constitucional a la vista de las concretas circunstancias del supuesto de hecho y en los términos que se plantee el debate, no procede ir más allá en este trabajo.

También se plantea si la reforma puede afectar a **competencias propias de las Comunidades Autónomas**, habiéndose interpuesto varios recursos en este sentido; siendo así habrá de estarse a lo que dictamine el Tribunal Constitucional pero considerando lo que en anteriores apartados de este trabajo hemos mencionado respecto al reparto competencial en materia de sanidad y la extensión de las bases y las competencias en materia de desarrollo y ejecución.

Se ha entendido que la norma establecía una **ruptura con la progresión del principio de universalidad en las prestaciones sanitarias** que se propugnaba en nuestro sistema y que era una tendencia que inició la Ley General de Sanidad en el año 1986 y que pretendió concluir la Disposición Adicional Sexta de la Ley General de Salud Pública de 2011. Ahora bien, hay que precisar que la universalización de la prestación gratuita no era absoluta¹¹¹, ya existían colectivos sin derecho a la asistencia sanitaria gratuita que aunque resultaran residuales desmienten la idea de una asistencia sanitaria universal como realidad absoluta si bien es cierto que pueden invertir la tendencia de la expansión de la gratuidad a la contracción o limitación de la misma.

En cuanto a la **constitucionalidad de la norma** hay que recordar que nos encontramos ante la regulación de un principio rector de la política social

¹¹¹ Ya existían colectivos sin derecho a la asistencia sanitaria gratuita: Parados no perceptores de subsidios asistenciales de desempleo, que perciben rentas o recursos anuales superiores al límite fijado; personas que no han trabajado nunca y disponen de recursos suficientes; personas con recursos superiores a los niveles medios de la población, no incluidos en alguno de los regímenes de la Seguridad Social; personas que ejercen profesiones liberales incluidos en Colegios Profesionales, no integrados en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social; españoles residentes en países sin Convenio Internacional bilateral cuando se trasladan a España y extranjeros en España que posean recursos económicos suficientes y no tengan cobertura con base en los convenios internacionales de Seguridad Social



económica y no ante un derecho fundamental por lo que su ejercicio dependerá de las normas que lo regulen. Así, por ejemplo el Dictamen del Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña 6/2012, de 1 de junio, sobre el Real Decreto Ley 16/2012, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del SNS y mejorar la calidad y la seguridad de sus prestaciones, interpreta que con la nueva normativa, la atención en situación de urgencias estaría garantizada, al igual que la atención a los menores de edad y a las mujeres embarazadas y por consiguiente con esta prestación mínima se estaría salvaguardando el derecho fundamental a la vida y a la integridad física de los inmigrantes irregulares, de manera que conectarían con el contenido mínimo que hace reconocible el mandato imperativo que los poderes públicos deben asegurar y prestar (Art. 43 CE) en cualquier circunstancia a cualquier persona con el fin de preservar el derecho fundamental a la vida y la integridad física contenido en el artículo 15 CE. Coincide en este punto el Consejo Consultivo Canario al señalar en uno de sus dictámenes¹¹² *“Por tales consideraciones, se considera que art. 1, apartado tres del RDL 16/2012 no es inconstitucional, pues su contenido no solo entra de lleno en la competencia básica del Estado (art. 149.1.16a CE), sino que no limita ni lesiona derechos constitucional alguno, incluso de conformidad con lo dispuesto por los tratados y convenios internacionales suscritos por España”*. Empero, justo al contrario opinó el Gobierno de Canarias¹¹³ *«En este sentido, se argumenta que la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, creó un Sistema Nacional de Salud de carácter público, universal y gratuito, “en condiciones de igualdad efectiva”. Luego, la Ley 49/1998, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1999, previó una financiación exclusivamente presupuestaria; la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud,*

¹¹² Dictamen 59/2013 solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con la Propuesta de Resolución del recurso de inconstitucionalidad frente al Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones (EXP. 15/2013 RI)

¹¹³ Dictamen 59/2013 solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con la Propuesta de Resolución del recurso de inconstitucionalidad frente al Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones (EXP. 15/2013 RI).

disponía que son titulares de los derechos a la protección de la salud y a la atención sanitaria todos los españoles y los extranjeros en el territorio nacional en los términos previstos en el art. 12 de la Ley Orgánica 4/2000; y la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, extiende el derecho a la asistencia sanitaria pública a todos los españoles residentes el territorio nacional, a los que no pudiera serles reconocido en aplicación de otras normas del Ordenamiento jurídico (“ciudadanía sanitaria”).

El sistema, pues, deja de ser universal, sustrayéndose tanto de la progresión de la efectividad del derecho a la protección de la salud previsto en los arts. 2.1 y 12.2.d) del Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 16 de diciembre de 1966, como de la propia doctrina del Tribunal Constitucional que, obiter dicta, se ha pronunciado, si se quiere implícitamente, sobre el carácter universal de la asistencia sanitaria. (...)

Por ello, según el Gobierno, el RDL 16/2012 implica la “despatrimonialización” – que incluso se califica de “expropiación legal”- para un sector de población española, incluidos ciudadanos españoles, del derecho a la salud que tenían integrado en su patrimonio jurídico desde la Ley General de Salud Pública. Lo que contraría el “espíritu universal” de un derecho que la Constitución atribuye a todos; el sistema de financiación; a la obligación de España en cuanto firmante del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 16 de diciembre de 1966; y a lo que se espera de un Estado que, por mandato constitucional, debe ser social y propugnar valores como la justicia y la igualdad.

Por tales razones, argumenta el acuerdo, la modificación que el art. 1. uno RDL 16/2012 opera sobre el art. 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, y en particular las restricciones del acceso a las prestaciones sanitarias públicas que se contienen en el apartado 3 de este último precepto legal, deben reputarse contrarias al principio de igualdad establecido en el art. 14 CE y al derecho de protección de la salud del art. 43 CE.» . Comparten esta visión también diversos colectivos¹¹⁴.

También el llamado convenio especial de prestación de asistencia sanitaria a personas que no tengan la condición de aseguradas ni de beneficiarias del SNS

¹¹⁴ En “Posicionamiento de la Asociación de Juristas de la Salud ante el Real Decreto Ley 16/2012, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del SNS y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones” de Josefa Cantero Martínez.



regulado por el Real Decreto 576/2013, ha sufrido fuertes críticas que sobre todo se refieren a que el coste es elevado e incluso está por encima de algunos seguros privados por lo que deriva a la sanidad privada a los hipotéticos demandantes y por otro lado se señala que los inmigrantes en situación irregular por regla general no pueden soportar un coste regular tan elevado por lo que los excluye de hecho de la prestación sanitaria pública, alejándose en consecuencia de la gratuidad de ésta y universalidad. Sin que se hayan podido recabar cifras oficiales para la realización del presente trabajo lo cierto es que la suscripción de los convenios especiales es muy reducida y en algunos casos anecdótica.

4.3 Conclusión

Podemos concluir este trabajo señalando que las críticas al sistema que dieron lugar a la reforma fundamentalmente se centraban en dos elementos: cuestiones económicas por pérdida de recursos y falta de coordinación entre las distintas administraciones.

Respecto a la primera cuestión no existen datos cuantitativos que justifiquen la adopción de una medida como la que se estudia que por otro lado puede tener un importante coste social. Tampoco se han aportado datos, ya transcurridos cuatro años, que justifiquen las bondades económicas de la reforma y el acierto o ahorro de la medida.

El segundo aspecto mencionado, relativo a la falta de coordinación entre las diversas administraciones y servicios de salud ha tenido aún peor evolución. Lejos de coordinarse las Comunidades Autónomas con el Estado en el seno del SNS hemos visto como se han regulado infinidad de instrumentos jurídicos o implementado medidas para prestar asistencia en atención primaria o especializada a las personas expresamente excluidas de la misma. Al margen de la constitucionalidad o legalidad de estas disposiciones de carácter general o medidas lo cierto es que han determinado la pérdida de eficacia de la norma.

Un inmigrante irregular puede o no tener acceso a la atención médica con fondos públicos de hecho o de derecho dependiendo de la Comunidad Autónoma donde resida y el momento en que requiera la asistencia sanitaria. La dispersión normativa y el fraccionamiento de la regulación han determinado que la norma básica en puridad no se cumpla.

Hemos visto que el Estado ha recurrido la Ley de la Comunidad Valenciana por su dudosa constitucionalidad al incumplir el reparto competencial pero no

tenemos constancia de que presentara recurso frente a otras disposiciones de menor rango, en la vía de la legalidad ordinaria, por lo que el panorama se presenta como falto de toda unidad de actuación o atisbo de coordinación.

Muchas de las críticas realizadas a la reforma han sido exageradas otras pueden resultar objeto de un debate interesante en el ámbito social o político pero las apreciaciones jurídicas sobre la competencia del Estado para regular la materia o el reproche de hacerlo por Decreto-ley son excesivamente formalistas y podrían estar destinadas a la desestimación. Es probable que nunca lo sepamos por perder los procedimientos judiciales o constitucionales el objeto antes del pronunciamiento.

Dada la actual situación política no se puede aventurar el destino de las reformas contenidas en el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones. Lo más probable, analizando la situación social y política de la cuestión, será que se revierta total o parcialmente la medida de privar de acceso a los inmigrantes que residen en España de manera irregular. La posible derogación o modificación de la norma podría producirse antes de que el Tribunal Constitucional se pronuncie, por lo que los recursos quedarían sin objeto. En este caso, la eventual apreciación de la pérdida de objeto en un proceso de constitucionalidad depende de la incidencia real de la derogación, sustitución o modificación de la norma en relación a la controversia constitucional planteada, es decir, se analiza si se produce o no la desaparición del conflicto de constitucionalidad¹¹⁵. No podemos adelantarnos a una hipotética derogación normativa pero parece lógico que en caso de modificarse o derogarse expresamente alguno de los apartados controvertidos desapareciera la controversia jurídico-constitucional y en Tribunal Constitucional no entrara al fondo de la cuestión.

Aunque se reviertan los efectos de la reforma quedará algún asunto que habrá de abordarse en detalle como qué ocurrirá con el convenio especial de prestación de asistencia sanitaria como vía de los diversos colectivos no cubiertos para el acceso a la asistencia sanitaria. Aquellos que se adhirieron al convenio y que vean

¹¹⁵ STC 18/2011, de 3 de marzo (por todas).



la prestación cubierta podrán no renovarlo pues carecería de sentido continuar con el pago. Difícilmente podrán recuperar lo pagado bajo la vigencia de la anterior norma pues no parece ser uno de los supuestos de responsabilidad patrimonial. Debemos contemplar que aunque muy residual seguirá habiendo algún colectivo excluido que podría haber suscrito estos convenios y cuya situación habrá de ser contemplada por continuar su interés en el mantenimiento de la cobertura.

En los próximos meses se verá si la medida se mantiene o no pero haciendo un balance puede decirse que no ha producido los efectos esperados y que por consiguiente ha tenido poco éxito, tanto para reducir los costes económicos del sistema como para procurar una mayor coordinación entre administraciones.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA:

- BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis. La universalización de la asistencia sanitaria operada por la Ley 33/2011, de 4 de octubre, de salud pública: tardío e insuficiente cumplimiento del mandato ínsito en el artículo 43 de la Constitución. Revista Aranzadi Doctrinal núm. 9/2012. Editorial Aranzadi, SA.
- BLASCO LAHOZ, José Francisco. El sistema nacional de la salud y la ordenación de los servicios sanitarios. Aranzadi Social núm. 15/2001. Editorial Aranzadi, SA.
- BLASCO LAHOZ, José Francisco. Las Prestaciones del Sistema Nacional de Salud (su aplicación legal y judicial). Valencia 2014. Editorial Tirant Lo Blanch.
- CANTERO MARTÍNEZ, Josefa. La asistencia sanitaria en la Unión Europea. El reintegro de gastos médicos por el uso de servicios médicos privados. (Publicación XI edición del Máster en Derecho Sanitario y Bioética. Noviembre de 2014).
- Dictamen 59/2013 solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con la Propuesta de Resolución del recurso de inconstitucionalidad frente al Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones (EXP. 15/2013 RI).
- Dictamen del Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña 6/2012, de 1 de junio, sobre el Real Decreto Ley 16/2012, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del SNS y mejorar la calidad y la seguridad de sus prestaciones.

-
- GIMENO FELIU, José María, Sanidad y Administración Sanitaria. Obra colectiva (págs. 155 a 164).
 - GÓMEZ ZAMORA, Leopoldo J. Terceros obligados al pago y régimen jurídico del aseguramiento obligatorio de la asistencia sanitaria. Gómez Zamora. Tratado Derecho Sanitario (mayo 2013) ISBN: 978-84-9014-651-4.
 - Informe Tribunal de Cuentas en su informe de fiscalización de la gestión de las prestaciones de asistencia sanitaria derivadas de la aplicación de los reglamentos y convenios internacionales de la Seguridad Social, de 29 de marzo de 2012.
 - LÓPEZ DONAIRE, M^a Belén. Reintegro de gastos por asistencia sanitaria privada. López Donaire. Tratado Derecho Sanitario (mayo 2013) ISBN: 978-84-9014-651-4.
 - MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando (coordinador obra colectiva). Memento Práctico Francis Lefebvre Penal. Ediciones Francis Lefebvre, S. A. (octubre de 2014.).
 - REPULLO LABRADOR, José Ramón. Financiación de la sanidad: distribución y asignación de recursos. Tratado Derecho Sanitario (Primera edición, mayo 2013) ISBN: 978-84-9014-651-4.
 - SÁNCHEZ GARCÍA, Marta María. Prestaciones sanitarias: catálogo de prestaciones y cartera de servicios del sistema nacional de salud. Tratado Derecho Sanitario (mayo 2013) ISBN: 978-84-9014-651-4.



“UNA LECCIÓN DE PRAGMATISMO: EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DEL REINO UNIDO”

D. CARLOS M^a RODRIGUEZ SÁNCHEZ

Técnico Superior de la Administración de la JCCM

Fecha de finalización del trabajo: Febrero 2016

ÍNDICE

1.- CONSIDERACIONES PREVIAS

2.-LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS EN EL REINO UNIDO: DEL “RULE OF LAW” A LAS “INQUIRIES”

3.-GENERALIDADES DEL DERECHO SANCIONADOR ADMINISTRATIVO BRITÁNICO DERIVADAS DE LA RESA

- A) TITULARES DE LA POTESTAD SANCIONADORA
 - B) NATURALEZA DE LA POTESTAD
 - C) LOS PRINCIPIOS DE UN PROCEDIMIENTO NO FORMALIZADO
 - D) EL CONTROL JUDICIAL DE LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS
-

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

A los operadores jurídicos que estamos acostumbrados a pensar con la mentalidad del sistema continental de derecho, el régimen de los países del *common law* nos resulta extraño. Se nos antoja que un sistema basado en la abstracción de la ley como fuente prospectiva del derecho, ha de ser por necesidad mucho más seguro, adaptable a las nuevas circunstancias y fácil de aplicar, que otro fundamentado en la visión retrospectiva y conservadora del

stare decisis, donde se pretende declarar el derecho reiterando soluciones aplicadas a casos anteriores análogos.

La realidad histórica de la evolución del *common law*, sin embargo, dista mucho de esta visión simplista y maniquea. Por un lado, el nacimiento de una segunda jurisdicción no vinculada al precedente (la denominada *equity*) permitió afrontar soluciones jurídicas a los nuevos retos que se iban presentando; por otra parte, gracias a la existencia de tribunales que aplicaban el derecho común de origen consuetudinario, los ciudadanos pudieron conseguir una más adecuada protección en momentos históricos en los que proliferaron las jurisdicciones especiales tanto del señor feudal como de la Iglesia. La posibilidad de los justiciables de elegir entre unos y otros para dirimir sus controversias y el hecho de que los tribunales del *common law* hubieran alcanzado un elevado nivel de pragmatismo y efectividad en sus soluciones jurídicas, impregnó de este mismo carácter a los órganos de las jurisdicciones especiales y, por ende, al derecho anglosajón, en general.

La contrapartida es que, cuando en el siglo XVII se resuelven las tensiones entre los partidarios de la monarquía absoluta y los *common lawyers* en favor de estos últimos, el papel normativo del poder ejecutivo resultó prácticamente inédito. Mientras en Europa continental tras la Revolución francesa de 1789 las Administraciones Públicas consolidaban su potestad reglamentaria, reconociéndoseles un derecho y una jurisdicción especiales, en el sistema anglosajón, todavía a finales del siglo XIX y principios del XX, autores como ALBERT DICEY – el más firme defensor en esos tiempos del *rule of law* – denigraban el sistema continental de derecho administrativo, afirmando que la existencia de tal régimen especial aplicable a las autoridades administrativas, las prerrogativas y privilegios que les concedía y el hecho de encontrarse sometidas a una jurisdicción especial significaba, sin más, un nuevo despotismo digno de temer y atentatorio a las garantías individuales¹¹⁶.

¹¹⁶ DICEY, A, cit. por SOTO KLOSS, E: *¿Existe un Derecho Administrativo inglés?*. Revista de Administración Pública, nº 70. Págs. 118 y 119.



Pero nuevamente aquí la realidad habría de imponerse a los sentimientos particulares. El mismo ALBERT DICEY tuvo que rendirse a la evidencia del surgimiento de un derecho administrativo en ciernes al reconocer en la octava edición de su conocida obra *“Introduction to the study of the law of the Constitution”*, aparecida en 1915, que:

“... The ancient veneration for the rule of law has in England suffered during the last thirty years a marked decline. The truth of this assertion is proved by actual legislation, by the existence among some classes of a certain distrust both of the law and of the judges, and by a marked tendency towards the use of lawless methods for the attainment of social or political ends.

Recent Acts have given judicial or quasi-judicial authority to officials who stand more or less in connection with, and therefore may be influenced by, the government of the day, and hence have in some cases excluded, and in others indirectly diminished, the authority of the law Courts...”¹¹⁷.

En efecto, el aumento exponencial de los sectores sobre los que el estado social debía ejercer su control, dio al traste en los sistemas del *common law* con la tradicional abstención del ejecutivo en la tutela de los derechos de los particulares y, específicamente, en el ámbito del derecho sancionador, ha supuesto la ruptura de la exclusividad judicial en la imposición de sanciones por el incumplimiento de los deberes u obligaciones impuestas en las leyes, ante la incapacidad práctica de

¹¹⁷ DICEY, A.V. *“La antigua veneración por el ‘rule of law’ ha sufrido en Inglaterra en los últimos treinta años un marcado declive. La verdad de esta afirmación se prueba en la actual legislación con la existencia, en algunas materias, de una cierta desconfianza tanto en la ley como en los jueces, y por una notoria tendencia al uso de métodos ajenos a la ley para la consecución de fines político-sociales. Leyes recientes han otorgado autoridad judicial o quasi judicial a funcionarios más o menos en conexión con – y por tanto con la posibilidad de ser influidos por – el gobierno de turno, y a partir de aquí se ha excluido en unos casos y disminuido indirectamente en otros, la autoridad de las leyes del Parlamento”.* *“Introduction to the study of the law of the Constitution”*. 8ª ed., Londres, 1915. Reed. Liberty Classes, Indianapolis, 1982.

los órganos jurisdiccionales para afrontar en exclusiva el ejercicio del *ius puniendi* que comportan estas nuevas necesidades de intervención pública.

Por el contrario, en los sistemas continentales, es posible hoy apreciar una tímida pero inequívoca tendencia a buscar el cobijo parlamentario, a fin de que los ciudadanos sientan más la objetividad de las actuaciones de los órganos propiamente administrativos. Constituye un ejemplo de ello – no el único por cierto – la composición que para la Comisión de Transparencia y Buen Gobierno, integrada en el Consejo del mismo nombre, establece el artículo 36 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, en cuanto exige la presencia de un Diputado y un Senador, así como el hecho de que, el artículo 37.1 de la citada Ley exija el refrendo del Congreso del nombramiento del candidato propuesto a Presidente del Consejo.

Demostrado así que, en los diversos avatares históricos, sistemas jurídicos aparentemente enfrentados acaban influenciándose mutuamente, quizá no sea ocioso, como pretendo en el presente estudio, realizar un breve esbozo de las características del derecho administrativo sancionador en el derecho británico. Y ello, por cierto, no con prurito de falsa erudición, sino con el propósito más práctico, por un lado, de buscar posibles elementos comunes en los que sustentar una teoría general de la potestad administrativa sancionadora; y, en segundo término, para abordar la eventual crítica de nuestras propias instituciones desde una óptica diferente. Ver en efecto de qué manera se entienden cuestiones como el propio concepto de infracción y sanción, los principios sustantivos y procedimentales de la potestad sancionadora, la responsabilidad o el control judicial, pueden ser tareas muy útiles a la hora de perfeccionar nuestro derecho administrativo sancionador y evidenciar sus aspectos distorsionadores.

Hemos de advertir, sin embargo, que el presente trabajo se centra exclusivamente en el derecho administrativo sancionador derivado de la *Regulatory Enforcement and Sanctions Act* de 2008 (RESA, en lo sucesivo). Obviamente la potestad administrativa sancionadora no nace con esta ley, puesto que ya con anterioridad leyes sectoriales de carácter administrativo habían acuñado otro tipo de sanciones y, por otra parte, leyes posteriores pueden regular las suyas propias, sometidas o no al sistema RESA. Pero esta norma es, a mi juicio, lo más



equiparable a lo que en nuestro ordenamiento denominaríamos “legislación básica” sobre el particular; y además de todo esto, RESA ha operado un proceso de centralización sin precedentes en materia de control administrativo de las actividades privadas, que choca frontalmente con el tradicional sistema del *common law* británico, basado en el *self government*, es decir, en la capacidad de autogestión de sus propios asuntos reconocido a los entes locales, origen del derecho consuetudinario anglosajón. Y ello por la prosaica y confesada razón de eliminar cargas administrativas (allí conocidas como *burdens*) que impidan o dificulten el ejercicio de la actividad empresarial. De modo que el Reino Unido, tan reacio históricamente a aceptar principios de la Unión Europea, ha acogido sin embargo en su seno, con pasión inusitada, la filosofía liberalizadora que se desprende de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior, renunciando para ello incluso a principios ancestrales de su, ya no tan sacrosanto, *common law*. Nunca una crisis económica había dado para tanto.

En las páginas que siguen abordaremos primero un breve esbozo histórico que nos explicará la evolución del *rule of law* hacia un sistema de derecho administrativo en los países anglosajones. A continuación analizaremos el sistema sancionador RESA, deteniéndonos particularmente en su transcendencia nacionalizadora y en la flexibilidad que supone admitir pactos entre administraciones y particulares no sólo sobre atribución de potestades públicas de vigilancia y control, sino también para el concreto resultado de la actividad sancionadora en su ejercicio particular. Estos pactos resultan inimaginables en nuestro derecho continental, pero constituyen una inequívoca manifestación del denominado *soft law* británico. Y, en fin, creo que también puede resultar sorprendente y aleccionador para nosotros, que en un ordenamiento en el que el juez se ve como el garante máximo de los derechos de los ciudadanos, principios como el *non bis in idem* o el de *prejudicialidad penal* se traten frecuentemente con mucha menor rigidez que entre quienes, en nuestra doctrina, aceptamos con naturalidad los poderes exorbitantes de la Administración Pública.

2. LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS EN EL REINO UNIDO: DEL “RULE OF LAW” A LAS “INQUIRIES”.

En el Reino Unido y en general, en los países anglosajones, el desapego al Derecho Administrativo está relacionado, en palabras de SOTO KLOSS, en primer lugar, con la falta de personificación jurídica del Estado, que ha sido históricamente una nota característica del derecho inglés. Este desconocimiento de la corporeidad jurídica estatal ha supuesto asimismo la inexistencia de un poder administrador ejercido sobre los súbditos y, en consecuencia, la sumisión de quien tiene encomendada la potestad ejecutiva de las leyes a las mismas normas que vinculan a los ciudadanos y al propio juez común que ha de enjuiciarlas¹¹⁸.

Por otra parte, la característica más notable en la Inglaterra de los siglos XVII a XIX ha sido el amplio ámbito reconocido a la autonomía local, sobre la base territorial de los *condados*, donde el mantenimiento del orden, la protección de los individuos y, en general, los intereses de la comunidad eran regidos por los propios integrantes de la localidad, teniendo como única fuente el derecho. En este modelo, conocido doctrinalmente como *self government*, los *jueces de paz* fueron asumiendo progresivamente atribuciones administrativas en las que todos los conflictos se resolvían, asimismo, acudiendo a la ley común, sin aceptación de privilegio alguno¹¹⁹.

El carácter judicial con el que se configuraron las iniciales autoridades con potestad administrativa hace que éstas se acaben alineando con el Parlamento – constituido asimismo por los representantes locales y con facultades de administración – cuando las guerras civiles enfrentaron entre 1641 y 1651, al

118 SOTO KLOSS, E: *¿Existe un Derecho Administrativo inglés?*. Revista de Administración Pública, nº 70. Págs. 116 y ss.

119 *"We in Britain are very familiar with the idea because we have no written Constitution at all, but a mass of laws and institutions which determine our form of government, and this form has evolved by centuries. There are in it relics of feudal monarchy; it has been profoundly influenced by Christianity in general and the Roman Catholic and Protestant churches in particular; much of it reminds us of acute political conflicts which this nation has suffered, including a civil war..."*. JENNINGS, I: *"The approach to self-government"*. Cambridge, 1958. Págs. 2 y ss.



bando republicano encabezado por Oliver Cronwell y a los partidarios del poder monárquico en la persona de Carlos I y de su hijo, Carlos II.

La subordinación del Poder real frente al Parlamento tuvo su momento culminante con ocasión de la denominada Revolución Gloriosa, que supuso en 1688 el derrocamiento de Jacobo II Estuardo en favor de Guillermo de Orange, a quien se le ofrece la Corona en condiciones especiales. Esas condiciones significaban la subordinación estrecha de la Corona – y en especial de sus agentes – al Parlamento y al Derecho, aplicado éste por las Cortes. Se consagró así un sistema donde, por un lado, se acepta que la Corona no puede gobernar a sus súbditos sin el consentimiento de éstos que se expresa a través de las leyes emanadas por el Parlamento (*rule of law*) y, por otra parte, como complemento de lo anterior, se abomina de cualquier privilegio de enjuiciamiento, pues todos (ciudadanos y poderes públicos) se someten al *common law*¹²⁰.

A partir del siglo XIX, sin embargo, el panorama empieza a cambiar. El Parlamento empieza a reconocer la necesidad de delegaciones normativas en el poder ejecutivo, tanto para atajar situaciones de emergencia nacional (epidemias de cólera, o problemas derivados de las huelgas obreras), como para hacer frente a las necesidades derivadas de la aparición del incipiente estado social, en el que proliferó una abundante legislación sectorial (en materia de ferrocarriles, minas, industria, instrucción o sanidad). Las reformas legales del gobierno Peel, por ejemplo, materializadas en 1833 y 1834 con las denominadas “*Ley de Fábricas*” y “*Ley de Pobres*”¹²¹ operan una centralización del poder y una masiva nacionalización de los servicios, que implicó el fortalecimiento de los poderes ministeriales¹²². Este proceso, reforzado por la necesidad de afrontar las emergencias derivadas de las sucesivas guerras mundiales, permitió atisbar que la

¹²⁰ Vallance, E: *The Glorious Revolution: 1688. Britain's Fight for Liberty*. Brown Little, 2006.

¹²¹ Se trata de las denominadas: “*Mills and Factories Act*” y “*Poor Law Amendment Act*”.

¹²² ALTAVA LAVALL, M.G (Coord.): “*Lecciones de Derecho Comparado*”. Castellón, 2003. Págs. 179 y ss.

ley ya no resultaba un elemento útil con el que afrontar situaciones de urgencia y que, asimismo, cuando el desarrollo técnico se aceleraba de modo imprevisible, la delegación legislativa resultaba más práctica que acometer el camino más lento e ineficaz de las modificaciones legales. El incipiente reconocimiento de un poder reglamentario, había de ir acompañado asimismo de la acción de oficio para imponer el cumplimiento de los actos singulares emanados del poder ejecutivo¹²³.

También en materia de *judicial review* quedó superado el control de la actividad administrativa por la jurisdicción ordinaria. Como ya hemos tenido ocasión de señalar, paralelamente a la centralización del poder ejecutivo de fines del siglo XIX, el propio DICEY fue testigo de la proliferación de órganos administrativos con potestades jurisdiccionales creados por leyes del Parlamento (denominadas *statutes*). Estos órganos que inicialmente recibieron el nombre de *commissions* y, en la actualidad se conocen como *administrative tribunals*¹²⁴, tuvieron como objeto precisamente conocer sobre asuntos en que era parte una autoridad o un órgano administrativo o ministerial, aplicando para ello un procedimiento también especial regulado en su respectivo *statute*.

La proliferación de *statutes* ha ido en aumento en tanto ha sido necesario ampliar el intervencionismo del denominado *Welfare State*, hasta el punto de que hoy nadie duda de que estos *administrative tribunals* ejercen verdadera jurisdicción. Sus miembros carecen de la naturaleza de *civil servants* y, en consecuencia, son personas ajenas a la Administración que integran aquéllos órganos en su condición de expertos en las diversas materias sobre las que emiten su juicio¹²⁵.

123 Véase: "Report of the Committee on Minister's Powers". Cmd 4060. H.M. St. Office. Londres, 1932. Este informe, elaborado por miembros del propio Parlamento concluye que no sólo parecía prudente sino que incluso resultaba vital a veces, dotar al ejecutivo con cuasi plenos poderes para enfrentarse con situaciones de urgente necesidad ya que, cuando el desarrollo técnico va creciendo con rapidez y no pocas veces de modo imprevisible, la delegación legislativa resultaría esencial para encarar las situaciones que se iban produciendo, y además francamente estimable, pues permitiría la constante adaptación a condiciones futuras no previstas, sin necesidad de recurrir a reformas legislativas.

124 De ahí su denominación de *quasi-judicial authorities*, a las que nos referimos en la cita de la nota 4. Los órganos de genuina naturaleza judicial reciben el nombre de *courts*.



125 SOTO KLOSS, E: *Op. cit.* Págs. 153 y 154. “Aparte de las propias conclusiones del Franks Report en orden a la utilidad manifiesta de estos tribunales especiales, administrative tribunals, cabe señalar que sus ventajas respecto a las cortes ordinarias son verdaderamente evidentes:

- Su procedimiento es flexible y simple, y aunque no existe un texto —a la manera de Código— de normas generales, únicas para todos ellos, cada ley, instituyendo un tipo especial de tribunales administrativos, se ha encargado de establecer un conjunto de normas que respondan a esos principios antes mencionados, particularmente en el asegurar la publicidad de las audiencias, una prueba verdadera garantía de contradictorio y una decisión jurisdiccional fundada, motivada.

- La rapidez de sus pronunciamientos contrasta grandemente con el lento tramitar de los asuntos de los tribunales ordinarios; el retraso en el enjuiciamiento, siendo breve, otorga al justiciable una sensación de mayor justicia, aun si el fallo le es adverso, ya que denota ello preocupación en el asunto y un interés en resolver una contienda que debe ser solucionada con prontitud, atendida la materia y el interés social envuelto en el litigio.

- Menores también son los costos, y el derecho de la representación judicial asume un carácter de cierta sana informalidad, permitiéndose a los interesados o afectados concurrir hasta personalmente -sin obligación de. asesor letrado- a defender sus derechos, en la certeza que son oídos y participan en el litigio.

- No debe olvidarse que gran parte del éxito de estos tribunales administrativos se debe a su original formación; si bien son órganos jurisdiccionales y sus decisiones tienen el carácter de sentencias, los magistrados que los integran no son, en general, juristas, sino expertos en la materia, ya ajenos a. la Administración, ya representantes de la producción, el comercio, propietarios, obreros, etc., pero con un exacto conocimiento de la materia sobre la cual recae la competencia del tribunal. Este pragmatismo otorga cierta provechosa y eficaz dinamismo en las soluciones dictadas, más directamente comprometidas con la realidad social y los intereses, tanto públicos como privados; no debe olvidarse que, contrariamente a las cortes ordinarias de justicia, estos administrative tribunals no se encuentran vinculados al sistema de los precedentes, del régimen del stare decisis, lo que lleva -obviamente- a una gran flexibilidad en sus decisiones. Y todo ello sin perjuicio de un adecuado control que ejercen sobre tales jurisdicciones las supremas magistraturas ordinarias de justicia”.

En el seno de los citados *statutes* se han ido estableciendo unas normas de procedimiento para regular el funcionamiento de los *administrative tribunals*, que varían en función de la materia regulada. Por la propia naturaleza judicial del derecho anglosajón, cuando las reglas de procedimiento se tuvieron que extender a la toma de decisiones de las autoridades administrativas propiamente dichas, en los casos en que pudieran hallarse enfrentados un interés público y diversos intereses particulares, pasaron a denominarse *inquiries*. Pero la prueba de su similitud es que, desde la *Tribunals and Inquiries Act* de 1958, hasta la *Inquiries Act* de 2005 (IA), se han regulado en el mismo texto legal¹²⁶. Por tanto, del estudio general de los trámites y garantías que dichas *inquiries* establecen es posible configurar los principios comunes de un procedimiento administrativo que, en el Reino Unido, no se contiene en una ley general – a diferencia de otros del *rule of law*, como Estados Unidos o Canadá¹²⁷.

Cuestión distinta es, sin embargo, que las *inquiries* sean una institución identificable con el procedimiento administrativo sancionador en los sistemas continentales. A mi juicio, esto resulta discutible en el derecho británico, a la vista del supuesto que se exige para la procedencia de su apertura en la sección 1.1 IA. Si bien la redacción es lo suficientemente amplia como para integrar cualquier procedimiento administrativo, el espíritu de la norma para poner en marcha esta institución toma como base la ocurrencia (o posibilidad de ocurrencia) “... de hechos singulares que hayan causado, o sean susceptibles de causar, una preocupación pública o cuando existe preocupación pública sobre la posibilidad de que aquéllos pudieran producirse”¹²⁸.

¹²⁶ SÁNCHEZ SÁEZ, A.J.: “La potestad sancionadora en el Derecho comparado: Reino Unido”. Documentación Administrativa. Nº 283. Madrid, 2009. Pág. 96.

¹²⁷ SÁNCHEZ SÁEZ, A.J.: “Op. Cit”. Págs. 94 y 95. Los trámites y garantías de la *Inquiries Act* han sido, a su vez, desarrollados por el *Lord Chancellor* – alto funcionario inglés al servicio del Gobierno, en su condición de asesor personal del Primer Ministro – en *The Inquiry Rules 1838/2006*, de 11 de julio.

¹²⁸ Literalmente la sección 1,1 IA dice: “A Minister may cause an inquiry to be held under this Act in relation to a case where it appears to him that— (a) particular events have



En este lenguaje de causas y efectos, parece en primer lugar, que la *inquiry* posee una naturaleza de cierta excepcionalidad que no se compece con la normalidad de la imposición de sanciones administrativas. Pero, además, los hechos sancionables no deberían comportar necesariamente un *public concern* (expresión que utiliza IA), salvo que se interprete que allí donde hay una vulneración de norma por un particular, surge necesariamente el interés social de reprimirla.

Refuerza el argumento anterior la sección 2ª.1 IA al afirmar taxativamente que de un procedimiento de *inquiry* no es posible deducir responsabilidad civil o criminal de ninguna clase para nadie¹²⁹. Y parece que las sanciones administrativas tienen en el Reino Unido naturaleza de sanciones civiles, como demuestra la denominación de *civil sanctions* que han acabado teniendo en la vigente norma general reguladora de las potestades sancionadoras de las autoridades administrativas en el Reino Unido, la denominada *Regulatory Enforcement and Sanctions Act 2008 (RESA)* que pasamos a analizar a continuación¹³⁰.

3. GENERALIDADES DEL DERECHO SANCIONADOR ADMINISTRATIVO BRITÁNICO DERIVADAS DE LA RESA¹³¹.

caused, or are capable of causing, public concern, or (b) there is public concern that particular events may have occurred”.

¹²⁹ Literalmente dice la sección 2ª.1 IA: “*An inquiry panel is not to rule on, and has no power to determine, any person’s civil or criminal liability*”.

¹³⁰ Esta es la denominación que da título a la parte tercera de la *Regulatory Enforcement and Sanctions Act 2008 (RESA)*. Frente a las infracciones y sanciones penales, denominadas “*criminal infractions and sanctions*”.

¹³¹ Para desarrollar este epígrafe utilizo la versión de la ley que se recoge en <http://www.legislation.gov.uk>

La *Regulatory Enforcement and Sanctions Act 2008* (RESA), en su Parte Tercera (*Civil Sanctions*), tipifica exclusivamente las sanciones que pueden imponer las autoridades administrativas, acompañadas de unas breves referencias al procedimiento de imposición de cada una de ellas.

A) TITULARES DE LA POTESTAD SANCIONADORA.

Hay que aclarar, en primer término, que la potestad sancionadora puede estar encomendada a las Administraciones locales o a determinadas agencias previstas en la RESA.

Las sanciones sobre salud ambiental, urbanismo o comercio carecen de agencias a quienes se encomiende el control y vigilancia de las mismas. Son, por tanto, las administraciones locales las que ejercen esas funciones administrativas. Y es en este ámbito donde se comprueba la flexibilidad y pragmatismo del derecho británico derivado de RESA. Así las empresas con delegaciones en varios términos municipales o condados pueden celebrar acuerdos escritos para nombrar a una administración principal o primaria¹³² encargada de controlar o inspeccionar su actividad. Esta última será la que coordine el ejercicio de potestades administrativas, pasando por encima de todas las administraciones que pudieran ser competentes por razón de los diversos territorios en que se ejercen las actividades empresariales. Se trata, sin duda, de una alteración convencional del ejercicio de potestades administrativas que resultaría inasumible en nuestros sistemas de derecho continental.

Cuando la potestad de vigilancia y control – y por tanto, también sancionadora – se encomienda a una Agencia, las funciones se atribuyen por Orden Ministerial y con carácter individual a determinadas agencias previstas en RESA, denominadas *Regulators*, contando para ello con el consentimiento de ciertas autoridades u

¹³² Esta designación como *Primary Authority* ha de ser autorizada por la *Local Better Regulation Office* (LBRO), corporación pública creada para la simplificación de cargas administrativas.



órganos¹³³. En algún caso, la Orden Ministerial atributiva de competencia se dicta para permitir en exclusiva la imposición de una sanción concreta, sin que su eficacia pueda extenderse a otra infracción distinta: para ello es necesario que el *Regulator* esté convencido, más allá de cualquier duda razonable, de que el sujeto ha cometido la infracción que se le va a imputar, sin perjuicio de su posterior derecho de defensa¹³⁴.

En la tramitación se exige la apertura de un periodo de información pública¹³⁵ y, posteriormente, la Orden debe ser aprobada por ambas Cámaras del Parlamento¹³⁶. Ello constituye, como podemos ver, una curiosa modalidad de respeto al principio de legalidad incluso en un ámbito – la determinación del órgano con potestad sancionadora – que en nuestro ordenamiento jurídico no requeriría más que norma reglamentaria.

La Orden y su aplicación por la Agencia deben ser revisadas por el Ministro a los tres años de su vigencia¹³⁷ y, asimismo, el Ministro puede suspender el ejercicio de la potestad sancionadora por la Agencia cuando haya tenido constancia de su

¹³³ El más importante es el denominado *Panel for Regulatory Accountability* (PRA), órgano gubernamental que vigila la necesidad y proporcionalidad de los gravámenes administrativos impuestos a empresas y negocios. Pero se establecen asimismo particularidades si afectan a Escocia, Gales o Irlanda del Norte.

¹³⁴ Sección 39, Subs: 2 RESA. Es el caso de la imposición de fixed monetary penalties, las sanciones equiparables a nuestras multas pecuniarias que, en el derecho inglés, se imponen muy excepcionalmente en los casos de infracciones leves por una cantidad prefijada que, sin embargo, admite modulaciones en virtud del principio de proporcionalidad

¹³⁵ Sección 60 RESA.

¹³⁶ Sección 61 RESA.

¹³⁷ Sección 67, Subs 1ª y 2ª RESA.

mal uso continuado, medida que en sí misma dota de gran dinamismo al sistema sancionador¹³⁸.

En cualquier caso, RESA, en su sección 63 exige a las agencias que, antes de ejercer su competencia sancionadora, publiquen guías dirigidas a las empresas y demás administrados, previa apertura de un trámite de información pública. Como señala SÁNCHEZ SÁEZ¹³⁹, en estas guías se han de dar a conocer los sectores a que se aplican, los tipos de sanciones y circunstancias en que se impondrán, la forma de calcular las sanciones económicas y los modos de sancionar y ejecutar forzosamente. Asimismo las propias agencias deberán publicar por cualquier medio las sanciones impuestas, huyendo así del formalismo de nuestro derecho administrativo que prioriza la publicidad formal en diarios oficiales.

B) NATURALEZA DE LA POTESTAD.

Hay que advertir igualmente que las denominadas *civil sanctions* no son equiparables en todo caso a lo que en nuestro ordenamiento jurídico consideramos sanciones¹⁴⁰. En el derecho británico se comprende en ese concepto cualquier medida restrictiva, aunque se ejerza para dar cumplimiento a un mandato legal a fin de restablecer el interés general. Por otra parte, es muy importante la aplicación del principio de proporcionalidad, de modo que el mismo tipo de sanción pueda adaptarse al caso concreto.

La potestad sancionadora, al igual que en España, se configura con carácter adjetivo y, por tanto, corresponde al órgano con atribuciones sustantivas sobre la materia. De ahí que las secciones 56 y 57 RESA excluyan la posibilidad de aprobar

¹³⁸ Sección 68 RESA.

¹³⁹ SÁNCHEZ SÁEZ, A.J.: “Op. Cit”. Págs. 146 y ss.

¹⁴⁰ En la sección 36 RESA se contemplan las siguientes: a) sanciones en metálico (*fixed monetary penalties*); b) requerimientos discrecionales (*discretionary requirements*); c) avisos de cesación (*stop notices*) y d) compromisos de hacer (*enforcements undertakings*).



una orden atribuyendo potestad sancionadora conforme a esta norma, cuando afecta a competencias legislativas del Parlamento escocés o a la Asamblea de Irlanda del Norte¹⁴¹.

C) LOS PRINCIPIOS DE UN PROCEDIMIENTO NO FORMALIZADO.

Más difícil resulta rastrear los principios procedimentales de la potestad. RESA se limita a señalar unas mínimas reglas de procedimiento para cada una de las medidas sancionadoras que tipifica, dejando así un amplio margen de discrecionalidad, que abre amplios campos para la negociación del *Regulator* con los sancionados, impensable en nuestros sistemas continentales. Estas reglas, como afirma SÁNCHEZ SÁEZ, están inspiradas en las garantías que se derivan de los apartados 2º y 3º del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, suscrito por el Reino Unido en 1951¹⁴² y, por tanto, exigen respetar el principio de presunción de inocencia, así como los derechos del inculpado de ser informado de los hechos constitutivos de infracción, a disponer de tiempo y facilidades para preparar su defensa, a defenderse por sí mismo o ser asistido por un defensor – con el posible beneficio de justicia gratuita – a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación de los que declaren a su favor y, en definitiva, a ser asistido gratuitamente por un intérprete, si desconoce o no habla la lengua empleada por el órgano sancionador.

D) “NON BIS IN IDEM” Y “PREJUDICIALIDAD PENAL”

En cuanto a otros principios clásicos, se observa su relajación, e incluso su incumplimiento, en las sanciones menos graves. Así por ejemplo, en las denominadas *fixed monetary penalties*, multas económicas por una cantidad

¹⁴¹ “*Except for consequential purposes*”, aclara la norma. Es decir, con la salvedad de que existan propósitos secundarios que pudieran ampararse en competencias propias, lo que a nuestro juicio es una velada referencia al diferente fundamento, como elemento excluyente del “*non bis in ídem*”.

¹⁴² SÁNCHEZ SÁEZ, A.J.: “*Op. Cit*”. Pág. 128.

prefijada para las infracciones más leves, se aprecia el incumplimiento de dos principios básicos en nuestro derecho sancionador, a saber:

- a) El principio *non bis in idem* – conocido en el derecho anglosajón como *double jeopardy rule* – pues dichas multas fijas resultan compatibles con las multas impuestas penalmente por los mismos hechos, siempre que aquéllas no superen el importe de la multa penal¹⁴³. No ocurriría lo mismo si estos hechos se hubieran sujetado a otra sanción administrativa que comportara obligaciones distintas, lo que demuestra que la prohibición del *bis in idem* toma en cuenta más la diferente naturaleza de los deberes impuestos al particular que la reiteración misma de una sanción.
- b) El principio de *prejudicialidad penal*. A la vista de la Sección 41 RESA, el hecho de que se haya notificado por una agencia el acuerdo de inicio (conocido como *notice of intent*) de un procedimiento para la imposición de una multa de cuantía prefijada, impide la puesta en marcha de un proceso penal antes de que expire el plazo que tiene el interesado para efectuar el pago anticipado que, de producirse, cerraría asimismo vía penal. No ocurriría lo mismo a la inversa, es decir, la imposición de una sanción penal condenatoria no constituye obstáculo para una posterior multa administrativa por cuantía prefijada¹⁴⁴.

En definitiva, creemos que el pragmatismo del derecho anglosajón tiene bastantes elementos que pueden servir de ejemplo a nuestras instituciones sancionadoras. Particularmente interesante nos parece la filosofía que subyace en materia de prejudicialidad penal. Que unos mismos hechos se puedan considerar igualmente infracción penal y administrativa constituye en sí mismo una distorsión del “*ius puniendi*” único del Estado.

¹⁴³ Sección 39, Subs, 4 RESA.

¹⁴⁴ En efecto, esto es así de una interpretación “*sensu contrario*” de la Sección 41 b) RESA que literalmente dispone: “...*in a case where a fixed monetary penalty is imposed on a person, that person may not at any time be convicted of the relevant offence in respect of the act or omission giving rise to the penalty*”



En estos casos el principio de subsidiariedad penal rectamente interpretado debiera garantizar que los órganos administrativos no paralicen su actividad en el primer momento en que surgen las sospechas de que unos mismos hechos pueden ser sancionables penalmente. Máxime cuando los órganos jurisdiccionales competentes ni siquiera han tenido ocasión de valorar su transcendencia penal y, por tanto, la viabilidad de su enjuiciamiento. Con ello fácilmente se pueden dar situaciones en las que, rechazada la apertura del juicio penal, sea también imposible la sanción administrativa por prescripción de la infracción o caducidad del procedimiento administrativo.

A mi juicio, más lógico sería detener éste cuando llega a la fase decisoria sin que los tribunales competentes se hayan pronunciado, o antes, si se tiene constancia cierta del inicio de la investigación penal sobre los mismos hechos. No hacerlo así se nos antoja una aceptación acrítica, dogmática del principio de prevalencia de la jurisdicción penal, susceptible de provocar múltiples conflictos negativos de competencia, en detrimento de la eficacia de la potestad punitiva estatal.

Respecto a la posibilidad de que los órganos administrativos puedan ejecutar por sí mismos las resoluciones sancionadoras, sin necesidad de acudir a la heterotutela de los tribunales, se aprecian en este punto grandes limitaciones en el ordenamiento británico. La sección 52 RESA, al regular las *fixed monetary penalties* prevé que la orden ministerial otorgue a las agencias dicha potestad cuando les concede potestad sancionadora pero, en cualquier caso, el procedimiento de ejecución forzosa no es meramente administrativo, porque ha de seguir los trámites del proceso civil establecidos en las *Civil Procedure Rules de 2008*.

E) EL CONTROL JUDICIAL DE LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS.

Hasta la entrada en vigor de la *Tribunal Courts and Enforcement Act* de 2007, muchos eran los tribunales encargados de vigilar la legalidad de la actuación de los diversos ministerios británicos y de la Administración en general. A partir de la TCEA se ha abierto un proceso de unificación y simplificación en dos órganos de nueva creación que, sin embargo, formalmente, siguen perteneciendo al ámbito de la jurisdicción civil. En este sentido, TCEA ha creado un tribunal de primera

instancia (*First-tier Tribunal*) encargado de resolver los recursos interpuestos por los administrados contra las sanciones impuestas sobre la base de la RESA, cuyas apelaciones se sustancian ante un *Upper Tribunal*, también de nueva creación en la citada norma.

El *First-tier Tribunal* tiene jurisdicción nacional y se divide en Salas de justicia (*Chambers*), en virtud de los asuntos administrativos que se eleven a su consideración¹⁴⁵. También está dividido en Salas el *Upper Tribunal*¹⁴⁶.

Por último, tras la aprobación de la *Constitutional Reform Act* de 2005 se ha instituido un Tribunal Supremo (*Supreme Court of the United Kingdom*), llamado a ser la última instancia judicial del Reino en todas las jurisdicciones, sustituyendo en estas tareas a la Sección judicial integrada en la Cámara de los Lores del Parlamento¹⁴⁷.

BIBLIOGRAFÍA

SOTO KLOSS, E: *¿Existe un Derecho Administrativo inglés?* Revista de Administración Pública, nº 70.

DICEY, A.V : *“Introduction to the study of the law of the Constitution”*. 8ª ed., Londres, 1915. Reed. Liberty Classes, Indianapolis, 1982.

¹⁴⁵ Existen así la *“Social Entitlement Chamber”*; la *“Health, Education and Social Care Chamber”*; la *“War Pensions and Armed Forces Chamber”* y la *“Tax Chamber”*. En 2008, con la consiguiente aprobación parlamentaria se creó la *“General Regulatory Chamber”*, como especie de Sala genérica a la que encomendarán los asuntos que no tengan cabida en las otras Salas específicas.

¹⁴⁶ Así la *Administrative Appeals Chamber* (encargada de resolver las apelaciones de la *“General Regulatory Chamber”* del *First-tier Tribunal*); la *“Finance and Tax Chamber”* y la *“Lands Chamber”*.

¹⁴⁷ SÁNCHEZ SÁEZ, A.J.: *“Op. Cit”*. Pág. 149 y ss.



JENNINGS, I: *“The approach to self-government”*. Cambridge, 1958.

VALLANCE, E: *“The Glorious Revolution: 1688. Britain's Fight for Liberty”*. Brown Little, 2006.

ALTAVA LAVALL, M.G (Coord.): *“Lecciones de Derecho Comparado”*. Castellón, 2003.

SÁNCHEZ SÁEZ, A.J.: *“La potestad sancionadora en el Derecho comparado: Reino Unido”*. Documentación Administrativa. Nº 283. Madrid, 2009.

Gabilex
Nº 5
Marzo 2016



Castilla-La Mancha



DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. PRINCIPIOS DE LA POTESTAD SANCIONADORA

D^a Irene Nuño Jiménez

Abogada

Prof. Dr. D. Francisco Puerta Seguido

Director

Fecha de finalización de trabajo: Diciembre de 2015

INDICE

- 1. INTRODUCCIÓN**
- 2. LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR**
- 3. LA IDENTIDAD DE PRINCIPIOS PUNITIVOS EN EL DERECHO PENAL Y DERECHO SANCIONADOR ADMINISTRATIVO**
- 4. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y TIPICIDAD**
 - a) Garantía Material**
Prohibición de analogía
 - b) Garantía Formal: la reserva de ley**
- 5. EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD**
- 6. EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD O CULPABILIDAD**
 - a) El principio de culpabilidad «a título de simple inobservancia»**

-
- b) **Responsabilidad Civil derivada del ilícito administrativo**
 - c) **Responsabilidad solidaria y subsidiaria**
- 7. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD**
 - 8. LA PRESCRIPCIÓN DE LAS INFRACCIONES Y DE LAS SANCIONES**
 - 9. EL PRINCIPIO DE CONCURRENCIA DE SANCIONES. NON BIS IN IDEM**
 - a) **Concurrencia de sanción penal y administrativa**
 - b) **Concurrencia de sanciones administrativas**
 - 10. EL PRINCIPIO DE ANTIJURICIDAD**
 - 11. CONCLUSIONES**
 - 12. BIBLIOGRAFÍA**
-

1. INTRODUCCIÓN

El estudio del Derecho Administrativo sancionador como área independiente del Derecho es una idea reciente, dado que hasta hace poco tiempo esta rama del Derecho no tenía una vida autónoma. Se apoyaba en la Doctrina e instituciones desarrolladas por el Derecho penal, trasladándose de esta manera la mayoría de las instituciones de este ámbito del Derecho al Derecho Administrativo.

Influyen en esta área del Derecho la Doctrina nacional e internacional de la época, delimitando el marco del Derecho Administrativo sancionador. Más tarde tales doctrinas fueron reafirmadas por el legislador constitucional, las que dieron una estructura más rígida al Derecho Administrativo.

Las interpretaciones doctrinales sobre el Derecho Administrativo sancionador como rama autónoma comienzan a ser más notables cuando se promulga la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, y además dan respaldo



legal a esta cuestión. Se dicta igualmente el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora.

La proclamación de ambos textos legales tiene como finalidad perfeccionar la actividad de la Administración, entre ellas la sancionadora, y para ello incluyó los aspectos que rigen su ejercicio. En la LRJPAC se estipulan los principios que presiden el procedimiento administrativo sancionador: El principio de Legalidad y Tipicidad, el principio de Irretroactividad, el principio de Responsabilidad, el principio de Proporcionalidad, el principio de Prescripción de Infracciones y Sanciones, el principio *Non bis in idem* y el principio de Antijuricidad.

A pesar que la separación de las reglas orgánicas del poder ejecutivo termina con la promulgación de la LRJPAC, esto no ha impedido que se haya completado la columna vertebral del Derecho Administrativo con la publicación de leyes, reales decretos y demás disposiciones de rango inferior, de este modo nos encontramos actualmente con numerosas normas que regulan aspectos orgánicos, como la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado; la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno y la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos; y otras que tratan aspectos tanto orgánicos como procedimentales de la citada Ley 30/1992, de 26 de noviembre; o la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, por citar las más relevantes.

Es evidente, la necesidad de dar a nuestro sistema legal un Derecho Administrativo sistemático, coherente y ordenado. Por este motivo se publicó el día 2 de Octubre de 2015 dos normas básicas sobre las que se van a estructurar el régimen de las Administraciones Públicas desde Octubre de 2016: la **Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas** y la **Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público**, que provocaran la derogación de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

La Ley 40/2015 aborda –entre otras materias– la regulación sistemática de las relaciones internas entre las Administraciones, estableciendo los principios generales de actuación y las técnicas de relación entre los sujetos públicos.

En este sentido, la finalidad del trabajo es analizar las modificaciones que hayan podido manifestarse en el instrumento normativo que materializa la reforma. De este modo, la presente investigación aborda los principios de la potestad sancionadora desde una perspectiva de diferenciación entre la Ley en vigor, la Ley LRJPAC, y la nueva publicación normativa en esta materia, la LRJSP.

Para la realización de esta investigación establecimos como marco el Ordenamiento Español, en el periodo comprendido entre la promulgación de la Carta Magna y el año 1992. Este periodo de tiempo sirvió para la recopilación y análisis de toda la Doctrina jurisprudencial –preconstitucional y constitucional– que culmina con la regulación de la LRJPAC. Desde este momento hasta la publicación de los dos nuevos textos normativos, comienza otra fase para el Derecho Administrativo sancionador donde coge estructura legal este área del Derecho mediante las publicaciones de numerosas normas que regulan este ámbito y sobre el pilar fundamental de la Ley 30/1992 lo que conduce a la nueva Ley 40/2015.

2. LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

El proceso de renovación del Derecho Administrativo sancionador estuvo, durante el régimen autoritario anterior a la Constitución de 1978, muy paralizado en comparación con algunos países europeos donde se aprobaron leyes reguladoras de esta materia¹⁴⁸.

¹⁴⁸ Sirva de ejemplo la referencia a Austria o Alemania que, en 1925 y en 1952 respectivamente, aprobaron leyes generales reguladoras del Derecho penal administrativo. En otros países como en Francia e Italia es la jurisprudencia la que se encarga de establecer un régimen de garantías similar.



El régimen del Franquismo utilizó intensamente las potestades sancionadoras de la Administración en materia económica, social y en el ejercicio de las funciones de policía, generando una clara represión de los derechos fundamentales y libertades públicas y potenciando la esfera del derecho sancionador, a ese efecto la Ley de Orden Público de 1959 fue un instrumento útil para la política punitiva del régimen.

La Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 únicamente reguló algunos aspectos procedimentales de la potestad sancionadora, sin incluir ningún precepto de carácter sustantivo, e incluso la Doctrina calificó el procedimiento administrativo sancionador como insuficiente e incompleto. La Ley se limitó a desarrollar trámites puntuales, encargándose la Jurisprudencia de cubrir las lagunas de la misma. Igualmente la Ley asignaba a estas disposiciones normativas carácter de reglas supletorias, dejando a salvo lo dispuesto en las disposiciones especiales. De este modo, incluso, se llegó a admitir las sanciones sin procedimiento administrativo previo –imposición de sanciones «*de plano*»–, se concedió a los actos de la Administración presunción de veracidad sin ningún tipo de actividad probatoria, se impusieron sanciones privativas de libertad, –como ocurría en materia de orden público o de contrabando–, y además la jurisprudencia admitió la compatibilidad de sanciones administrativas y penales sobre un mismo hecho. Por estos motivos la Doctrina –por todos García de Enterría¹⁴⁹– calificó el Derecho Administrativo sancionador de esta época como Derecho represivo *prebeccariano*, carente de elementales garantías.

Con la promulgación de la Constitución esta situación varía sustancialmente se limita la potestad sancionadora en términos de regulación, tramitación y ejercicio, y se introduce el principio de reserva de ley en la determinación objetiva de la relación de infracciones y sanciones. Esas limitaciones, específicas y explícitas, entre ellas la prohibición de sanciones administrativas que impliquen privación de

¹⁴⁹ GARCÍA D, ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo II*, 2.a edición, Civitas, Madrid, 1981, pág. 161, «*Las demás diferencias, las que hacen del Derecho Administrativo sancionador un Derecho represivo prebeccariano, y que pueden transformarlo en un soberbio instrumento de persecución al servicio del poder político, no pueden calificarse de diferencias conceptuales, sino de intolerables excepciones a los principios de libertad y seguridad que inspiran el Estado de Derecho*».

libertad –art. 25.3 CE–, son impuestas por principios como el de legalidad –art. 25.1 CE– y otros principios, también, constitucionales.

La potestad sancionadora de las Administraciones Publicas se determina en dos normas de la propia Constitución, situados en la Sección de Derecho Fundamentales y Libertades Públicas (Sección 1ª, del Capítulo II del Título I). La finalidad de los artículos 25.1 y 24.2 de la CE es la de garantizar los principios básicos del Derecho Administrativo sancionador.

El artículo 25.1 CE establece que: *«Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito o falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento»*. Esta disposición normativa es lo que se conoce como el principio de legalidad penal –*regla nullum crimen, nulla poena sine lege*– afectando de similar modo al Derecho Administrativo sancionador.

La segunda norma a mencionar es el artículo 24.2 CE que dispone: *«Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia»*. Los elementos citados en este precepto son los principios básicos del proceso penal, los cuales son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho Administrativo sancionador.

La redacción de los preceptos y su ubicación en la Constitución convierte a determinados principios del Derecho penal en Derechos Fundamentales. En este sentido, el Tribunal Constitucional extiende dichos principios constitucionales no solo a la materia penal, sino también a la materia sancionadora administrativa por la equivalencia que se venía mostrando entre estas dos materias desde muy tempranamente –STC 18/1981– y siendo matizado en los años posteriores –STC 58/1989–. Los principios constitucionales del artículo 24.2 son expresamente aplicables para los procesos penales y, no pudiendo emplearse íntegramente en los procedimientos sancionadores administrativos, se aplican en estos con los ajustes y peculiaridades que resulten de su naturaleza.



3. LA IDENTIDAD DE PRINCIPIOS PUNITIVOS EN EL DERECHO PENAL Y DERECHO SANCIONADOR ADMINISTRATIVO

La Constitución regula el principio de legalidad en materia sancionadora y las garantías de defensa del procedimiento sancionador, tratando de forma vinculada –como ya avanzábamos– las materias penales y administrativas y mostrando que se sujetan a principios de la misma identidad en el ámbito penal y en el ámbito sancionador administrativo. Todo ello, fue concluido por la doctrina y la jurisprudencia muy rápidamente –SSTS de 29 de septiembre, 4 y 10 de noviembre de 1980, STC 18/1981 y otras posteriores– aludiendo 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»*. En el *ius puniendi* del Estado participa la potestad sancionadora de la Administración además del Derecho penal, todo ello unido al conjunto de garantías y valores constitucionales aplicables, obliga a que se expandan tales garantías del Derecho penal al Derecho Administrativo sancionador, preservando las diferencias naturales de uno y otro procedimiento.

La equivalencia entre los dos ámbitos ha hecho que el Derecho Administrativo sancionador se vaya desarrollando y perfeccionando con rapidez, a ella ha contribuido la notable influencia que han ejercido la doctrina científica y judicial penales en la configuración del significado y efectos de los principios básicos del *ius puniendi* del Estado y de las Administraciones públicas, en particular de los principios de legalidad, tipicidad, culpabilidad, presunción de inocencia, etc.

Sin embargo, la asimilación del Derecho Administrativo sancionador al Derecho penal es relativa. Lo cual debe ser así, ya que el objetivo y la razón es la de sancionar todos aquellos ilícitos del ámbito administrativo que los Tribunales penales no podrían perseguir con la eficiencia que se requiere y así asegurar la aplicación de las leyes, preservar los intereses públicos y mantener el Estado de Derecho.

Pero a pesar de los numerosos avances y beneficios conseguidos, no se debe olvidar que aun el Derecho Administrativo sancionador tiene bastantes cuestiones abiertas, existiendo una legislación muy heterogénea y una jurisprudencia

contradictoria, lo que genera inseguridad jurídica. Por ello, se debe conseguir un equilibrio entre una eficaz acción punitiva del Estado y las garantías de los ciudadanos.

Esta unificación se venía produciendo por vía jurisprudencial hasta que en 1992 se aprobó la vigente Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común –a partir de ahora LRJPAC¹⁵⁰– que dedica el Capítulo I del Título IX a esta materia, bajo el título «*Principios de la potestad sancionadora*». Esta regulación normativa intentaba subsanar el principal problema que radica en la extensa pluralidad de normas jurídicas administrativas que se encuentran en numerosos textos legales y reglamentarios, por este motivo se podía hablar de un sistema fragmentado y disperso el del Derecho Administrativo sancionador. Pero en realidad y con acierto, la LRJPAC recogió las indicaciones de la jurisprudencia, contribuyendo a consolidarla en beneficio de la seguridad jurídica.

Con este mismo objetivo se aprueba la Ley 40/2015, ya publicada y pendiente de su entrada en vigor, que está prevista para un año después de esa publicación de la Ley en el BOE¹⁵¹. La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público –a partir de ahora LRJSP– se aprueba por la necesidad de conceder a nuestro sistema legal de un Derecho Administrativo «*sistemático, coherente y ordenado*» como se argumenta en el Preámbulo de la mencionada Ley. Es en esta relación de disposiciones normativas donde se codifican los Principios de la potestad sancionadora en su Capítulo III¹⁵². El ejercicio de la potestad

¹⁵⁰ En el desarrollo de la LRJPAC, se aprobó también el RD 1.398/1993 de 4 de agosto, un Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, con valor supletorio de las reglas de procedimiento.

¹⁵¹ Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público fue publicada el día 2 de Octubre de 2015 en el BOE. Su entrada en vigor se aplaza un año, al día 2 de Octubre de 2016.

¹⁵² En este Capítulo se enumeran los principios de la potestad sancionatoria que se disocian de los principios del procedimiento sancionador, contemplados ahora en la Ley 39/2015.



sancionadora está delimitado, por tanto, por una serie de principios que se desarrollaran a continuación¹⁵³.

4. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y TIPICIDAD

El principio de legalidad es el primer principio que delimita el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, tal y como disponen los artículos 25.1 CE y 127 LRJPAC –su homólogo se regula en el artículo 25.1 de la LRJSP–. El primer precepto establece la regla tradicional *nullum crimen nulla poena sine lege* y el artículo 127.1 LRJPAC dispone que «*La potestad sancionadora se ejercerá cuando haya sido expresamente reconocida por una norma con rango de Ley*».

Este principio ligado a una corriente jurisprudencial constitucional y más concretamente a la importante STC de 42/1987, de 7 de abril, contiene una doble garantía: «*La primera de orden material y alcance absoluto [...] refleja la especial trascendencia del principio de seguridad jurídica en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual [como son las sanciones penales y administrativas] y se traduce en la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y las sanciones correspondientes. La segunda, de carácter formal, se refiere al rango necesario de las normas tipificadoras de aquellas conductas y reguladoras de estas sanciones, por cuanto [...] el término “legislación vigente” contenido en dicho artículo 25.1 CE es expresivo de una reserva de ley en materia sancionadora*¹⁵⁴». La ya mencionada sentencia del TC, además de una numerosa jurisprudencia posterior, lleva a la conclusión de que es más importante que el aspecto formal del principio de legalidad.

¹⁵³ Referencia al Anexo Núm. 1, Figura 1.

¹⁵⁴ STC de 42/1987, de 7 de abril. Es Doctrina del TC, reiterada en la STC 52/2003, FJ 7º, que «*el derecho fundamental enunciado en el art. 25.1 CE incorpora la regla nullum crimen nulla poena sine lege, extendiéndola incluso al ordenamiento sancionador administrativo, que comprende una doble garantía: la primera de orden material y de alcance absoluto [...] y la segunda de carácter formal*». Además de las SSTC 61/1990, 60/2000, 25/2002, 113/2002.

a) Garantía Material

La norma del artículo 25.1 CE comprende esta garantía de orden material y alcance absoluto, que plasma la especial trascendencia del principio constitucional de seguridad jurídica –art. 9.3 CE– e impone la tipicidad de las infracciones. De acuerdo con esta norma, las infracciones deben estar debidamente tipificadas y las sanciones previstas en una norma jurídica, debiendo reunir las condiciones de *lex scripta*, *lex previa* y *lex certa*. Los dos primeros requisitos no tienen problema en la práctica. En cambio la tercera exigencia, *lex certa*, que implica una determinación suficiente de las conductas tipificadas como infracción y del contenido de las sanciones si que suele plantear problemas. A esta garantía material, –denominada garantía de taxatividad o previsibilidad–, se la conoce como Principio de Tipicidad.

A este respecto el artículo 129.1 LRJPAC –Principio de Tipicidad¹⁵⁵– establece que *«Sólo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales infracciones por una Ley»*. Las conductas sancionables tienen que estar, por tanto, previamente calificadas y tipificadas por una Ley como infracciones administrativas.

Una conducta se puede definir como típica *«cuando se aprecia identidad entre sus componentes fácticos y los descritos en la norma jurídica, es decir, cuando existe homogeneidad entre el hecho cometido y los elementos normativos que describen y fundamentan el contenido material del injusto»*¹⁵⁶.

Una vez limitado este principio, el problema práctico reside en el análisis de la precisión con la que tales conductas sancionables deben ser definidas en la disposición legal correspondiente, pues en muchas ocasiones las normas recurren a conceptos generales o conceptos indeterminados o bien se refiere a la

¹⁵⁵ El Principio de Tipicidad también se regula en la modificación de la LRJPAC, la Ley 40/2015 o LRJSP en su artículo 27. Esta nueva publicación no ha sido modificada con respecto a la LRJPAC.

¹⁵⁶ GAMERO CASADO, E. y FERNANDEZ RAMOS, S., *Manual Básico de Derecho Administrativo*, Tecnos, Madrid, 2014, pág. 831.



vulneración de deberes impuestos por otras normas no sancionadoras, remitiéndose a esas normas para la integración de las conductas tipificadas y no consiguiendo con ello la concreción de principios, como los de legalidad y tipicidad, exigen para que “*contribuyan a la más correcta identificación de las conductas*”, tal y como dispone el art. 129.3 de la LRJPAC.

La técnica de los conceptos jurídicos indeterminados para la definición de infracciones administrativas es admitida por el Tribunal Constitucional –STC 62/1982– siempre que la concreción de tales conceptos sea factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia, que permitan determinar con suficiente grado de certeza las conductas que se sancionan –SSTC 11/1988, 207/1990, 133/1999–. La tipificación debe tener una predicción de los efectos sancionadores con un grado de seguridad razonable –STS de 18 de julio de 2006–. Por este motivo la utilización de algún concepto jurídico indeterminado para la tipificación de la infracción exige una motivación más completa y perfilada del acto donde se apliquen. Ahora bien, es incompatible con la seguridad jurídica que desprende el artículo 25.1 CE una graduación *ad hoc* de la sanción, pues de esta norma se establece la correspondencia entre la definición legal de los ilícitos y las sanciones, dejando unos límites amplios al órgano sancionador.

Por otro lado, se plantea si es correcto que la norma infractora para determinar la conducta típica se remita a otra norma que establezca requisitos, condiciones, deberes o prohibiciones –las normas sancionadoras en blanco–. Sobre esto la jurisprudencia considera que si la remisión normativa es determinada suficientemente, es válida, no vulnerando de este modo la exigencia de *lex certa*. Ahora bien, lo que la Ley no permite es una remisión indeterminada o una remisión genérica a unas normas poco delimitadas, a los reglamentos o a las normas técnicas sin una previa determinación de los elementos esenciales –STS 21 de diciembre de 2005–, pues la reserva de ley debe exigirse a una norma sancionadora y no de aquella a la que se remite la cual no es calificada como norma sancionadora. Asimismo, esto es prohibido por el propio artículo 25.1 CE debido a que la Administración no puede tipificar nuevas conductas ilícitas.

Como se deduce del artículo 129 LRJPAC las infracciones administrativas suelen clasificarse como leves, graves y muy graves¹⁵⁷. Tal clasificación es necesaria para garantizar la seguridad jurídica sobre la gravedad de la conducta. Pero no todas las normas se encuentran dentro de esta clasificación de infracciones, existen disposiciones normativas que no califican las infracciones que contienen y encomiendan esa tarea a la Administración para la determinación de su gravedad en función de las circunstancias del supuesto –STC 166/2912–, estas leyes son inconstitucionales por vulnerar los principios de taxatividad, de tipicidad y de legalidad.

El principio de tipicidad exige que la Administración sancionadora precise el tipo infractor a la hora de dictar el acto por el que impone una sanción. Siendo anulada la infracción de tipificarse incorrectamente, sin que corresponda a los tribunales buscar y aplicar un tipo sancionador alternativo –STC 297/2005, STS de 7 de marzo de 2011–.

También las sanciones que puedan imponerse a cada tipo de infracción deben estar predeterminadas por la Ley –art. 129.2 LRJPAC–. En tal norma, no solo rige el principio de tipicidad, sino también un principio de taxatividad. El principio de taxatividad supone que no tienen por qué estar determinada con precisión una sanción para una infracción de forma exacta, pudiendo otorgar la propia ley unos límites de discrecionalidad a la Administración para graduar la sanción en función de las circunstancias del supuesto en concreto. Lo que la ley limita mediante este principio es que las sanciones tengan unos enunciados amplios o vagos, dependiendo prácticamente de decisiones arbitrarias del intérprete –SSTC, 14/1998, 113/2002, 210/2015–. De la misma manera que ocurre con el principio de tipicidad en las infracciones, las disposiciones legales que vulneren el principio de taxatividad son inconstitucionales –SSTC 187 y 252/2006, 166/2012, 10/2015–.

Las sanciones administrativas más características son las multas o de carácter pecuniario. Otro tipo de sanciones son las que se basan en la suspensión o la

¹⁵⁷ En este precepto, que hace mención al principio de tipicidad, se desarrolla la clasificación de infracciones expresamente: «*Las infracciones administrativas se clasificarán por la Ley en leves, graves y muy graves.*»



prohibición definitiva o temporal de actividades o de derechos –como por ejemplo la suspensión de la licencia de establecimientos recreativos, de vertidos autorizados, de empleo y sueldo de los servidores públicos, del permiso de conducir... –. Ni que decir tiene que las sanciones administrativas que impliquen privación de libertad están prohibidas por la propia Constitución según el artículo 25.3 y según la disposición del 131.1 LRJPAC –relativo al principio de proporcionalidad que veremos más adelante–.

Prohibición de analogía

Como ocurría en el ámbito penal, el principio de tipicidad prohíbe la aplicación analógica de las normas sancionadoras administrativas, pudiéndose aplicar a las conductas que reúnan todos los elementos del tipo descrito. Por razones de seguridad jurídica lo viene afirmando la jurisprudencia –SSTC 75/1984, 229/2007, SSTS de 11 de mayo, de 5 de junio de 1998, 20 de marzo de 2007–. Sin embargo, en algunas ocasiones puede ser complicado diferenciar si nos encontramos ante un supuesto de aplicación analógica o de interpretación no restrictiva de la norma sancionadora.

b) Garantía Formal: la reserva de ley

Este segundo alcance del principio de legalidad es muy problemático, en Derecho Administrativo sancionador más aun que en Derecho penal. En el ámbito penal se rige una reserva absoluta de ley orgánica, en cambio en Derecho Administrativo sancionador puede incluso colaborar el propio reglamento. La jurisprudencia lo justifica aludiendo que la exigencia de reserva de ley no puede ser tan estricta como en Derecho penal –SSTC 77/1983, 87/1985, 2/1987–.

Admitiéndose la colaboración del reglamento se vulneraría si la regulación reglamentaria de infracciones y sanciones careciera de base legal o carente de contenido material propio, sin haberse sometido a un precepto previo. Esto es, que se admite el reglamento pero no la readmisión en blanco sin una previa determinación de los elementos esenciales en la ley. No es posible que el reglamento cree tipos de infracción que no han sido previstos en la ley. Esta doctrina ha sido numerosas veces reiterada –SSTC 26/2002, 162/2008,

135/2010,13/2013; SSTS de 11 de abril de 2003, 15 de marzo de 2011–, además de asumida por el propio legislador en el artículo 129.3 LRJPAC: *“Las disposiciones reglamentarias de desarrollo podrán introducir especificaciones o graduaciones al cuadro de las infracciones o sanciones establecidas legalmente que, sin constituir nuevas infracciones o sanciones, ni alterar la naturaleza o límites de las que la Ley contempla, contribuyan a la más correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes”*. En conclusión, el reglamento es subordinado a la ley.

Por otro lado, la tipificación de infracciones y sanciones por normas reglamentarias preconstitucionales que no gocen de la cobertura jurídica necesaria según la Constitución, no serán aplicables. Esto se debe a que la reserva de ley no puede aplicarse retroactivamente a un periodo de tiempo que no existía esa garantía formal. Así, la jurisprudencia, desde la STC 42/1987 –ya citada– acogió un problema práctico importante, dado que en los años ochenta una parte importante del Derecho Administrativo estaba regulado en reglamentos de diferente rango legal. Con posterioridad y gracias a la sustitución de las leyes, la mayoría de las disposiciones de nuestro Ordenamiento tienen cobertura legal suficiente.

Pero esta Doctrina admite también excepciones como las relaciones de sujeción especial, que hace que se flexibilice la exigencia de reserva de ley. Se debe tener también una cobertura legal, pero la ley puede remitir al reglamento por completo en cuanto a la graduación de sanciones se refiere, como lo establecía la STC 2/1987. Tal excepción es más clara cuando se realiza por entidades que ostentan autonomía para la regulación de estas relaciones de sujeción especial – como el caso de los Colegios Profesionales–. La jurisprudencia atribuye la facultad disciplinaria que consiste en la tipificación de las infracciones y en la determinación de las sanciones en el escenario colegial, y admite la validez de esas normas sancionadoras establecidas en los estatutos así como en los Códigos Deontológicos.

Una cuestión más peculiar es la que plantea la tipificación de infracciones y sanciones por ordenanzas locales cuando no existe norma legal de remisión con un contenido sancionador propio. A pesar de ello, la jurisprudencia del Tribunal



Constitucional¹⁵⁸ ha llevado a flexibilizar las consecuencias de la reserva de ley, por la obligación de respetar la autonomía local constitucionalmente garantizada en materia de competencia en los entes locales, pero no excluirla por completo. Por ello, los municipios y otros entes locales no pueden tipificar según su criterio infracciones y sanciones administrativas. Sin embargo aun no está claro el alcance de esa flexibilización, con la modificación de la LBRL introducida por la Ley 57/2003 de 16 de diciembre se han tipificado algunas infracciones y sanciones en materias propias de las ordenanzas municipales, de carácter muy general. Esta reforma también modificó el artículo 129.1 estableciendo la obligación de que las infracciones sean reguladas por una ley *«sin perjuicio de lo dispuesto para la administración local en el título XI de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local»*.

Además de esto, conviene puntualizar que en la nueva regulación del principio de legalidad establecido en el artículo 25 de la LRJSP se establecen dos nuevos epígrafes al compararlo con la Ley 30/1992:

«3. Las disposiciones de este Capítulo serán extensivas al ejercicio por las Administraciones Públicas de su potestad disciplinaria respecto del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la relación de empleo.

4. Las disposiciones de este capítulo no serán de aplicación al ejercicio por las Administraciones Públicas de la potestad sancionadora respecto de quienes estén vinculados a ellas por relaciones reguladas por la legislación de contratos del sector público o por la legislación patrimonial de las Administraciones Públicas.»

¹⁵⁸ SSTC 132/2001, 193/2003, 24/2005 que aducen a la necesidad de respetar la autonomía local constitucionalmente garantizada en materia de competencia de los entes locales. La misma tesis ha soportado el Tribunal Supremo SSTS de 29 de septiembre de 2003 y de 20 de diciembre de 2007.

El punto tercero ha sido totalmente renovado dado que anteriormente establecía que *«Las disposiciones de este Título no son de aplicación al ejercicio por las Administraciones públicas de su potestad disciplinaria respecto del personal a su servicio y de quienes estén vinculados a ellas por una relación contractual»*, en cambio ahora determina que estas disposiciones serán extensivas al ejercicio de la potestad disciplinaria de las Administraciones públicas respecto al personal a su servicio. El último punto es una nueva incorporación a la LRJSP, especificando a quien no se aplicará la potestad sancionadora de la administración que serán aquellos que estén relacionados con las Administraciones Públicas a través de contratos del sector público. Con la normativa administrativa del año 1992 restringe el ejercicio de la potestad administrativa disciplinaria para aquellas relaciones con la Administración un tanto peculiares. Por el contrario, en la Ley 40/2015 concreta que relaciones con la Administración entran dentro del ejercicio de esa potestad disciplinaria.

5. EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD

El principio de irretroactividad se regula de manera expresa en el artículo 9.3 CE: *«La Constitución garantiza [...], la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales»*. Se puede presumir que también se manifiesta en el artículo 25.1 CE¹⁵⁹.

De forma más breve pero dando un paso más allá, en la LRJPAC, artículo 128 dedicado al principio de Irretroactividad, se establece que:

«1. Serán de aplicación las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan infracción administrativa.»

¹⁵⁹ Artículo 25.1 de la CE: *«Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito o falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento»*.



2. Las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor.»

El principio de irretroactividad se reconoce tanto en la Constitución como en normas posteriores de Derecho Administrativo, en cambio la mención al principio de retroactividad se explicita en la Ley 30/1992. La Constitución, por tanto, no recoge la aplicación retroactiva de la norma más favorable al infractor –STC 85/2006–, pero gracias a la reiterada Doctrina del Tribunal Supremo y a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional –STS de 4 de junio de 1991¹⁶⁰ y en el mismo sentido las SSTC 29/2000 y 75/2002, entre otras– hace que esta disposición legal aplicable en materia penal también se transfiera al Derecho Administrativo, recogándose finalmente en la LRJPAC en su artículo 128.2, –en igual sentido el art. 4.1 del RPPS–.

A pesar de que en la LRJPAC no se especifica a qué elementos del derecho sancionador debe ser aplicable la irretroactividad de las disposiciones desfavorables y la retroactividad de las disposiciones favorables, poco a poco se va combinando la Doctrina con la jurisprudencia del Tribunal Supremo: SSTS de 30 de junio de 2008, 4 de marzo de 2010 y 25 de mayo de 2012. En esta jurisprudencia se detalla que la irretroactividad desfavorable y la retroactividad favorable se refieren a las disposiciones que tipifican infracciones, sanciones y las que regulan la prescripción, o incluso otros elementos como puede ser las circunstancias modificativas de la responsabilidad o los criterios de graduación de las sanciones –SSTS de 25 de febrero y 4 de marzo de 2009–.

El homólogo precepto en la nueva regulación se encuentra en su artículo 26 LRJSP, también referente al principio de irretroactividad. En esta modificación se reitera la anterior regulación de la LRJPAC sobre la retroactividad de aquellas normas favorables, pero también se concreta a qué disposiciones se refiere dicha retroactividad favorable –art. 26.2 LRJSP: «*Las disposiciones sancionadoras*

¹⁶⁰ STS de 4 de junio de 1991, «*cuando el art. 9.3 CE garantiza la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras, no favorables o restrictivas de derechos individuales, no está impidiendo la retroactividad de las disposiciones no sancionadoras y de mayor benignidad para la realización de tales hechos*».

producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor o al infractor, tanto en lo referido a la tipificación de la infracción como a la sanción y a sus plazos de prescripción, incluso respecto de las sanciones pendientes de cumplimiento al entrar en vigor la nueva disposición»—, mientras que en la antigua regulación no se hacía mención a ello y es la jurisprudencia la encargada de aclarar este asunto. Es evidente, por tanto, que el nuevo precepto incorpora una mejora técnica normativa para la tipificación de la infracción, de la sanción y de sus plazos de prescripción, que son más cortos que hace varios años.

Es conveniente indicar que la retroactividad de la norma favorable no permite revisar sanciones firmes que hayan podido ser plenamente ejecutadas, pero según la jurisprudencia sí que puede ser aplicada para aquellas sentencias que han sido dictadas pero aun no son firmes porque han sido recurridas –SSTS de 23 y 30 de enero de 2012–. Según este criterio el artículo 73 LJCA establece que «*la aplicación retroactiva de la sentencia que anule una disposición sancionadora de carácter general a los actos firmes que la hayan aplicado cuando ello supusiera la exclusión o reducción de las sanciones aun no ejecutadas completamente*¹⁶¹».

Distinto argumento es el de alguna corriente de doctrina jurisprudencial que plantea si debe estar permitida la aplicación retroactiva de la norma que sea desventajosa para el infractor, sin que se hubieran reformado las leyes que deban ser aplicables. Esto no es lícito, dado que la nueva interpretación desfavorable de ley no ha sido previsible en el momento que se cometieron los hechos, y así se ha declarado en numerosas sentencias –STJUE de 10 de julio de 2014, STS de 24 de diciembre de 2009–.

¹⁶¹ SANCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo, Parte General*, Tecnos, Madrid, 2015, pág. 705.



6. EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD O CULPABILIDAD

a) El principio de culpabilidad «a título de simple inobservancia»

El principio de culpabilidad en el ámbito penal no es aplicable como tal en el ámbito administrativo sancionador. La aplicación de la regla del Derecho penal que exige que haya dolo o imprudencia para que pueda imponerse una pena –art. 5 del Código Penal– en el Derecho Administrativo sancionador no se ha aceptado nunca, ya que, si atendemos a la naturaleza de las conductas constitutivas de muchas infracciones y también por la dificultad práctica de probar la culpabilidad en las infracciones en masa –como las infracciones tributarias– muchas de las infracciones cometidas carecerían de sanción, por este motivo el legislador ha sido cauteloso al aplicarlo.

Según la Doctrina la introducción del principio de culpabilidad en el ámbito administrativo es bastante complejo, pues es un sector donde desde hace años ha predominado las cláusulas de responsabilidad objetiva, por las cuales se imponían sanciones exclusivamente en base a la acreditación de los hechos infractores y su imputación a una persona determinada y con independencia del grado de participación del sujeto en tales hechos. Esto ha ocasionado dos posturas contrapuestas entre sí: responsabilidad objetiva y exigencia de culpabilidad – responsabilidad subjetiva–.

Una primera corriente mantiene que el Ordenamiento no exige que la determinación de las consecuencias sancionadoras se fundamenten en la responsabilidad jurídica derivada de la culpabilidad personal, siendo irrelevante por tanto, la intencionalidad del infractor ya que no se requiere una conducta dolosa sino simplemente irregular en la observancia de las normas. Por este motivo, la tipología de responsabilidad en este ámbito del Derecho, es objetiva – SSTS de 30 de enero y 22 de abril de 1985, 21 de octubre de 1983, 27 de abril de 1990–.

La segunda tendencia, por el contrario, se basa en la implantación del principio de culpabilidad o responsabilidad subjetiva, debido a que es considerada esencial

para la existencia del ilícito administrativo. Asentándose, el principio penal de culpabilidad en la jurisdicción administrativa, porque estos principios penales son aplicables y porque junto con la imputabilidad, la culpabilidad es una pieza básica de cualquier sistema sancionador. Se requiere por tanto la comisión de actos personales dolosos y culposos propios del sancionado – STC 76/1990 de 26 de abril¹⁶², SSTs de 22 de febrero de 1992¹⁶³, 5 de junio de 1989¹⁶⁴–.

Para esta segunda orientación la responsabilidad objetiva no puede ser aplicable en el Derecho Administrativo sancionador como lo han manifestado la STS de 9 de julio de 1994 que cita que:

«La potestad sancionadora de la Administración goza de la misma naturaleza que la potestad penal, por lo que, en consecuencia, las directrices estructurales del ilícito administrativo tienden también, como en el ilícito penal, a conseguir la individualización de la responsabilidad, vedando cualquier intento de construir una responsabilidad objetiva o basada en la simple relación con una cosa; por consiguiente, en el ámbito de la responsabilidad administrativa no basta con que la conducta sea antijurídica y típica, sino que también es necesario que sea culpable, esto es, consecuencia de una acción u omisión imputables a su autor por malicia o imprudencia, negligencia o ignorancia inexcusable».

En el mismo sentido la STS de 12 de enero de 1996:

¹⁶² STS 76/1990 de 26 de abril de 1990, «que excluye la imposición de sanciones por el mero resultado y sin atender a la conducta negligente del contribuyente».

¹⁶³ STS de 22 de febrero de 1992, «en todo acto sancionador se requiere, para ser conforme a Derecho, que en la conducta del sujeto pasivo se den los elementos esenciales para que sea sancionable, siendo uno de estos elementos, en aplicación de la teoría del delito, la culpabilidad dolosa o culposa desplegada por el sujeto que sea contraria a la norma antijurídica».

¹⁶⁴ STS de 5 de junio de 1989, «dado el carácter cuasi penal de la actividad administrativa sancionadora uno de los elementos esenciales para la existencia de infracción es la culpabilidad del sancionado, culpabilidad apreciable en toda la extensión de sus diversas gradaciones, de dolo y clases de culpa».



«Una decidida línea jurisprudencial viene rechazando en el ámbito sancionador de la Administración la responsabilidad objetiva, exigiéndose la concurrencia de dolo o culpa, al señalar que aun sin reconocimiento explícito de la CE, el principio de culpabilidad puede inferirse de los principios de legalidad y prohibición del exceso –art. 25 CE– o de las exigencias inherentes al Estado de Derecho; por tanto, en el ilícito administrativo no puede prescindirse del elemento subjetivo de la culpabilidad para sustituirlo por un sistema de responsabilidad objetiva o sin culpa».

Este sector de la Doctrina establecía que esta contrariedad había perdido parte de su trascendencia porque el artículo 130.1 LRJPAC había consagrado el principio de culpabilidad en el ámbito administrativo sancionador. Esto ha sido declarado por la STS de 12 de diciembre de 1995, entre otras muchas:

«La jurisprudencia del Tribunal Supremo, en línea con la del Tribunal Constitucional, ha establecido que la potestad sancionadora de la Administración, en tanto que manifestación del “ius puniendi” del Estado, se rige por los principios del Derecho penal, siendo principio estructural básico el de culpabilidad, incompatible con un régimen de responsabilidad objetiva, sin culpa, encontrándose esta exigencia expresamente determinada en el art. 130.1 LRJPAC, al establecer que “solo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia”».

De esta forma, el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional –STC 76/1990– declaran que el principio de culpabilidad debe regir también en el ámbito administrativo, pues la sanción de la infracción administrativa es una de las manifestaciones del *ius puniendi* del Estado. Asimismo, resulta inadmisibles un régimen de responsabilidad objetiva, es decir, un principio de imputación únicamente objetivo del hecho a una persona sin que intervenga ningún elemento subjetivo. En este sentido, para que exista responsabilidad administrativa debe

concurrir que la infracción se haya cometido con dolo, o al menos, con culpa o imprudencia.

Sin embargo esto no es lo que desprende del artículo 130.1 LRJPAC. Con la LRJPAC es la primera vez que se delimita el principio de culpabilidad en el ámbito sancionador pero lo regula de una forma muy ambigua, artículo 130.1: «*Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia*».

En este precepto legal no alude expresamente ni a la concurrencia de dolo ni de culpa sino que utiliza el confuso término de «*a título de simple inobservancia*». De esta manera, surge la duda si el legislador de 1992 quiso con esta expresión referirse a la culpa, o si por el contrario buscó implantar la responsabilidad objetiva.

Muchos autores y reiterada jurisprudencia, ante este debate descartaban que se alojara en el artículo 130.1 una responsabilidad meramente objetiva. Sin embargo y a tenor de la literalidad de la norma, considero que determina una responsabilidad objetiva y no hace referencia, en un marco de responsabilidad culposa, a la «*culpa in vigilando*» o deber de cuidado. Atendiendo expresamente a esa literalidad de la expresión «*a título de simple inobservancia*», no puede entenderse que esta última palabra se refiera al «deber de cuidado», es decir, no se puede concebir que estas dos expresiones sean términos equivalentes porque no lo son. Distinto es que dentro del contexto de la aplicación de los principios penales al ámbito administrativo sancionador se deba considerar que esa responsabilidad sea subjetiva dado que así lo es en la jurisdicción penal ya que los títulos de imputación criminal se reducen al dolo y a la culpa. Por lo que si el principio de culpabilidad se aplica por analogía al ámbito administrativo sancionador, el cual impone que los sujetos solo podrán ser responsables a título de dolo o de culpa tales requisitos también deberán ser exigidos en el ámbito administrativo. En este sentido, debe entenderse que la «*simple inobservancia*» resultaría contraria al principio de culpabilidad. Por las razones indicadas, del artículo 130.1 de la LRJPAC se desprende una responsabilidad objetiva a pesar de la todos los argumentos en contra de la jurisprudencia y Doctrina.



Esta regulación se modifica con la publicación de la LRJSP, en su disposición 28.1 establece que: «*Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas, así como, cuando una Ley les reconozca capacidad de obrar, los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos, que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa*». Con la introducción de esta novedad –en cuando a disposiciones legales establecidas se refiere porque en el ámbito jurisprudencial y doctrinal esta interpretación siempre ha sido de lo más habitual– por fin se precisa que la responsabilidad en el ámbito administrativo sancionador es subjetiva, estableciendo los requisitos necesarios para que el sujeto infractor del ilícito administrativo sea responsable, «*a título de dolo o culpa*».

b) Responsabilidad Civil derivada del ilícito administrativo

Como novedad también se introduce el apartado segundo del 130 de la LRJPAC configurándose la responsabilidad civil derivada de la comisión de un ilícito administrativo. Este precepto contempla la compatibilidad de la responsabilidad administrativa nacida de la comisión de una infracción y la responsabilidad civil derivada de la misma. Estos dos tipos de responsabilidad operan en planos jurídicos diferentes –administrativo y civil– como lo demuestra la STS de 20 de diciembre de 1990 estableciendo que la indemnización de los daños patrimoniales causados no exime al sujeto de responsabilidad, y en su caso, será administrativa.

La tramitación de las responsabilidades civil y administrativa puede realizarse de forma conjunta o separada¹⁶⁵. Únicamente cuando tales responsabilidades se generen al mismo tiempo podrá extenderse el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración a la exigencia de la responsabilidad civil. Si la responsabilidad civil no se genera al mismo tiempo, la responsabilidad civil seguirá

¹⁶⁵ Art. 22 de la RPPS establece la no exclusión de la existencia de las dos responsabilidades cuando concurren a la vez, declarando en la resolución del procedimiento administrativo la restitución patrimonial o los daños y perjuicios causados, además de la correspondiente sanción administrativa.

existiendo pero su requerimiento ya no tendrá porqué realizarse en un procedimiento administrativo sancionador.

c) Responsabilidad solidaria y subsidiaria

Pese a lo citado en el artículo 130.3 LRJPAC admitiendo la responsabilidad solidaria en relación con las infracciones administrativas, la jurisprudencia ha negado que pueda tener lugar en el derecho sancionador. Así se expone la STS de 9 de julio de 1994¹⁶⁶ o la STS de 16 de mayo de 1995¹⁶⁷.

Sin embargo, no parece que pueda descartarse la aplicación de la responsabilidad solidaria en esta materia, o al menos, en los dos supuestos a los que la norma se refiere.

Si de la comisión de la infracción son responsables varias personas conjuntamente todas ellas deberán ser imputadas y sancionadas en el procedimiento administrativo, respondiendo cada una de ellas solidariamente del cumplimiento de la sanción impuesta – SSTS de 13 de julio de 1987 y 2 de enero de 1992–. Asimismo tendrá la responsabilidad sancionadora el carácter de solidario, cuando de la comisión de una infracción sea responsable un sujeto determinado pero exista otra tercera persona que legalmente tenga el deber de haber prevenido la infracción cometida, en cuyo caso ambos responderán de la sanción solidariamente.

¹⁶⁶ STS de 9 de julio de 1994, FJ 3º, «La responsabilidad solidaria, como forma eficaz de garantizar el cumplimiento de obligaciones contractuales o extracontractuales, no pueden penetrar en el ámbito del Derecho sancionador, porque, de lo contrario, se derrumbaría el fundamento del sistema punitivo, según el cual cada uno responde de sus propios actos sin que quepa, con el fin de una más eficaz tutela de los interés públicos, establecer responsabilidad alguna sancionable solidariamente por actos ajenos».

¹⁶⁷ STS de 16 de mayo de 1995, «La imputabilidad solidaria no solo vulnera el principio de legalidad, sino que contraviene el de responsabilidad personal sobre el que se asienta todo el sistema punitivo, ya que nadie puede ser condenado o sancionado por actos que, bien a título de dolo o de culpa le puedan ser directamente imputados».



Cuando el derecho sancionador así lo determine se podrá imponer la responsabilidad por la comisión de una infracción, con carácter subsidiario en lugar de solidario. Como se alude en el último párrafo del artículo 130.3 LRJPAC la solidaridad o la subsidiariedad se fijará en función del deber de prevención que en cada caso realice el legislador. En la hipótesis que la sanción se declare subsidiaria, la Administración solo se podrá dirigir al responsable subsidiario, en el caso de que se haya producido el incumplimiento de la sanción por el responsable principal, lo que determina que este tipo de responsabilidad subsidiaria solo se aplicará cuando la sanción sea dineraria

No obstante, existen causas que exculpan tal responsabilidad a los infractores, como ocurre en Derecho penal. No cabe imponer una sanción cuando concurra alguna causa de inimputabilidad como puede ser la fuerza mayor, el caso fortuito, el estado de necesidad o la obediencia debida. También el error de hecho invencible¹⁶⁸ que se basa en una interpretación razonable pero errónea del precepto infringido. La aplicación de tales eximentes de responsabilidad deben ser apreciadas a tenor de las circunstancias de cada caso y teniendo en cuenta el principio de buena fe. En todo caso, la Administración debe razonar la responsabilidad del infractor del ilícito, no pudiendo solamente afirmar que existen causas que puedan conllevar esa culpabilidad –SSTS de 15 de octubre de 2009, 11 de marzo de 2010, 27 de marzo de 2010–.

7. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

El principio de proporcionalidad debe ser observado por el legislador a la hora de formular la relación entre las infracciones y las sanciones, ya sea para clasificarlas según su gravedad o para concretar qué sanción le corresponde a cada modalidad de infracciones, como dispone el art. 131.3 LRJPAC «*se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción*» que sea de aplicación. Si este principio no es aplicado a la hora de regular la

¹⁶⁸ GAMERO CASADO, E. y FERNANDEZ RAMOS, S., *Manual Básico de...*, cit., pág. 833: «*Error invencible es aquel que el sujeto no habría superado aunque hubiere actuado con toda la diligencia que le es exigible. En este caso se exige de responsabilidad al sujeto, mientras que si el error es vencible actúa de circunstancia atenuante.*»

relación entre infracciones y sanciones determinará la inconstitucionalidad de la ley sancionadora.

Esta proporcionalidad también ha de estar presente en el momento de aplicar la sanción establecida, realizándose de forma gradual dentro de los márgenes que hayan sido determinados en el tipo legal. El artículo 131. 2 LRJPAC dispone que: *«El establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas»*. Y en ningún caso, una sanción administrativa podrá implicar privación de libertad según el art. 131.1 LRJPAC, como ya fue consagrado por el artículo 25.3 CE, la prohibición de imponer sanciones administrativas que, directa o indirectamente, implicasen privación de libertad.

La proporcionalidad que se difunde por el art. 131 LRJPAC se refiere expresamente a la sanción administrativa, por lo que no cabe cualquier otra medida restrictiva distinta a la sanción que pueda decretarse a lo largo de la tramitación del expediente administrativo, así lo determinó ya la STS de 18 de julio de 1984 y posteriormente se estableció en los artículos 53.2¹⁶⁹ y 96.2¹⁷⁰ de la LRJPAC.

La LRJPAC cita algunos criterios para la graduación de la sanción a aplicar en la vía administrativa –como alude la STS de 30 de octubre de 2011–:

- a) *La existencia de intencionalidad o reiteración.*
- b) *La naturaleza de los perjuicios causados.*
- c) *La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme.*

¹⁶⁹ Art. 53.2 LRJPAC, *«El contenido de los actos se ajustará a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico y será determinado y adecuado a los fines de aquéllos»*.

¹⁷⁰ Art. 96.2 LRJPAC, *«Si fueran varios los medios de ejecución admisibles se elegirá el menos restrictivo de la libertad individual»*.



La concreción de estos principios no impide que sean los únicos criterios a tener en cuenta ya que algunas leyes sectoriales los fijan en sus regulaciones y la LRJPAC admite la aplicación de los mismos. Por este motivo en el nuevo Código administrativo, LRJSP, determina que se considerarán especialmente dichos criterios, pero nada impide que otros criterios para la graduación de la sanción sean de aplicación. Los criterios de graduación de la sanción en la LRJSP en su art. 29 son:

- a) *El grado de culpabilidad o la existencia de intencionalidad.*
- b) *La continuidad o persistencia en la conducta infractora.*
- c) *La naturaleza de los perjuicios causados.*
- d) *La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme en vía administrativa.*

Como se puede comprobar con esta nueva regulación la reiteración ha desaparecido. La reiteración de infracciones se puede definir como un agravante para el infractor cuando comete diferentes acciones infractoras en distintos ámbitos –caza, tráfico, tributario, etc.–, independientemente si estos ámbitos está o no relacionados entre sí. Esto es, que la reiteración se aplicará como agravante aunque las infracciones no tengan relación entre ellas. No está justificada la aplicación de esta agravante con motivo de la reiteración de la infracción administrativa dado que habrán sido cometidas diferentes infracciones que nada tienen que ver con la primera para que sea considerado reiteración, operando en ámbitos administrativos distintos.

Distinto sería la figura de la reincidencia, la cual se mantiene en la LRJSP. A través de la reincidencia se aplica una sanción mayor a aquel infractor que hay cometido varias infracciones en un corto periodo de tiempo del mismo ámbito, por ejemplo en el ámbito de tráfico.

Además se ha introducido un criterio nuevo de graduación de la sanción en la LRJSP que se refiere a la «*continuidad o persistencia en la conducta infractora*» teniéndose en cuenta si el infractor ha intentado cometer o ha cometido la

conducta infractora con anterioridad y aplicarse en este sentido la sanción correspondiente.

Como novedad en la regulación del principio de proporcionalidad se incluyen dos nuevos apartados, 29.4, 5 y 6 LRJSP.

«4. Cuando lo justifique la debida adecuación entre la sanción que deba aplicarse con la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y las circunstancias concurrentes, el órgano competente para resolver podrá imponer la sanción en el grado inferior.»

5. Cuando de la comisión de una infracción derive necesariamente la comisión de otra u otras, se deberá imponer únicamente la sanción correspondiente a la infracción más grave cometida.

6. Será sancionable, como infracción continuada, la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión.»

En esta disposición el órgano competente puede imponer la sanción en grado inferior siempre que sea justificado atendiendo a la gravedad del hecho constitutivo de la infracción. En este sentido, también se ha de justificar, motivando y exponiendo sus razones la sanción que se adopta para una determinada infracción.

En el punto quinto hace referencia a la sanción aplicable cuando el infractor comete varias infracciones las cuales dan lugar a concurso –real o ideal–, es decir, que la comisión de una infracción ha llevado a la comisión de otra distinta, solo se deberá imponer la sanción de la infracción más grave que haya cometido.

En el precepto 29.6 LRJSP establece lo que se manifiesta como infracción continuada pudiéndose ser sancionada como tal.



El principio de proporcionalidad se conoce como un límite a la discrecionalidad administrativa dado que las leyes no determinan sanciones de cuantía fija, si no que existe un intervalo de opciones.

8. LA PRESCRIPCIÓN DE LAS INFRACCIONES Y DE LAS SANCIONES

Con la regulación del artículo 132 de la LRJPAC se introduce un novedoso precepto general sobre los plazos generales de prescripción del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, de las infracciones y de las sanciones administrativas. Con este precepto se pone fin a las críticas que se manifestaron contra la regulación del procedimiento sancionador contenida en la derogada Ley de Procedimiento Administrativo de 1957. Tal ausencia, ligado al silencio de la legislación administrativa especial hizo que nos encontráramos con una de las más significativas lagunas del Derecho Administrativo. No obstante la prescripción siempre ha operado en el Derecho sancionador de la administración, dándose por la jurisprudencia una respuesta positiva a la incorporación de la prescripción en el ámbito sancionador¹⁷¹.

El artículo 132.1 LRJPAC establece que *«Las infracciones y sanciones prescribirán según lo dispuesto en las leyes que las establezcan»* y de forma supletoria se

¹⁷¹ STS de 7 de marzo de 1981, *«el instituto de la prescripción constituye un concepto fundamental en el juego de las relaciones jurídicas de todo orden, como uno de los cauces principales para conseguir la necesaria seguridad jurídica que la vida comunitaria exige, y sus efectos alcanzan por tanto al ámbito del derecho penal y sancionadora [...], y en la que por consiguiente ha de quedar comprendido también el Derecho Administrativo, especialmente en su aspecto sancionador al no existir razones hábiles en contrario y ello aunque la institución de que se trata no tenga una mención expresa en la norma específica aplicada»*.

Como así también la STS de 11 de abril de 1989, *«el instituto de la prescripción penal es aplicable al Derecho Administrativo sancionador, y ello aunque la disposición no tenga norma expresa que la regule, pues la aplicación de la prescripción de las sanciones administrativas se produce por la común sujeción de ambos ordenes, penal y administrativo, a idénticos principios de la actividad pública punitiva o sancionadora, que impide aplicar al sancionado por una infracción administrativa un trato peor que al delincuente reservado el CP»*.

activaran los plazos de prescripción para infracciones y sanciones, los cuales serán:

- a) Plazo de las infracciones:
 - muy graves: 3 años
 - graves: 2 años
 - leves: 6 meses
- b) Plazo de las sanciones:
 - muy graves: 3 años
 - graves: 2 años
 - leves: 1 año

El cómputo del plazo comienza desde el día en que la infracción se hubiera cometido. Por tanto la fecha inicial no es el día que la Administración tenga conocimiento de ello sino cuando la infracción hubiera sido cometida como se establece en el artículo 132.2 LRJPAC. El principal problema que plantea la aplicación de este principio es la determinación del «dies a quo» cuando la Administración no tenga constancia de la fecha exacta que se cometió la conducta ilícita y como consecuencia, dificulta la delimitación de la prescripción. Ante el desconocimiento de la fecha de comisión de la infracción le corresponderá al infractor la carga de acreditar dicha fecha en el procedimiento ya iniciado, que será adoptada por la Administración siempre que su certeza quede demostrada. Si el presunto infractor no lograra demostrar el «dies a quo» la única fecha será aquella que la Administración tenga conocimiento de la comisión del ilícito.

Sin embargo, esta regla puede plantear problemas sobre todo a la hora de infracciones continuadas. La LRJPAC no da respuesta a esta cuestión, siendo en las leyes sectoriales las que fijan que el plazo de inicio de las infracciones continuadas que comenzará a computarse a partir de la total consumación de la conducta constitutiva de infracción, es decir, desde el cese completo de la infracción, por ejemplo desde que concluya la realización de una obra ilegal o destinar a uso distinto una vivienda de protección oficial. Este tipo de conductas se prolongan en el tiempo y el plazo de prescripción comienza cuando el comportamiento infractor finaliza, tal y como se establece en numerosa jurisprudencia –SSTS de 10 de noviembre de 1999, 13 de marzo de 2002, 14 de septiembre de 2009, 16 de



marzo de 2012—. En el caso de infracciones permanentes, la jurisprudencia entiende que la infracción se sigue cometiendo cualquiera que sea la fecha de inicio, y por tanto no se inicia el plazo de prescripción de la infracción. Es decir, tanto la infracción continuada como la permanente han merecido un trato igualitario en referencia a la determinación del «dies a quo» de su prescripción, que es el día cuando finaliza definitivamente el comportamiento del infractor y se elimina la situación ilícita¹⁷².

Pero esta materia no se regula legalmente hasta la publicación del nuevo artículo 30.2 de la LRJSP, dedicado a la Prescripción. El precepto dispone que *«El plazo de prescripción de las infracciones comenzará a contarse desde el día en que la infracción se hubiera cometido. En el caso de infracciones continuadas o permanentes, el plazo comenzará a correr desde que finalizó la conducta infractora»*—. Se establece, por tanto, que comenzará a computarse el plazo de prescripción para las infracciones continuadas o permanentes. En este sentido, viene a confirmar lo ya aportado por la jurisprudencia en reiteradas sentencias pero que en una primera regulación administrativa —la LRJPAC— el legislador no lo menciona.

En cuanto a la interrupción del plazo de prescripción de las infracciones el art. 132.2 LRJPAC establece: *«Interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento sancionador, reanudándose el plazo de prescripción si el expediente sancionador estuviera paralizado más de un mes por causa no imputable al presunto responsable»*. Por tanto, el inicio de las informaciones previas o diligencias reservadas que pudieran practicarse previamente, no interrumpe la prescripción de la infracción, previsto por el artículo 12 RPPS y como ya había declarado la jurisprudencia —SSTS de 20 de diciembre de 1986, 26 de mayo de 1987—. No obstante, esto no es así en todos los ámbitos —como en las infracciones tributarias y del orden social—, en estos sectores materiales se establece que *«la iniciación de las actuaciones inspectoras*

¹⁷² STS de 2 de abril de 1996, *«en las infracciones derivadas de una actividad continuada, la fecha inicial del cómputo prescriptivo será la de la finalización de la actividad o la del último acto con el que la infracción se consuma»*. En el mismo sentido las SSTS de 9 de febrero de 1983, 18 de febrero de 1985.

conducente a la comprobación de la infracción tributaria, con conocimiento formal del sujeto pasivo, comporta ya la interrupción en el cómputo de los plazos de prescripción¹⁷³».

En este caso, si nos fijamos en la literalidad de la disposición legal, indica que *«reanudándose el plazo de prescripción»*, lo cual quiere decir, que debido a la inactividad de la Administración se reanuda el plazo de prescripción. Se podría aducir que existe una imprecisión técnica a la hora de relacionar el título del artículo 132 LRJPAC –«prescripción»– y la redacción del artículo –«reanudar»–.

El plazo de prescripción consiste en que puede ser interrumpido en cualquier momento mediante el ejercicio del derecho, si una vez practicado ese ejercicio del derecho siguiese incumplido por parte del sujeto pasivo, comienza de nuevo el plazo de prescripción, pudiendo volver a ser interrumpido posteriormente. La definición del término «reanudar» según la RAE¹⁷⁴ es *«Renovar o continuar el trato, estudio, trabajo, conferencia, etc.»*, es decir, retomar lo que se había interrumpido. Ahora bien, si comparamos ambos términos existe una vaguedad técnica porque se habla de plazos de preinscripciones, los cuales una vez interrumpidos deben comenzar a contarse de nuevo, mientras que la redacción de la disposición es contradictoria con este término dado que establece que se debe reanudar el plazo, esto es, continuar el plazo donde se vio interrumpido.

En realidad, y atendiendo a la práctica de la aplicación de los plazos de prescripción, éstos se computan en el artículo 132.2 de la LRJPAC como si fuesen de caducidad –reanudándose en el momento que quedó el plazo antes de la interrupción–, y no son plazos de prescripción como el título del referido artículo menciona. Esta deficiencia técnica genera un error a la hora de aplicar dichos plazos no sabiendo realmente si se trata de un plazo de prescripción o de caducidad –muy importante la diferencia entre ellos en el momento de aplicación–. La práctica jurídica da respuesta a esta cuestión: se trata de un plazo de caducidad.

¹⁷³ GAMERO CASADO, E. y FERNANDEZ RAMOS, S., *Manual Básico de...*, cit., pág. 835.

¹⁷⁴ DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: <http://dle.rae.es/?w=diccionario>



En este sentido, el artículo 30.2 de LRJSP prácticamente coincide en su redacción con el art. 132.2 LRJPAC pero con un matiz muy importante: *«Interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, de un procedimiento administrativo de naturaleza sancionadora, reiniciándose el plazo de prescripción si el expediente sancionador estuviera paralizado durante más de un mes por causa no imputable al presunto responsable»*. Con la modificación se pasa de «reanudar» a «reiniciar». La definición de este verbo según la RAE¹⁷⁵ es *«Recomenzar. Volver a comenzar»*, lo que significa que se subsana con el término «reiniciar» la imprecisión técnica a la que anteriormente nos hemos referido. El artículo 30 de la Ley 40/2015 regula los plazos de prescripción de las infracciones y sanciones, sin embargo, en esta ocasión la redacción del precepto sí que está ligada de forma correcta al título del artículo 30.

El último párrafo del art. 132.3 LRJPAC menciona la interrupción del plazo de prescripción de las sanciones: *«Interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento de ejecución, volviendo a transcurrir el plazo si aquél está paralizado durante más de un mes por causa no imputable al infractor»*.

En esta ocasión el artículo 132.3 LRJPAC utiliza la expresión *«volviendo a transcurrir el plazo»*. Pero, ¿realmente que quiere decir *«volviendo a transcurrir el plazo»*? ¿Se refiere a un plazo de caducidad o un plazo de prescripción? En mi opinión se trata de un plazo de prescripción, debido a que la frase *«volviendo a transcurrir el plazo»* implica que se ha de reiniciar de nuevo el plazo. Esta vez, por tanto, el plazo es de prescripción.

Es algo paradójico que en el mismo artículo –el 132 de la LRJPAC–, en su punto segundo el plazo sea de caducidad y en el punto tercero el plazo que desarrolla deba ser considerado de prescripción, teniendo en cuenta que todo ello se encuentra bajo la rúbrica del mismo precepto, el cual se titula *«Prescripción»*.

En su artículo homólogo la nueva regulación, la LRJSP, señala lo ya enumerado en el artículo 132 de la Ley 30/1992, utilizando también la expresión *«volviendo a*

¹⁷⁵ DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: <http://dle.rae.es/?w=diccionario>

transcurrir el plazo», por lo que se trataría de un plazo de prescripción. En esta ocasión, los plazos del artículo 30 de la LRJSP sí que coinciden con la denominación de su título, siendo plazos de prescripción tanto para las infracciones como las sanciones.

Además el artículo 132.3 determina que: *«El plazo de prescripción de las sanciones comenzará a contarse desde el día siguiente a aquel en que adquiera firmeza la resolución por la que se impone la sanción»*. Este plazo comienza a contarse desde el día siguiente al que adquiere firmeza la resolución por la que se dicta la sanción, firmeza en la vía administrativa. De esta manera, si no se resuelve expresamente el recurso de alzada se entiende desestimado por silencio administrativo, y debe determinarse el «dies a quo» de la prescripción cuando aquélla se adopte por este acto presunto. En cambio, si la decisión del recurso es expresa, el día inicial del cómputo es el siguiente al día de notificación.

La determinación de la fecha final –del artículo 132.3 LRJPAC–, es fijada por la Doctrina del Tribunal Supremo indicando que la prescripción de la infracción termina en el momento que la Administración dicta la resolución administrativa, ejerciendo de este modo su potestad sancionadora. No obstante, ante la impugnación de sanciones unido a la demora de la administración en la resolución del recurso administrativo, dará lugar al silencio negativo –resolución desestimatoria, según el artículo 43.2 LRJPAC– y no tendrá ya importancia para el plazo de prescripción de la infracción, pero sí para el plazo de prescripción de la sanción.

Con la incorporación del nuevo párrafo en el artículo 30 de la LRJSP se resuelven las cuestiones planteadas en este debate doctrinal: *«En el caso de desestimación presunta del recurso de alzada interpuesto contra la resolución por la que se impone la sanción, el plazo de prescripción de la sanción comenzará a contarse desde el día siguiente a aquel en que finalice el plazo legalmente previsto para la resolución de dicho recurso»*. Con esta nueva regla se fija el momento que se comenzará a contar el cómputo de prescripción de la sanción, si el recurso de alzada ha sido desestimado. Esta consolidación normativa era necesaria debido a las discrepancias notables entre los dos sectores doctrinales: la primera que el silencio administrativo negativo conlleva el inicio del plazo de prescripción de la



sanción y la segunda que el silencio administrativo negativo no ganará firmeza y no se iniciaría el cómputo.¹⁷⁶

9. EL PRINCIPIO DE CONCURRENCIA DE SANCIONES. *NON BIS IN IDEM*

La regulación normativa de las sanciones administrativas a día de hoy es muy imperfecta y como consecuencia de ello es frecuente que una misma conducta está tipificada como ilícita en diferentes textos legales a la vez, bien en una ley administrativa y en el Código Penal, o bien en varias leyes administrativas o en distintos preceptos de una misma ley administrativa –conurrencia de delito penal e infracción administrativa o concurrencia de infracciones administrativas–.

En otras ocasiones puede ocurrir que una misma conducta se integre en dos o más disposiciones sancionadoras diferentes dado que una tiene un contenido más amplio que otra, o también puede suceder que una de las conductas tipificadas presupone otra que también lo está en otra norma distinta, el concurso ideal y medial de sanciones respectivamente. Es decir, surge la duda cuando la infracción se comete de forma reiterada o continuada en el tiempo, cuestionando si se trata de una o varias infracciones tipificadas.

La aplicación estricta de las sanciones penales y administrativas a los hechos infractores produciría la imposición de varias sanciones por una única conducta a un determinado sujeto, independientemente de si la conducta se ha realizado de forma simple o continuada. Pero existe un principio general del Derecho, el principio *non bis in idem* que prohíbe imponer varias sanciones –ya sean penales o administrativas, o varias administrativas– cuando concurren identidad de sujeto infractor, hecho y fundamento de las mismas. Este principio fue constitucionalizado pues desde la STC 2/1981¹⁷⁷ de 30 de enero, se encuentra

¹⁷⁶ Referencia al Anexo núm. 1, Figura 2.

¹⁷⁷ STC 2/1981, de 30 de enero, FJ 4º, «si bien no se encuentra recogido (el principio “non bis in idem”) en los arts. 14 a 30 de la Constitución, que reconocen los derechos y libertades susceptibles de amparo (art. 53.2 de la Constitución y art. 41 de la LOTC), no por ello cabe silenciar que como entendieron los parlamentarios en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso al prescindir de él en la redacción del

incluido en el precepto constitucional del 25.1 CE, inherente al principio de legalidad.

Pero no solo el artículo 25.1 de la CE cubre el principio de *non bis in idem*, como menciona la STS de 6 de mayo de 1987, deriva del precepto 10.2 CE al encontrarse recogida en los Textos Internacionales sobre Derechos Humanos, o asimismo se desprende del artículo 9.3 de la CE relativo a la seguridad jurídica, como lo manifiesta la STS de 26 de febrero de 1993, o incluso del principio de proporcionalidad¹⁷⁸. También podría encuadrarse este principio dentro del artículo 24.2 CE dado que reconoce el derecho a no ser enjuiciado penalmente más de una vez por unos mismos hechos.

Posteriormente fue regulado en la LRJPAC, en su artículo 133: *«No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento»*, que recogiendo la Doctrina del Tribunal Constitucional establece que para la aplicación del principio de concurrencia de sanciones no solo es necesario que haya coincidencia en el «sujeto» y «hecho» sino también en el «fundamento» de las dos sanciones que debe ser el mismo, se debe apreciar y operar sobre esta triple identidad¹⁷⁹ –identidad subjetiva, identidad de objeto e identidad de acción–. El art. 133 de la LRJPAC consagra la imposibilidad de que la potestad sancionadora de la Administración pueda ejercerse sobre ilícitos que con anterioridad hubieran

art. 9 del Anteproyecto de Constitución, va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos principalmente en el art. 25 de la Constitución».

Esta Doctrina ha sido afianzada con las SSTC 77/1983, 159/1985, 66/1986, 94/1986,... así como por el TS: SSTS de 3 de junio de 1987, de 3 de abril de 1990, 18 de diciembre de 1991,... En el mismo sentido se ha pronunciado la Doctrina como Serrano Alberca, Muñoz Quiroga, Garrido Falla, Boix Reig.

¹⁷⁸ STC 154/1990 de 15 de octubre, FJ 3º, *«aplicada una determinada sanción a una específica infracción, la reacción punitiva ha quedado agotada. Dicha reacción ha tenido que estar en armonía con la acción delictiva, y la correspondiente condena ha de considerarse como autosuficiente desde una perspectiva punitiva, por lo que aplicar otra sanción en el mismo orden punitivo representaría la ruptura de esa proporcionalidad, [...] una sanción desproporcionada respecto a la infracción cometida».*

¹⁷⁹ STC 2/1981, de 30 de enero.



sido objeto de una sanción o una pena, ya sea en el ámbito penal o administrativo. Sin embargo, en la práctica esta regla presenta problemas.

a) Concurrencia de sanción penal y administrativa

Existe una preeminencia de la sanción penal con respecto a la sanción administrativa. Según la STS de 23 de noviembre de 2005 no es lícito tipificar como infracción administrativa una conducta ya tipificada como delito, siempre que concurra las tres identidades: sujeto, objeto y fundamento. En el supuesto caso de que se hubiese iniciado ya un procedimiento administrativo sancionador, deberá suspenderse el expediente, como se establece en el artículo 5.1 del RPPS, en espera del pronunciamiento judicial penal. El principio *non bis in idem* desarrolla su eficacia «ex post», es decir, impide la nueva sanción cuando una infracción ha sido ya sancionada con anterioridad.

Sin embargo, la condena penal sería inviable si ya existe una resolución administrativa sancionadora –STC 177/1999– o de entenderse que la sanción penal prevalece sobre la administrativa dejaría sin efecto la sanción administrativa, o implicaría su anulación o revisión. Esta situación es habitual por la rapidez en el procedimiento administrativo con respecto al procedimiento penal. Para evitar este tipo de problemas, la legislación vigente del principio *non bis in idem* saca una dimensión procedimental que se basa en que iniciada una instrucción penal, la Administración no puede ni continuar ni emitir resolución del expediente sancionador por los mismo hechos, con el mismo fundamento y contra la misma persona –art. 7.1 RPPS–. Es conocida como una manifestación «ex ante», la cual elimina la posibilidad de que un mismo hecho ilícito pueda ser enjuiciado a la misma vez por los órganos penales y los sancionadores administrativos.

El principio *non bis in idem* acota el margen de esta potestad sancionadora al prohibir que los órganos administrativos actúen sobre un acto ilícito cuando el mismo esté siendo conocido por la jurisdicción penal o la jurisdicción administrativa sancionadora mostrándose proclives a la preferencia de la Jurisdicción penal, y por ende a la subordinación de la Administración e implica,

por tanto, la paralización del procedimiento administrativo durante el proceso penal.

Distinto sería si la sentencia penal es absolutoria. En este caso, es posible iniciar o reanudar el procedimiento administrativo y determinar si es conveniente imponer la sanción administrativa que corresponda. Es decir, la ausencia de responsabilidad penal no conlleva la no responsabilidad administrativa. Pero hay que tener en cuenta que los hechos probados por el Juez penal son vinculantes al procedimiento administrativo, debido a que, como bien afirma el Tribunal Constitucional, unos determinados hechos no pueden existir o dejar de existir para órganos diferentes del Estado – SSTC 77/1983, STS de 23 de septiembre de 2013–. En cambio, la Administración no está vinculada en cuanto a la valoración de los hechos que se hayan realizado en el ámbito penal, pudiendo no coincidir. Ahora bien, si la en la sentencia penal no han sido probados los hechos, la Administración sí podrá practicar las pruebas para probarlos posteriormente.

Se admitirá una sanción en la vía administrativa si ya hay condena en la vía penal, cuando la sanción administrativa por los mismos hechos tenga distinto fundamento, es decir, cuando los bienes jurídicos protegidos por la norma penal sean distintos a los protegidos por la norma administrativa.

Es admisible constitucionalmente¹⁸⁰ la dualidad de sanciones en las relaciones de sujeción especial. Las relaciones especiales de sujeción son aquellas «*que se producen entre la Administración y los administrados que se sitúan en una posición más vinculada a su organización que el resto de los ciudadanos por trabajar para ella, por realizarle obras encargadas, por prestar un servicio en su nombre, por estar interno en alguno de sus centros penitenciarios*»¹⁸¹. Esto sucede con las sanciones disciplinarias a funcionarios siempre y cuando el fundamento de

¹⁸⁰ La STC 2/1981, de 30 de enero, –continuada de una numerosa corriente jurisprudencial preconstitucional SSTs de 13 de octubre de 1958, 21 de octubre de 1960, 3 de julio de 1965–, y como admite la como admite la STC 112/1990

¹⁸¹ GARBERÍ LLOBREGAT, J., *El procedimiento Administrativo Sancionador*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 201-202.



ambas sanciones no sea coincidente –por ejemplo en el caso de los funcionarios públicos: a un agente de policía se le condena penalmente por conducir ebrio y se le aparta del Cuerpo de policía–. La doble sanción se produce porque la infracción administrativa protege el buen funcionamiento de los servicios del orden interno de la Administración –SSTS de 13 de enero de 1998, 12 de marzo de 1999, 30 de mayo y 28 de noviembre de 2000, 8 de marzo de 2002, 27 de febrero de 2009, 3 de noviembre de 2014–. Ahora bien, la única causa que justifica la duplicidad sancionadora en las relaciones especiales de sujeción es la de la diversidad del bien jurídico protegido, «fundamento», entre las normas penales y las disciplinarias¹⁸².

En consecuencia, para que sea admisible la sanción disciplinaria impuesta por una conducta ya sancionada penalmente es imprescindible que el interés jurídicamente protegido sea diferente y que la sanción sea proporcionada a esa protección. La sola relación de sujeción especial no es suficiente para la no aplicación del principio *non bis in idem*, ya que en algunas ocasiones las normas penales y las administrativas tienen la misma finalidad.

b) Concurrencia de sanciones administrativas

Con la aplicación del principio *non bis in idem* se excluye la imposición de dos o más sanciones administrativas al cometer unos mismos hechos, mismo sujeto e idéntico fundamento según lo regula en artículo 5.1 RPPS, además de las SSTC 188/2005 y 189/2013.

¹⁸² STS de 23 de marzo de 1982, FJ 3º, «*las sanciones penales son compatibles con las disciplinarias, puesto que responden a vulneraciones de ordenamientos diferentes y actúan como reacciones sancionadoras en ámbitos diferenciados, que no pueden por ello, justificar alegatos de sanciones reduplicadas, atentatorias al principio “non bis in idem”*»; o la STS de diciembre de 1991, «*la duplicidad de sanciones en el ámbito de relaciones de poder especial no vulnera el principio “non bis in idem” desde el momento en que el bien jurídico protegido en cada una de las relaciones de poder (general-delito y especial-infracción administrativa) es diferente*».

Los problemas que se crean por la concurrencia de varias sanciones administrativas –a diferencia del epígrafe anterior que se solucionan con las normas–, se solventan con la jurisprudencia¹⁸³ atendiendo a la aplicación analógica de las normas penales. Esto no ha impedido que en RPPS se introdujeran algunas disposiciones de carácter supletorio como es el artículo 5.2 pero con referencia exclusiva a los procedimientos sancionadores declarados por la Administración comunitaria. Expone que si durante la tramitación de un procedimiento sancionador la autoridad administrativa interna tiene conocimiento de que esos mismos hechos están siendo objeto de otro procedimiento sancionador ante los Órganos Comunitarios Europeos, podrá aplazar su decisión hasta que dicte una resolución firme. En este caso, si los órganos europeos imponen una sanción, la Administración interna deberá tenerla en cuenta a efectos de graduar la misma para su imposición. Esta disposición legal se considera incompleta porque no perfecciona la simultaneidad de dos procedimientos administrativos ante órganos distintos de la Administración española.

Por estos múltiples problemas que se plantean ante la tramitación de dos procedimientos sancionadores con identidad de sujeto, hecho y fundamento es necesario indicar que uno de ellos sea suspendido temporalmente hasta la resolución del otro, y normalmente la suspensión deberá recaer sobre el iniciado en fecha posterior.

Puede darse la situación de que a un mismo hecho se le aplican dos normas sancionadoras por referir éstas de manera coincidente el supuesto de hecho, se conoce como concurso ideal de dos normas sancionadoras. Se presenta un mismo hecho tipificado en dos normas, una de ella más general que engloba a la más específica. En este caso, solo se aplicará una de las dos normas, bien según el

¹⁸³ STC 94/1986, de 8 de julio, FJ 3º, «el principio “non bis in idem” impone [...] la prohibición de que, por autoridades de un mismo orden y a través de procedimientos distintos, se sancione repetidamente una misma conducta, por entrañar esta posibilidad una inadmisibile reiteración en el ejercicio del “ius puniendi” del Estado».

En igual sentido las SSTC 159/1985, 23/1986 y la STS de 18 de julio de 1984.



criterio de especialidad o de competencia, escogiendo la norma que imponga una sanción más elevada.

Puede producirse un concurso real de infracciones administrativas que es el caso en que unos mismos hechos constituyen dos infracciones tipificadas distintamente. O aquel en que una infracción es el medio para la comisión de otra, conocido como concurso medial. Esta concurrencia de infracciones administrativas puede dar lugar a sanciones diferentes siempre que se trate de infracciones independientes, o bien a la aplicación de la sanción más grave.

Si existe una infracción continuada o varias sucesivas en el tiempo se deberá verificar si se tipifican en igual disposición. A este efecto el artículo 4.6 RPPS dispone que *«será sancionable como infracción continuada la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión»*.

A pesar de las continuas manifestaciones de una normativa poco específica, sobre todo por la simultaneidad de dos procedimientos administrativos idénticos, la modificación de la LRJPAC no regula mucho más. El nuevo precepto de la ley 40/2015, establece:

Artículo 30 de la LRJSP. Concurrencia de sanciones:

«1. No podrán sancionarse los hechos que lo hayan sido penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento.

2. Cuando un órgano de la Unión Europea hubiera impuesto una sanción por los mismos hechos, y siempre que no concurra la identidad de sujeto y fundamento, el órgano competente para resolver deberá tenerla en cuenta a efectos de graduar la que, en su caso, deba imponer, pudiendo minorarla, sin perjuicio de declarar la comisión de la infracción.»

El punto primero reiterara lo ya previsto en el artículo 133 de la LRJPAC, correspondiente al principio *non bis in idem*. No perfecciona tampoco nada con su segundo apartado referido a la simultaneidad de dos procedimientos administrativos, uno ante la Administración Española y otro ante Órganos Comunitarios, lo ya regulado en el artículo 5.2 del RPPS. Con esta nueva ley el principio *non bis in idem* sigue estando lo incompleto que estaba antes en cuanto a la dualidad de procedimientos administrativos sancionadores se refiere, y por ende, se seguirá aplicando la jurisprudencia y Doctrina para dar solución a tal simultaneidad.

10. EL PRINCIPIO DE ANTIJURICIDAD

Todas las conductas tipificadas como infracciones deben ser siempre antijurídicas, esto es, contrarias al Ordenamiento Jurídico. Sin embargo, no todas las conductas antijurídicas están tipificadas, solo una parte de esas conductas antijurídicas han sido tipificadas en las disposiciones legales, por ello se parte de la presunción de que todas aquellas conductas típicas son también antijurídicas.

No obstante, esta conclusión presenta algunas excepciones como puede ser la legítima defensa y el estado de necesidad justificante en el Código Penal. En estas ocasiones la conducta típica y antijurídica, en un primer momento, estará justificada, y por este motivo no será antijurídica.

Un peculiar caso es cuando una conducta que aparentemente se ajusta a la acción u omisión tipificada en la normativa, no es considerada como antijurídica dado que constituye el ejercicio legítimo de un derecho fundamental y por ende no puede ser objeto de sanción –SSTC 185/2003, 124/2005–. Por ejemplo, la negativa a autoinculparse no puede ser considerada como una infracción de falta de colaboración con la propia Administración. En este mismo sentido, tampoco se ha de sancionar la conducta de un particular que no permite el acceso a su domicilio sin autorización judicial, dado que solo está ejerciendo su derecho a la inviolabilidad del domicilio –SSTSJ de Madrid de 31 de marzo de 2011–.



11. CONCLUSIONES

Tras el estudio exhaustivo de los principios de la potestad sancionadora en el ámbito administrativo sancionador, concluimos que:

Tras un periodo preconstitucional de mínima e insuficiente regulación sobre la materia en el que la jurisprudencia trató de cubrir las lagunas del Derecho Administrativo sancionador, se promulga la Constitución y se asientan con ella los principios básicos del Derecho Administrativo sancionador. La potestad sancionadora de las Administraciones Públicas se concreta legalmente por primera vez en dos preceptos de la Constitución de 1978: arts. 25.1 y 24.2 CE. Su ubicación en la Carta Magna convierte a estos principios del Derecho penal en Derechos Fundamentales.

El Tribunal Constitucional extiende estos principios constitucionales no solo a la materia penal sino también al ámbito sancionador administrativo por la identidad de los mismos. Estos principios no pueden aplicarse íntegramente en los procedimientos administrativos sancionadores, sino que deben ser aplicados con los ajustes y matices que se requieran en este ámbito. Por lo tanto, la Doctrina y la jurisprudencia han contribuido decididamente a que los principios del Derecho penal se apliquen al orden administrativo sancionador, pero con ciertos matices, y en ámbitos diferentes en los que también se ejerce el *ius puniendi* del Estado.

Esta identidad de principios punitivos entre el Derecho penal y el Derecho sancionador Administrativo se impulsó por la jurisprudencia hasta que en 1992 se aprueba la LRJPAC con el objetivo de unificar la Doctrina de la época codificándola en normas jurídicas administrativas. Con esta misma finalidad se publica la LRJSP consolidándose en una única norma textos legales administrativos muy relevantes. Tanto en la Ley 30/1992 como en la recientemente aprobada Ley 40/2015 se regulan los principios básicos del Derecho Administrativo sancionador y concluiremos determinando las diferencias entre la LRJPAC y la LRJSP en cada uno de ellos.

El principio de legalidad se encuentra regulado en el artículo 25.1 CE y en el artículo 127.1 LRJPAC, impone que, en ausencia de ley formal, la Administración no pueda sancionar. Su disposición homóloga en la nueva regulación se encuentra en el artículo 25 de la LRJSP. El significado del principio de legalidad no ha sido modificado con respecto a la Ley 30/1992, así como las reglas de atribución de la competencia a los órganos administrativos a la hora de ejercitar la potestad sancionadora de la Administración –art. 25.1 y 25.2 LRJSP–. En cambio, el epígrafe tercero presenta una novedad sustancial y las disposiciones que se recogen en el Capítulo I, referido a los principios de la potestad sancionadora, se extienden al personal a su servicio. Debemos recordar aquí que hasta esta publicación la Ley 30/92 estipulaba que no eran de aplicación tales disposiciones para ese sector de la Administración. El último apartado del precepto –art. 25.4 LRJSP– sirve para delimitar a quién no se aplicará la potestad sancionadora de la administración. En este sentido a diferencia de la Ley en vigor, la LRJSP concreta que los principios de la potestad sancionadora habrán de aplicarse, también, al ejercicio de la potestad disciplinaria.

El principio de tipicidad se regula en el artículo 129 LRJPAC y en el 27 LRJSP. El concepto del principio de tipicidad se mantiene en la Ley 40/2015 y sigue anclado en la exigencia de que las infracciones deben estar tipificadas en una ley para ser consideradas como tal, al igual que la sanción administrativa que se deba imponer como reacción jurídica frente a la contravención de la norma.

El principio de irretroactividad se explicita en el artículo 9.3 CE y 128 LRJPAC, y en la nueva ley se regula en el artículo 26 LRJSP. Esta nueva regulación reitera lo ya dispuesto en la Ley 30/1992 estableciendo el principio de irretroactividad de las disposiciones no favorables y el de retroactividad de las favorables. Asimismo y como novedad, concreta el alcance de esa retroactividad favorable a todos los elementos de la potestad sancionadora: infracción, sanción y prescripción, pudiéndose hablar entonces, de una mejora técnica.

El principio de responsabilidad o culpabilidad se recoge en el artículo 130 LRJPAC. A pesar de que una numerosa Doctrina y jurisprudencia se había pronunciado en contra de la responsabilidad objetiva acuñada a título de «*simple inobservancia*», con la publicación de la LRJSP, en su disposición 28.1 establece la responsabilidad



administrativa «a título de dolo o culpa» y exigiendo con ello que la responsabilidad sea subjetiva.

La LRJPAC recoge el principio de proporcionalidad en el artículo 131, mientras que en la Ley 40/2015 es regulado en el artículo 29. El principio de proporcionalidad en los dos preceptos se basa en la debida adecuación de los medios empleados a los fines perseguidos en el ámbito administrativo sancionador. Sin embargo, en el art. 29.3 LRJSP, referido a los criterios de graduación de la sanción, se puede apreciar que la «reiteración» ha desaparecido, además de incluir la continuidad de la conducta infractora como un elemento determinante para el cómputo del plazo de prescripción de las infracciones.

Como novedad también se incluyen dos apartados, el 29.4 y 5 LRJSP, pudiéndose imponer la sanción inferior en grado siempre que sea motivada y en función de la gravedad del hecho. Ante la comisión de varias infracciones que dan lugar a concurso solo se deberá imponer la sanción de la infracción más grave que haya cometido. En el precepto 29.6 LRJSP hace mención a las infracciones continuadas y la sanción.

La prescripción de las infracciones y de las sanciones se regula en el artículo 132 LRJPAC y posteriormente en el artículo 30 LRJSP. Una novedad destacable en la LRJSP es que establece reglas para determinar cuándo comenzará a contarse el plazo de las infracciones continuadas, que será desde la finalización de la conducta infractora. Tal plazo anteriormente se determinaba con las leyes sectoriales o era fijado por la jurisprudencia.

En este principio existe otra importante modificación en la prescripción de las infracciones –art. 132.2 LRJPAC y 30.2 LRJSP–, se sustituye el término «reanudar» por «reiniciar», de esta forma se pasa de un plazo de caducidad en la aplicación práctica de los plazos, a un plazo de prescripción, evitándose de este modo la discordancia, que todavía existe, entre la redacción y el propio título del precepto. Ocurre lo mismo en los artículos referentes a la prescripción de la sanción –arts. 132.3 LRJPAC y 30.3 LRJSP–, la expresión «*volviendo a transcurrir el plazo*» se considera como un plazo de prescripción en la práctica. Las reglas que introduce

el nuevo artículo 30 de la LRJSP sí que coinciden con la denominación de su título, siendo plazos de prescripción tanto para las infracciones como las sanciones.

La concurrencia de sanciones o el principio *non bis in idem* se regula en los artículos 133 LRJPAC y 31 LRJSP. Consiste en la prohibición de una doble sanción por unos mismos hechos a un mismo responsable y siempre que guarden también identidad de fundamento jurídico. Ante la concurrencia de una sanción penal y administrativa, se aplicará la sanción penal. En este aspecto la regulación del principio *non bis in idem* sigue estando incompleta al compararla con la LRJPAC, y se seguirá aplicando la Doctrina y jurisprudencia para dar solución a la dualidad de procedimientos administrativos sancionadores. La única novedad que se introduce es el apartado segundo del artículo 31 LRJSP referido a la simultaneidad de dos procedimientos administrativos, uno ante la Administración Española y otro ante Órganos Comunitarios, ya regulado en el artículo 5.2 del RPPS.

El principio de antijuricidad no está regulado ni en la LRJPAC ni en la LRJSP, sin embargo siempre se ha encontrado muy ligado al principio de tipicidad. Por este motivo, todas las conductas típicas son antijurídicas, sin embargo no todas las conductas antijurídicas estas tipificadas como infracciones.

Es importante destacar la separación de los principios de la potestad sancionadora –arts. 25 a 31 LRJSP– de los principios del procedimiento sancionador –arts. 55, 60, 61, 63, 64, 77, 85, 89, 90 LPACAP–, antes regulados conjuntamente en la Ley 30/1992 y ahora disociados entre la Ley 39/2015 y la Ley 40/2015. Los principios del procedimiento sancionador son contemplados ahora como especialidad del procedimiento administrativo común, rompiéndose así, la regulación conjunta anterior de ambos tipos de principios –Título IX de la Ley 30/1992–.

A mi juicio la potestad sancionadora de la Administración no debe estar regulada en dos textos normativos distintos, ni tampoco de forma fragmentaria y parcial. Esta potestad, al igual que el sistema de responsabilidad de las Administraciones Públicas, debería haberse regulado en una sola disposición normativa y de forma completa y sistemática, esta solución contribuiría a dotar de una mayor seguridad jurídica en la aplicación de este bloque normativo.



En términos generales cabe decir que la Ley aprobada no regula muchos más aspectos de lo tratados en la LRJPAC. En este sentido, y en mi opinión, la norma encaja bien en las previsiones constitucionales.

El esfuerzo de clarificación y sistematización que lleva a cabo la nueva ley es innegable, sin embargo no hay que desatender las formas con las que se realiza esa clarificación. Una norma que pretende ser uno de los pilares del Derecho Administrativo debería ser fruto de un proceso legislativo más reflexivo que garantice una mayor participación ciudadana en su elaboración y un mayor consenso en su aprobación, aspectos que pueden verse afectados por la urgencia normativa de los dos últimos meses.

12. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CANO CAMPOS, T., “La potestad sancionadora de la administración: una regulación fragmentaria, incompleta y perniciosa”, *Documentación Administrativa DA*, núm. 2, Enero-Diciembre 2015, ISSN: 1989-8983.

CASINO RUBIO, M., “La potestad sancionadora de la administración y vuelta a la casilla de salida”, *Documentación Administrativa DA*, núm. 2, Enero-Diciembre 2015, ISSN: 1989-8983.

GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S., *Manual Básico de Derecho Administrativo*, Tecnos, Madrid, 2014.

GARBERÍ LLOBREGAT, J., *El procedimiento Administrativo Sancionador*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998.

GARCÍA, D; ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo II*, 2.a edición, Civitas, Madrid, 1981.

MARTÍN REBOLLO, L., “Análisis de la nueva Ley de Régimen Jurídico del Sector Público”, *Aranzadi digital* núm. 1/2015, BIB 2015\16554, Editorial Aranzadi, S.A.

SANCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo, Parte General*, Tecnos, Madrid, 2015.

LISTA DE ABREVIATURAS

| | |
|--------|--|
| Art. | Artículo. |
| BOE | Boletín Oficial del Estado. |
| CE | Constitución Española. |
| Cit. | Citado. |
| FJ | Fundamento Jurídico. |
| LBRL | Ley de Bases de Régimen Local. |
| LJCA | Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. |
| LOTC | Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. |
| LPACAP | Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, Ley 39/2015. |
| LRJPAC | Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común, Ley 30/1992. |
| LRJSP | Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, Ley 40/2015. |
| Pág. | Página. |
| RAE | Real Academia Española. |
| RPPS | Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora. |
| SSTC | Sentencias del Tribunal Constitucional. |



| | |
|-------|---|
| SSTS | Sentencias del Tribunal Constitucional. |
| STC | Sentencia del Tribunal Constitucional. |
| STJUE | Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. |
| STS | Sentencia del Tribunal Supremo. |
| STSJ | Sentencia del Tribunal Superior de Justicia. |
| TC | Tribunal Constitucional. |

**REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

RESEÑA DE LEGISLACIÓN



Castilla-La Mancha

Gabilex
Nº 5
Marzo 2016

COMENTARIO A LA APLICACIÓN DIRECTA DE LAS NUEVAS DIRECTIVAS EUROPEAS CONTRATACIÓN PÚBLICA

D. Jerónimo Martínez García

Secretario General del Ayuntamiento de Toledo

D^a Ana Isabel Elez Gómez

Técnico del Área de Contratación Centralizada de la Consejería de Hacienda y Administraciones Públicas de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha

Fecha de finalización del trabajo: Marzo 2016

APLICACIÓN DIRECTA DE LAS NUEVAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS EN MATERIA DE CONTRATACION PÚBLICA

La Unión Europea aprobó tres Directivas sobre contratación pública:

- Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.
- Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE.
- Directiva 2014/25/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE.

Todas ellas aparecen publicadas en el DOUE de 28 de marzo de 2014 y deberán transponerse antes del 18 de abril de 2016, sin perjuicio del mayor plazo que conceden para la incorporación del uso obligatorio de medios electrónicos en la contratación hasta el 18 de octubre de 2018, salvo para centrales de compra, donde deberán estar operativas el 18 de abril de 2017.



Se trata de tres Directivas materiales, en el sentido de que regulan la materia de la contratación pública bien con carácter general (Directiva 2014/24/UE), sobre sectores específicos (Directiva 2014/25/UE) o sobre concesiones (Directiva 2014/23/UE).

El día 18 de abril de 2016 concluirá el plazo de trasposición del paquete de Directivas de Contratación que hasta la fecha no han sido traspuestas en nuestro derecho interno.

Al margen de la responsabilidad en que pueda incurrir el Estado español, la principal consecuencia es que, de conformidad con el principio del efecto directo de las directivas comunitarias, una vez concluido su plazo de transposición diversos preceptos de dichas Directivas que serán de aplicación directa en España.

El efecto directo de las directivas comunitarias se traduce en la posibilidad que tiene el juez nacional de aplicar de forma directa la normativa comunitaria cuando esta no se ha traspuesto o su trasposición se ha realizado de una forma defectuosa, privando a la directiva de un efecto útil.

No obstante, siguiendo la jurisprudencia del TJUE, la aplicación del efecto directo de un determinado precepto se realizará siempre que sea claro, preciso e incondicionado. Ello obliga a revisar las Directivas de Contratación para analizar qué preceptos ostentan estos caracteres y, en consecuencia, son susceptibles de aplicarse de manera directa, desplazando a la vigente normativa de contratos del sector público.

Esta cuestión tiene ciertas matizaciones que conviene resaltar:

1. En primer lugar, el efecto directo no se aplica a todas las cuestiones derivadas de las relaciones contractuales entre las entidades del sector público y los particulares ya que se reducen a aquellos sujetos que quedan incluidos dentro del ámbito de aplicación propio de las Directivas. En consecuencia, las Directivas no tendrán efecto directo en relación con las entidades del sector público que no sean poderes adjudicadores.

2. También respecto del ámbito de aplicación subjetivo hay diferencia ya que la Directiva no será directamente aplicable a aquellos contratos no directamente incluidos en su ámbito de aplicación.

3. Igualmente es importante señalar que la aplicación del efecto directo tiene un carácter exclusivamente vertical ascendente. Esto implica que los preceptos de la directiva pueden ser invocados por los particulares para hacer valer un derecho frente a la Administración. No pueden ser alegados entre particulares (efecto horizontal) o por la Administración, de manera que pudiera ampararse en la Directiva en perjuicio de particulares (efecto vertical descendente), amparando su actuación, por tanto, en su propio incumplimiento.

4. Por último, es necesario poner de manifiesto que las Directivas de Contratación contemplan en buena medida todo el cuerpo jurisprudencial creado desde 2004 por el TJUE y que ya se está aplicando en España, pues ha sido posible incorporar a través de distintas leyes determinados preceptos de las Directivas citadas en el vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Se trata de la regulación de la acreditación por el empresario de su solvencia económica y financiera (incorporada a través del Real Decreto-ley 10/2015, de 11 de septiembre); la nueva regulación de las prohibiciones de contratar y la nueva regulación de la responsabilidad del concesionario, en línea con lo previsto en la Directiva de Concesiones sobre la necesaria asunción del riesgo operacional por aquél (ambas cuestiones a través de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público), y la nueva regulación de los contratos reservados a centros especiales de empleo, empresas de inserción o que se ejecuten en el marco de programas de empleo protegido (a través de la Ley 31/2015, de 9 de septiembre, por la que se modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y de la Economía Social); y fundamentalmente por los órganos de recursos contractuales, por lo que los cambios que se avecinan no serán tantos en la práctica.



Y, sin embargo, dada la una situación actual con un gobierno en funciones , el pasado día 17 de marzo en el BOE se recogió la publicación de las Recomendaciones que ha hecho la Junta Consultiva de Contratación sobre la transposición de la Directiva. Dicha Recomendación cuenta, de acuerdo con su propia naturaleza, con el carácter de no vinculante para los órganos de contratación –quiere ser una guía para una aplicación uniforme por parte de todos los órganos de contratación de los aspectos incluidos en la misma-.

Asimismo los Tribunales administrativos encargados de la resolución del recurso especial en materia de contratación acordaron, en la IV reunión de coordinación que tuvo lugar en Madrid el día 24 de junio de 2015, elaborar un estudio sobre los efectos jurídicos de las nuevas Directivas de contratación pública ante el vencimiento estéril del plazo de transposición. Dicha documento pretende facilitar la interpretación que la normativa aplicable a partir del 18 de abril de 2016 deberá realizar cada uno de los Tribunales administrativos de recursos contractuales en el ejercicio de sus funciones, a la luz de los principios antes señalados para determinar qué artículos de la Directiva pueden ser directamente aplicados por los órganos de recursos contractuales -que también ostentan la facultad de desplazar el derecho nacional-. Dicho documento fue aprobado en reunión de Madrid el día 1 de marzo de 2016.

Como quiera que la Directiva es uno de los instrumentos legislativos de los que disponen las Instituciones de la Unión Europea para aplicar las políticas europeas, en el marco de las operaciones de armonización de las legislaciones nacionales. El artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la UE-en adelante, TFUE- establece que la Directiva es una disposición de Derecho derivado de la Unión Europea, que obliga al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando a las autoridades nacionales la elección de la forma y los medios necesarios para conseguirlo. Así pues, al igual que el Reglamento y la Decisión, es vinculante para los Estados miembros destinatarios y lo es en todos sus elementos; no pudiendo aplicarse de forma incompleta, selectiva o parcial.

Es por tanto, un acto jurídico de contenido normativo que necesita para su eficacia de incorporación en los distintos ordenamientos jurídicos nacionales en un plazo establecido. Transcurrido este plazo, sin que se haya incorporado el

contenido de las mismas –o si se incorporaran incorrectamente-, las consecuencias jurídicas son las siguientes:

- La Comisión puede pedir al TJUE que condene al Estado incumplidor; el incumplimiento de la sentencia dictada con este motivo puede derivar en una nueva condena que puede concluir en la imposición de multas.
- En determinadas condiciones, el TJUE también concede a los particulares la posibilidad de obtener una indemnización derivada de la incorrecta transposición o de una transposición con retraso de una Directiva.
- Finalmente, la jurisprudencia del TJUE considera que, cumpliéndose ciertos requisitos, la Directiva tiene un efecto directo, de modo que los particulares pueden alegarla ante los jueces nacionales.

Esta última consecuencia es la más relevante, y así analizamos estos “ciertos REQUISITOS”:

La institución del efecto directo preserva la nota de primacía propia del Ordenamiento jurídico de la Unión Europea, y garantiza que el efecto útil del Derecho de la Unión Europea, es decir, su funcionalidad, no se vea desvirtuado por una eventual inejecución de las Directivas por un Estado miembro, quedando además reforzada la esfera jurídica de los particulares beneficiarios del contenido de la Directiva. Se trata de un criterio ampliamente consolidado en la jurisprudencia del TJUE, tanto con carácter general, como en expresa referencia a las sucesivas Directivas de contratación pública. En síntesis, y sin perjuicio de las especificaciones que se expondrán, el efecto directo implica que si una Directiva no ha sido transpuesta en el plazo previsto para ello, o ha sido transpuesta incorrectamente, sus preceptos que sean suficientemente precisos e incondicionados como para permitir que un particular pueda invocarlos frente a los poderes públicos son directamente aplicables con preferencia a cualquier norma interna que la contradiga, efecto que vincula a todas las autoridades administrativas y órganos jurisdiccionales del Estado.



1. Ámbito de aplicación.

El efecto directo de una Directiva afecta únicamente a los supuestos comprendidos en el ámbito de aplicación de sus normas y con el alcance que éstas fijan, porque ése es también el ámbito del deber de transposición incumplido que lo fundamenta. En la Directiva de contratación pública, dicho ámbito está definido, básicamente, en los apartados 1.1 y 1.4 del artículo 2 (definición de poder adjudicador), por lo que se refiere a las entidades que deben aplicar los procedimientos en ella descritos, y en los apartados 1.5 a 1.9 del artículo 2 y el artículo 4 por lo que se refiere a los contratos incluidos, debiendo distinguirse a su vez los contratos íntegramente sujetos a la Directiva y los contratos, como los de servicios sociales y otros servicios específicos, o los contratos subvencionados, a los que solo les afectan algunas normas y principios generales. Por lo tanto, el efecto directo no puede aplicarse a entidades del sector público distintas de los poderes adjudicadores, ni a la adjudicación de contratos no incluidos en la Directiva; en especial, tampoco puede aplicarse a los contratos de servicios sociales y otros servicios específicos, más allá de las disposiciones que hacen referencia expresa a ellos. Todos estos supuestos excluidos del efecto directo seguirán rigiéndose por la legislación nacional vigente.

2. Incumplimiento del deber de transposición

El incumplimiento del deber de transposición (o la transposición incorrecta) es la base del mecanismo del efecto directo, y parece prácticamente seguro que el supuesto se va a dar en el caso de la Directiva de contratos; no obstante, deben señalarse al respecto dos matices importantes:

- Aunque no vaya a entrar en vigor antes del final del plazo de transposición una norma que incorpore la nueva Directiva, debe tenerse en cuenta que el TRLCSP satisface ya en gran medida una buena parte del mandato de incorporación de esta última; téngase en cuenta que el TRLCSP transpone la anterior Directiva 2004/18, cuyo contenido es muy similar al de su sucesora en muchos aspectos, y que los aspectos novedosos de la Directiva de contratación pública y de la Directiva de concesiones son, en muchos casos, la positivización de la

jurisprudencia del TJUE dictada con base en la Directiva 2004/18, la cual ya sirve actualmente para matizar e interpretar el TRLCSP11.

- Un supuesto especial de la “pretransposición” de la Directiva de contratación pública en el TRLCSP a la que se refiere la letra anterior incluye opciones legislativas más “exigentes” que las pedidas por la propia Directiva; esto sucede cuando esta última permite una excepción a los principios generales del derecho europeo de la contratación pública (especialmente, excepciones a la necesidad de sujetar la adjudicación de los contratos a procedimientos con publicidad y concurrencia) que el TRLCSP no recoge. Esta opción legislativa de transposición es perfectamente válida, también en el caso de una norma anterior a la Directiva.

Consecuentemente, en estos supuestos, en los que el contenido de la nueva Directiva esté ya incorporado por el TRLCSP no procede la aplicación del efecto directo, sino la del propio TRLCSP. Debe tenerse en cuenta también que el efecto directo solo debe aplicarse cuando no sea posible la interpretación del derecho nacional conforme al efecto útil de la Directiva. La STJUE de 14 de julio de 1994, Faccini Dori, asunto C-91/92, ya declaró que necesariamente se debe interpretar la legislación estatal existente con el referente de la (incumplida) Directiva comunitaria.

3. Mandato claro, preciso e incondicionado.

El contenido del precepto de la directiva debe ser claro, preciso e incondicionado. Carecen de este requisito los artículos cuyo contenido puede o no incorporarse en virtud de una opción legislativa que debe tomar el Estado destinatario, o los que se refieren a medidas legislativas que la Directiva apenas delimita o perfila pero no especifica; por el contrario, los preceptos que establecen obligaciones detalladas para los poderes adjudicadores cumplen esta condición.

En general, y sin perjuicio de un análisis más detallado, cumplen este requisito, entre otras, las disposiciones sobre el ámbito de aplicación material y personal de la Directiva y las relativas a los procedimientos aplicables a la adjudicación de los contratos sujetos a ella.

4. Prohibición del efecto directo vertical descendente



El efecto directo de las Directivas de contratación pública es el denominado “vertical ascendente”, lo que significa que lo pueden invocar válidamente los particulares (en especial, los operadores económicos) para hacer valer sus intereses frente al Estado. Se excluye la posibilidad de que el efecto directo pueda ser “horizontal” (invocado entre particulares) y, sobre todo, no cabe el efecto directo “vertical descendente”, es decir, los poderes públicos no pueden ampararse en una norma de la Directiva no transpuesta en perjuicio de los particulares. En este sentido, la jurisprudencia del TJUE entiende que el carácter obligatorio de la Directiva es el fundamento del efecto directo y dicho carácter solo existe respecto del Estado destinatario de la misma, por lo que es una norma que no puede crear, por sí sola, obligaciones a cargo de un particular ni puede alegarse contra él; se trata de “evitar que el Estado pueda sacar partido de su incumplimiento del Derecho de la Unión”. A estos efectos, los poderes adjudicadores deben considerarse como “Estado”.

Consecuentemente, los poderes adjudicadores no pueden acogerse al efecto directo de los preceptos no transpuestos de la Directiva que les permiten, por ejemplo, exceptuar de la licitación con publicidad y concurrencia ciertos tipos de contratos.

Por tanto, la consecuencia del efecto directo es la aplicación del precepto de la Directiva, desplazando cualquier norma nacional de sentido contrario. Y esta consecuencia se impone también a los órganos de recursos contractuales, que aunque son de naturaleza administrativa tienen reconocida jurisprudencialmente, a los efectos de la posibilidad de plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE, la condición de “órgano jurisdiccional”. En este sentido resulta de interés la STJUE de 2 de junio de 2005, *Koppensteiner*, asunto C-15/04, que impone a los órganos encargados de la resolución del recurso especial la inaplicación de las normas nacionales que le impiden cumplir las obligaciones impuestas por las Directivas. Obviamente, los órganos de contratación deberán aplicar estos criterios de interpretación para no iniciar procedimientos ni dictar actos contrarios al ordenamiento jurídico vigente.

Junto a este valor interpretativo de las Directivas de la Unión Europea, no puede desconocerse la existencia de lo que la doctrina ha denominado como “un

derecho pretoriano” que vertebrata el sistema. En una materia tan sensible y a la vez tan cambiante, existe una importante “fuente de derecho”, ya que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha conformado un sólido y coherente derecho pretoriano, que sirve de fuente interpretativa y que limita aquellas opciones que puedan contravenir las reglas de la Unión Europea. De hecho, son, en la práctica, una especie de codificación, que dota de coherencia y seguridad jurídica al sistema. Así, los conceptos “del Derecho de la Unión Europea deben ser interpretados de conformidad con la doctrina fijada por el TJUE. Doctrina que debe ser conocida y respetada por los distintos intérpretes o aplicadores de las reglas de la contratación pública, lo que limita interpretaciones o prácticas exclusivamente nacionales.

BIBLIOGRAFÍA

- GIMENO FELIÚ, J.M (2013): «Las nuevas Directivas —cuarta generación— en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública», en Revista Española de Derecho Administrativo núm. 159, julio-septiembre, págs. 39-105
- Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE
- Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión
- Directiva 2014/25/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales
- Resolución de 16 de marzo de 2016, de la Dirección General del Patrimonio del Estado, por la que se publica la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, sobre el efecto directo de las nuevas Directivas comunitarias en materia de contratación pública (BOE 17 de marzo)
- Documento ' Los efectos jurídicos de las Directivas de Contratación ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos del sector público aprobado en reunión de Madrid, de 1 de marzo de 2016 Tribunales Administrativos de Contratación Pública



Castilla-La Mancha

Gabilex
Nº 5
Marzo 2016

**REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA



Castilla-La Mancha

Gabilex
Nº 5
Marzo 2016

**COMENTARIOS A LA SENTENCIA Nº 574/2016 DE LA SALA DE
LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPREMO
(SECCIÓN SEXTA) DE 14 DE MARZO DE 2016: FALTA DE
LEGITIMACIÓN PASIVA DE GOOGLE SPAIN S.L EN
PROCEDIMIENTO DE TUTELA DE DERECHOS AL NO SER
RESPONSABLE DEL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES**

D. Roberto Mayor Gomez

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha

Fecha de finalización de trabajo: Marzo de 2016

I. ANTECEDENTES

La Agencia Española de Protección de Datos (en adelante AEPD) resolvió numerosos procedimientos de tutela de derechos instados por ciudadanos contra el buscador Google, relacionados con el denominado derecho al olvido, concluyendo que la actuación realizada infringía la normativa en materia de protección de datos ya que se debió proceder a excluir determinada información relativa a los reclamantes accesible a través de los buscadores e impedir su captación y reproducción por su motor de búsqueda.

En los fundamentos de derecho de las diferentes resoluciones dictadas por la AEPD se consideraba que Google Inc. tenía designado a Google Spain, S.L como su representante ubicado en territorio español, conforme a lo exigido por el artículo 3.1. apartado c), segundo párrafo, del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (en



adelante RLOPD) puesto que en el Registro General de Protección de Datos, Google Inc. atribuye a Google Spain, S.L. la condición de oficina o dependencia donde ejercitar los derechos regulados por la LOPD. De conformidad con los anteriores razonamientos por la AEPD, estimando las reclamaciones interpuestas por los interesados en procedimientos de tutela de derechos en materia de protección, resolvía condenar a Google Spain S.L.¹⁸⁴.

Por la representación procesal de Google Spain S.L se interpuso recurso contencioso administrativo contra las resoluciones de la AEPD, y así una de ellas, en las que estimaba frente a ella la reclamación de cancelación de datos en relación a las informaciones personales del reclamante que aparecían en el buscador Google cuando introducía sus datos personales, dio origen al procedimiento judicial ante la **Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 1ª, S 29-12-2014, rec. 69/2012.**

En el escrito de demanda, por el representante procesal de Google Spain S.L se alegaba que esta sociedad mercantil no era la responsable del buscador Google y tampoco podía entenderse que fuera la representante de Google Inc., con domicilio social en California (EEUU), ya que se dedica solamente a la gestión de la publicidad al ser un mero agente de los servicios publicitarios de Google Inc. Se alegaba, por tanto, que Google Spain no tendría ninguna responsabilidad en los servicios prestado por Google Inc. y tampoco ostentaría capacidad para intervenir en la operativa del buscador ya que no tiene acceso a los servidores donde están alojados los blogs en los que aparecían los datos requeridos de cancelación.

En definitiva, concluía que Google Spain y Google Inc. son sociedades diferenciadas y que la propia AEPD habría incluso reconocido la legitimación pasiva de Google Inc. al dirigir el procedimiento frente a ella en otros expedientes de tutela de derechos, resultando que la ahora recurrente nunca ha sido representante de Google Inc. y ello a pesar de que la Agencia lo ha pretendido en algunas ocasiones, por lo que de forma sistemática, a estos efectos, planteaba las siguientes excepciones y exclusiones procesales:

¹⁸⁴ A estos efectos pueden verse, entre otras, la resolución de la AEPD n.º: R/02793/2011 (procedimiento n.º **TD/01226/2011**), fundamento de derecho séptimo.

-
- Falta de legitimación de Google Spain S.L frente a la AEPD e inaplicabilidad de la legislación española.
 - Google Spain S.L no es responsable del tratamiento de datos que realiza Google Inc. ni es su representante a los efectos del presente procedimiento.
 - No es aplicable el artículo 3.1.a) del RLOPD y ello pues el tratamiento de datos no se realiza en España.
 - No es aplicable el artículo 3.1.c) del RLOPD puesto que el tratamiento no lo realiza alguien situado fuera de la Unión Europea que emplea medios ubicados dentro de España.
 - La AEPD carece de competencia territorial para conocer de la actividad de la sociedad americana Google Inc. y ello por aplicación de lo que señala el artículo 2.1 apartados a) y c) de la LOPD y el artículo 3 del R.D. 1720/2002, por lo que la aplicación de dichos apartados es incompatible entre sí y debe aplicarse uno u otro.
 - Las medidas que ordena la resolución de la AEPD vulneran el derecho internacional puesto que tendrían eficacia extraterritorial.

Por su parte, la Abogacía del Estado como representante procesal de la AEPD mantuvo que Google Spain, S.L., en su calidad de representante legal en España de Google Inc., ostenta cierta capacidad organizativa para hacer llegar sus resoluciones al departamento que pueda corresponder de la multinacional, como lo demostraría el hecho de que en otros procedimientos de tutela de derechos y de otra naturaleza, relativos al servicio de búsqueda de Google, haya atendido los requerimientos de la AEPD y presentado alegaciones¹⁸⁵. Igualmente, lo acreditaría el hecho de que desde enero de 2005 figuren inscritos en el Registro General de Protección de Datos dos ficheros con datos de carácter personal de los que se declaró responsable Google Inc., designando como oficina encargada para atender las solicitudes de acceso, rectificación, cancelación y oposición de los

¹⁸⁵ Entre otros, en los siguientes procedimientos ante la AEPD: **TD/00299/2007** (resolución de 9 de julio de 2007); **TD/00463/2007** (resolución de 9 de julio de 2007); **TD/00814/2007** (resolución de 7 de abril de 2008); **TD/00387/2008** (resolución de 3 de septiembre de 2008); **TD/00420/2008** (resolución de 29 de diciembre de 2008); **TD/0444/2008** (resolución de 4 de noviembre de 2008); **TD/00569/2008** (resolución de 24 de septiembre de 2008); y **TD/00580/2008** (resolución de 29 de diciembre de 2008).



afectados a Google Spain, S.L. Iguales consecuencias han de extraerse del hecho de que desde noviembre de 2004 figuren inscritos en el Registro General de Protección de Datos dos ficheros con datos de carácter personal de los que se declaró responsable Google Ireland Limited, designando como oficina encargada para atender las solicitudes de acceso, rectificación, cancelación y oposición de los afectados a Google Spain, S.L.

Pues bien, en el fundamento de derecho séptimo de la **Sentencia de la Audiencia Nacional Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 1ª, S 29-12-2014, nº 74/2015, rec. 69/2012, Pte: José Guerrero Zaplana** (EDJ 2014/281504) se analiza específicamente la excepción de la falta de legitimación pasiva ad causam alegada por Google Spain, S.L. en cuanto negación de su condición de sujeto obligado o responsable frente al derecho de oposición ejercitado, dada la concreta actividad que desarrolla y su relación con Google Inc.¹⁸⁶

En la sentencia judicial de la Audiencia Nacional se tienen en cuenta los presupuestos ya fijados en los hechos probados de la trascendental **Sentencia del Tribunal de Justicia (UE) Gran Sala, S 13-5-2014, nº C-131/2012** (EDJ 2014/67782)¹⁸⁷, cuyo origen es precisamente un Auto de 27 de febrero de 2012

¹⁸⁶ Hay que indicar que esta cuestión jurídica fue ya abordada por los órganos judiciales españoles en la **Sentencia de la Sección 16ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 17 de julio de 2014, recurso num. 411/2011**, recaída en materia de intromisión en el derecho a la intimidad personal y familiar, a la imagen y al honor, en la que se consideró que Google Spain S.L. ostentaba legitimación pasiva y se la condenó por vulnerar el derecho del allí demandante a la protección de datos personales.

¹⁸⁷ En esta sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (apartado 43) se señalaban como hechos acreditados que:

“Google Search se presta a nivel mundial a través del sitio de Internet «www.google.com». En muchos países existen versiones locales adaptadas al idioma nacional. La versión española de Google Search se presta a través del sitio www.google.es, dominio que tiene registrado desde el 16 de septiembre de 2003. Google Search es uno de los motores de búsqueda más utilizados en España.

- Google Inc. (empresa matriz del grupo Google), con domicilio en los Estados Unidos, gestiona Google Search.

- Google Search indexa páginas Web de todo el mundo, incluyendo páginas Web ubicadas en España. La información indexada por sus «arañas» o robots de indexación, es decir, programas informáticos utilizados para rastrear y realizar un barrido del contenido de

páginas Web de manera metódica y automatizada, se almacena temporalmente en servidores cuyo Estado de ubicación se desconoce, ya que este dato es secreto por razones competitivas.

- Google Search no sólo facilita el acceso a los contenidos alojados en las páginas Web indexadas, sino que también aprovecha esta actividad para incluir publicidad asociada a los patrones de búsqueda introducidos por los internautas, contratada, a cambio de un precio, por las empresas que desean utilizar esta herramienta para ofrecer sus bienes o servicios a éstos.

- El grupo Google utiliza una empresa filial, Google Spain, como agente promotor de venta de los espacios publicitarios que se generan en el sitio de Internet «www.google.com». Google Spain tiene personalidad jurídica propia y domicilio social en Madrid, y fue creada el 3 de septiembre de 2003. Dicha empresa dirige su actividad fundamentalmente a las empresas radicadas en España, actuando como agente comercial del grupo en dicho Estado miembro. Tiene como objeto social promocionar, facilitar y procurar la venta de productos y servicios de publicidad «on line» a través de Internet para terceros, así como la comercialización de esta publicidad.

- Google Inc. designó a Google Spain como responsable del tratamiento en España de dos ficheros inscritos por Google Inc. ante la AEPD; el objeto de tales ficheros era almacenar los datos de las personas relacionadas con los clientes de servicios publicitarios que en su día contrataron con Google Inc."

La letra d) del artículo 2 de la Directiva 95/46/CE establece que se entenderá por "responsable del tratamiento": la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que sólo o conjuntamente con otros determine los fines y los medios del tratamiento de datos personales; en caso de que los fines y los medios del tratamiento estén determinados por disposiciones legislativas o reglamentarias nacionales o comunitarias, el responsable del tratamiento o los criterios específicos para su nombramiento podrán ser fijados por el Derecho nacional o comunitario. En el mismo sentido, se pronuncia el artículo 5.1.q) del Reglamento de Protección de Datos. Por su parte, el artículo 3.d) de la LOPD define como responsable del tratamiento a la "persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento".

También, a juicio de la Audiencia Nacional, de la citada sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea "se deduce de los apartados 55, 56 y 57 de la Sentencia de 13 de mayo de 2014 del TJUE, Google Spain, S.L. es un establecimiento del responsable del tratamiento de datos que se encuentra implicado en actividades relativas al tratamiento de datos personales, en cuanto que está destinado a la promoción y venta en España de los espacios publicitarios del motor de búsqueda, que sirven para rentabilizar el servicio



de la misma Sala en el que se planteaba una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, para considerar la responsabilidad de Google Spain, S.L. en el tratamiento de datos personales llevado a cabo en el marco del servicio de búsqueda en internet ofrecido por Google Inc., gestor del motor de búsqueda, ya que *“deriva de la unidad de negocio que conforman ambas sociedades, en la que la actividad desempeñada por Google Spain, S.L. resulta indispensable para el funcionamiento del motor de búsqueda, pues de aquella depende su rentabilidad. El concierto de ambas sociedades en la prestación de tal servicio a los internautas lo hace viable económicamente y posibilita su subsistencia.*

Carecería de lógica alguna excluir a Google Spain, S.L. de cualquier responsabilidad en el tratamiento de los datos personales que lleva a cabo Google Inc., tras afirmar que este tratamiento se sujeta al Derecho Comunitario precisamente por haberse llevado a cabo en el marco de las actividades de su establecimiento en España, del que es titular Google Spain, S.L., y más aún tras aceptar la relevancia de su participación en la actividad conjuntamente desempeñada por ambas, en relación con el funcionamiento del motor de búsqueda y el servicio que mediante el mismo se presta a los internautas, que conlleva el tratamiento de datos personales que nos ocupa.

De no entenderse así se vería menoscabado el efecto útil de la Directiva 95/46/ CE y la protección directa y completa de las libertades y de los derechos fundamentales de las personas físicas, en particular el derecho a la intimidad, en lo que respecta al tratamiento de datos personales, que tiene por objeto garantizar, tal y como se desprende de su artículo 1 y de su considerando 10 (véanse apartados 53, 58 y 66 st. TJUE).”

Además, se considera por la Audiencia Nacional que concurre otro elemento para poder atribuir e imputar legitimación a Google Spain, y es la aplicación de la doctrina de los actos propios¹⁸⁸ puesto que Google Spain, S.L. habría venido

propuesto por el motor, ya que constituyen el medio para que el motor de búsqueda en cuestión sea económicamente rentable y dado que este motor es, al mismo tiempo, el medio que permite realizar las mencionadas actividades”

¹⁸⁸ En cuanto a la doctrina de los actos propios, en la **Sentencia de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2012, recurso núm. 576/2009** se declara

actuando como si fuese responsable del tratamiento de datos, tanto en procedimientos de tutela de derechos seguidos ante la AEPD, como en diversos procedimientos judiciales¹⁸⁹.

Finalmente, también se desestima la alegación de Google Spain, S.L. de carecer de los medios necesarios para cumplir por sí misma la obligación impuesta por la AEPD teniendo en cuenta que la unidad material y funcional que conforma con Google Inc. conllevaría su responsabilidad en el cumplimiento de la obligación, trasladándola al gestor del motor de búsqueda y contribuyendo así a su realización, dada la relevancia de su participación en el funcionamiento del servicio de búsqueda en Internet que se ofrece a los internautas.

Por todo lo anterior, en la **Sentencia de la Audiencia Nacional Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 1ª, S 29-12-2014, nº 74/2015, rec. 69/2012, Pte: José Guerrero Zaplana** (EDJ 2014/281504) se desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto por Google Spain, S.L, confirmando la resolución dictada por la AEPD.

La sociedad mercantil Google Spain, S.L., interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de fecha 29 de diciembre de 2014, que se tramitó ante la **Sala de lo Contencioso Administrativo (sección 6ª) del Tribunal Supremo en el recurso de casación núm. 1380/2015.**

que: *"tiene su fundamento en la protección de la confianza y en el principio de la buena fe, que impone un deber de coherencia y limita la libertad de actuación cuando se han creado expectativas razonables.*

Los presupuestos esenciales fijados por esta teoría aluden a que los actos propios sean inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer, sin ninguna duda, una determinada situación jurídica afectarte a su autor, y, además, exista una incompatibilidad entre la conducta anterior y la pretensión actual, según la manera que, de buena fe, hubiera de atribuirse a aquélla (SSTS 1 de julio y 28 de diciembre 2011 , 31 de enero 2012)...".

¹⁸⁹ Véanse, entre otras, la **Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 3 de abril de 2012, recurso núm. 2.037/2008; Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 15 de enero de 2014, recurso núm. 897/2010.**



II. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 14 DE MARZO DE 2016

Como se indica en los antecedentes de hecho de la STS de 14 de marzo de 2016, por la sociedad mercantil Google Spain, S.L. se articulan siete motivos de casación contra la sentencia judicial de la Audiencia Nacional, si bien a los efectos del presente comentario resultan relevantes los motivos segundo, tercero y cuarto:

- En el motivo segundo se alega la infracción del artículo 2.d) de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, y de los artículos 3.d), 6.4 y 16 LOPD, así como de los correlativos artículos 32.3 y 35.1 RLOPD por considerar que la sentencia impugnada atribuye a la recurrente la condición de corresponsable a pesar de que constaría acreditado en autos que la recurrente no determina ni los fines ni los medios del tratamiento de datos.

- En el motivo tercero se denuncia infracción de jurisprudencia sobre la doctrina de los actos propios ya que la sentencia fundamenta la corresponsabilidad de la actora en una serie de indicios, con base en los cuales y apelando a la doctrina de los actos propios declara que la recurrente ha reconocido su condición de responsable en el tratamiento de datos gestionados por Google Inc. por actuar como tal frente a terceros.

- En el motivo cuarto se funda en la infracción del artículo 24 CE y de la jurisprudencia que cita sobre la valoración de los hechos tenidos en cuenta, habiendo contrariado la sentencia las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba en relación con la atribución a la recurrente de responsabilidad en el tratamiento de datos que solo corresponde a la sociedad Google Inc.

La relación intrínseca y directa entre los motivos de casación anteriormente transcritos provoca que la Sala Tercera del Tribunal Supremo examine conjuntamente los mismos en la sentencia judicial.

Se establece como presupuesto jurídico esencial para la resolución de la controversia judicial, conforme a la normativa comunitaria y nacional en materia

de protección de datos¹⁹⁰ y la jurisprudencia del TJUE¹⁹¹, que es el responsable del tratamiento a quien le corresponde garantizar que el tratamiento de los datos

¹⁹⁰En el ámbito de la normativa comunitaria en materia de protección de datos, el **artículo 6.2 de la Directiva 95/46/CE** establece que: *“corresponderá a los responsables del tratamiento garantizar el cumplimiento de lo dispuesto en el apartado 1”*. (en el apartado 1 se fijan los principios relativos a la calidad de los datos: tratados de manera leal y lícita; con fines determinados, explícitos y legítimos; adecuados, pertinentes y no excesivos; exactos y, cuando sea necesario, actualizados; conservados durante un periodo no superior al necesario).

Por su parte, el **artículo 12** de la citada Directiva declara que: *“Los Estados miembros garantizarán a todos los interesados el derecho de obtener del responsable del tratamiento:*

[...]

b) en su caso, la rectificación, la supresión o el bloqueo de los datos cuyo tratamiento no se ajuste a las disposiciones de la presente Directiva, en particular a causa del carácter incompleto o inexacto de los datos;”

También el **artículo 14**, relativo al *“Derecho de oposición del interesado”* dispone que: *“Los Estados miembros reconocerán al interesado el derecho a:*

a) oponerse, al menos en los casos contemplados en las letras e) y f) del artículo 7, en cualquier momento y por razones legítimas propias de su situación particular, a que los datos que le conciernan sean objeto de tratamiento, salvo cuando la legislación nacional disponga otra cosa.

En caso de oposición justificada, el tratamiento que efectúe el responsable no podrá referirse ya a esos datos;”

El **artículo 23** se refiere al derecho de toda persona que sufra un perjuicio como consecuencia de un tratamiento ilícito o de una acción incompatible con las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de la presente Directiva, a obtener del responsable del tratamiento la reparación del perjuicio sufrido.

En el mismo sentido se expresa la normativa estatal en materia de protección de datos, y así cabe indicar los siguientes preceptos:

El **artículo 6.4 LOPD** dispone que *“En los casos en los que no sea necesario el consentimiento del afectado para el tratamiento de los datos de carácter personal, y siempre que una ley no disponga lo contrario, éste podrá oponerse a su tratamiento cuando existan motivos fundados y legítimos relativos a una concreta situación personal. En tal supuesto, el responsable del fichero excluirá del tratamiento los datos relativos al afectado.”*



personales se ajusta a los principios y condiciones de la normativa reguladora en materia de protección de datos, y por tanto asumir las correspondientes obligaciones al respecto frente al interesado/a, titular de los datos personales, esto es el cumplimiento de las obligaciones que se derivan de los derechos de oposición, cancelación y rectificación.

En el **artículo 9 LOPD** se atribuye el responsable del fichero y, en su caso, el encargado del tratamiento, la obligación de adoptar las medidas necesarias para garantizar la seguridad de los datos de carácter personal.

Por su parte, el **artículo 16 LOPD** se establece la obligación del responsable del tratamiento de hacer efectivo el derecho de rectificación o cancelación del interesado. Y el art. 19 reconoce el derecho de los interesados a ser indemnizados por los daños sufridos a consecuencia del incumplimiento de lo dispuesto en la presente Ley por el responsable o el encargado del tratamiento.

En cuanto a los procedimientos para ejercitar los derechos de oposición, acceso, rectificación y cancelación, la LOPD remite al desarrollo reglamentario, disponiendo el **artículo 25 RLOPD** que el ejercicio de tales derechos deberá llevarse a cabo mediante comunicación dirigida al responsable del fichero, con el que se sigue el procedimiento correspondiente, hasta el punto que, según el **artículo 26 RLOPD**, incluso en el caso de que los afectados ejerciten sus derechos ante un encargado del tratamiento, este encargado deberá dar traslado de la solicitud al responsable, a fin de que se resuelva por el mismo, dejando claro con todo ello que la legitimación pasiva en estos procedimientos administrativos viene atribuida al responsable del tratamiento.

¹⁹¹ En la **Sentencia del Tribunal de Justicia (UE) Gran Sala, S 13-5-2014, nº C-131/2012** (EDJ 2014/67782) se declara que: *“A tenor de este artículo 6 y sin perjuicio de las disposiciones específicas que los Estados miembros puedan establecer para el tratamiento con fines históricos, estadísticos o científicos, incumbe al responsable del tratamiento garantizar que los datos personales sean «tratados de manera leal y lícita», que sean «recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y no sean tratados posteriormente de manera incompatible con dichos fines», que sean «adecuados, pertinentes y no excesivos con relación a los fines para los que se recaben y para los que se traten posteriormente», que sean «exactos y, cuando sea necesario, actualizados», y, por último, que sean «conservados en una forma que permita la identificación de los interesados durante un período no superior al necesario para los fines para los que fueron recogidos o para los que se traten ulteriormente». En este marco, el mencionado responsable debe adoptar todas las medidas razonables para que los datos que no responden a los requisitos de esta disposición sean suprimidos o rectificadas.”*

Una vez indicado lo anterior, la sentencia judicial se adentra en la verdadera cuestión nuclear para dar respuesta a las alegaciones de la parte recurrente en los concretos aspectos expuestos en los motivos segundo, tercero y cuarto, consistente en fijar y determinar el responsable del tratamiento de datos objeto de litigio y, en particular, si la recurrente, Google Spain S.L., en cuanto establecimiento en España de la sociedad Google Inc., con sede en los Estados Unidos, es o no corresponsable en el tratamiento de datos que esta última gestiona a través de su motor de búsqueda en Internet.

Para ello resultaba necesario, en primer término, definir la figura del responsable del tratamiento¹⁹² que está condicionado y delimitado por la efectiva

¹⁹² En el derecho comunitario el **artículo 2 de la Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995** relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, define en la letra d) al *"responsable del tratamiento"* como *"la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que sólo o conjuntamente con otros determine los fines y los medios del tratamiento de datos personales; en caso de que los fines y los medios del tratamiento estén determinados por disposiciones legislativas o reglamentarias nacionales o comunitarias, el responsable del tratamiento o los criterios específicos para su nombramiento podrán ser fijados por el Derecho nacional o comunitario"*.

En el ámbito nacional, el **artículo 3.d) LOPD** define lo que ha de entenderse por *"responsable del fichero o tratamiento"* a los efectos de la misma como la *"persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento"*.

El **Dictamen 1/2010, sobre los conceptos de «responsable del tratamiento» y «encargado del tratamiento» adoptado el 16 de febrero de 2010 por el (Grupo de Trabajo del artículo 29 de la Directiva 95/46/ CE (GT29)**, dice en relación con el concepto de responsable del tratamiento lo siguiente: *"El concepto de responsable del tratamiento es autónomo, en el sentido de que debe interpretarse fundamentalmente con arreglo a la legislación comunitaria de protección de datos, y funcional, en el sentido de que su objetivo es asignar responsabilidades en función de la capacidad de influencia de hecho, y, por consiguiente, se basa en un análisis de los hechos más que en un análisis formal[...]"*.

La definición de la Directiva consta de tres componentes fundamentales: el aspecto personal (*«la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo»*); la posibilidad de un control plural (*«que solo o conjuntamente con otros»*);



participación en la determinación de los fines y medios del tratamiento, es decir que la identificación del responsable del tratamiento exige una valoración fáctica acerca de su efectiva intervención en esos concretos aspectos de fijación de fines y medios del tratamiento, para lo cual es preciso establecer, en primer lugar, cual es la actividad de tratamiento de que se trata lo que en el caso que nos ocupa ya estaba precisamente analizado en la **Sentencia del Tribunal de Justicia (UE) Gran Sala, S 13-5-2014, nº C-131/2012** (EDJ 2014/67782) al resolver la cuestión prejudicial planteada¹⁹³.

los elementos esenciales para distinguir al responsable del tratamiento de otros agentes (*«determine los fines y los medios del tratamiento de datos personales»*)...

En relación con la determinación de los fines y los medios se señala que *"el hecho de determinar los «fines» del tratamiento trae consigo la consideración de responsable del tratamiento (de facto). En cambio, la determinación de los «medios» del procesamiento puede ser delegada por el responsable del tratamiento en la medida en que se trate de cuestiones técnicas u organizativas. Sin embargo, las cuestiones de fondo que sean esenciales a efectos de la legitimidad del tratamiento como los datos que deban tratarse, la duración de su conservación, el acceso, etc. - deben ser determinadas por el responsable del tratamiento"*.

¹⁹³ Así, en la citada sentencia del TJUE se declara que:

"[...] que el artículo 2, letra b), de la Directiva 95/46 define el «tratamiento de datos personales» como «cualquier operación o conjunto de operaciones, efectuadas o no mediante procedimientos automatizados, y aplicadas a datos personales, como la recogida, registro, organización, conservación, elaboración o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma que facilite el acceso a los mismos, cotejo o interconexión, así como su bloqueo, supresión o destrucción", añadiendo que "Por consiguiente, debe declararse que, al explorar Internet de manera automatizada, constante y sistemática en busca de la información que allí se publica, el gestor de un motor de búsqueda «recoge» tales datos que «extrae», «registra» y «organiza» posteriormente en el marco de sus programas de indexación, «conserva» en sus servidores y, en su caso, «comunica» y «facilita el acceso» a sus usuarios en forma de listas de resultados de sus búsquedas. Ya que estas operaciones están recogidas de forma explícita e incondicional en el artículo 2, letra b), de la Directiva 95/46, deben calificarse de «tratamiento» en el sentido de dicha disposición, sin que sea relevante que el gestor del motor de búsqueda también realice las mismas operaciones con otros tipos de información y no distinga entre éstos y los datos personales".

"[...]el gestor del motor de búsqueda es quien determina los fines y los medios de esta actividad y, así, del tratamiento de datos personales que efectúa él mismo en el marco de

Pues bien, para el Tribunal Supremo en la STS de 14 de marzo de 2016 el tratamiento de datos personales de la actividad del motor de búsqueda (que consiste en hallar información publicada o puesta en Internet por terceros, indexarla de manera automática, almacenarla temporalmente y, finalmente, ponerla a disposición de los internautas), debe ser imputable en el procedimiento objeto de litis únicamente a Google Incl. ya que es la entidad que determina los fines, las condiciones y los medios del tratamiento de datos personales.

En cuanto a la corresponsabilidad de Google Spain S.L que se reconoce en la sentencia judicial de la Audiencia Nacional impugnada, en razón de la unidad de negocio que conforman ambas sociedades, por el Tribunal Supremo se considera que si bien la normativa nacional y comunitaria contempla esa posibilidad, “[...] supone una coparticipación en la determinación de los fines y medios del tratamiento, que es lo que caracteriza la condición de responsable, no cualquier otro auxilio o colaboración con el mismo que no tenga tal naturaleza, como puede ser el caso aquí contemplado de promoción de productos o servicios publicitarios en beneficio del responsable, promoción ajena a la determinación de los fines y medios del tratamiento, en otras palabras, es la sociedad que gestiona el motor de búsqueda la que asume la responsabilidad del tratamiento de datos, con las obligaciones que de ello se deriva en orden al efectivo cumplimiento de la normativa tanto europea como nacional reguladoras del tratamiento de datos personales, sin que esa responsabilidad pueda trasladarse también al sujeto que, sin intervenir en esa gestión del motor de búsqueda, realiza otras actividades

ésta y, por consiguiente, debe considerarse «responsable» de dicho tratamiento en virtud del mencionado artículo 2, letra d)”.

“[...]Del conjunto de las consideraciones precedentes se desprende que procede responder a la segunda cuestión prejudicial, letras a) y b), que el artículo 2, letras b) y d), de la Directiva 95/46 debe interpretarse en el sentido de que, por un lado, la actividad de un motor de búsqueda, que consiste en hallar información publicada o puesta en Internet por terceros, indexarla de manera automática, almacenarla temporalmente y, por último, ponerla a disposición de los internautas según un orden de preferencia determinado, debe calificarse de «tratamiento de datos personales», en el sentido de dicho artículo 2, letra b), cuando esa información contiene datos personales, y, por otro, el gestor de un motor de búsqueda debe considerarse «responsable» de dicho tratamiento, en el sentido del mencionado artículo 2, letra d)”.



conexas o vinculadas, en este caso las ya señaladas de promoción publicitaria como soporte económico del motor de búsqueda [...]”, y que “ Quiere decirse con todo ello, que hablar de corresponsabilidad supone un examen de la situación fáctica y comprobar que la entidad en cuestión tiene una participación concreta e identificada en la determinación de los fines y medios del tratamiento de que se trate, tratamiento que en este caso y según se declara por el TJUE al dar respuesta a la cuestión prejudicial planteada por la Sala de instancia, “ consiste en hallar información publicada o puesta en Internet por terceros, indexarla de manera automática, almacenarla temporalmente y, por último, ponerla a disposición de los internautas según un orden de preferencia determinado” . En este caso no se identifica por la Sala de instancia ninguna actividad de Google Spain que suponga la participación en esa actividad del motor de búsqueda. Por el contrario y como recoge el TJUE en el fundamento 46 de la citada sentencia, el tribunal remitente señala que Google Inc. gestiona técnica y administrativamente Google Search y que no está probado que Google Spain realice en España una actividad directamente vinculada a la indexación o almacenamiento de información o de datos contenidos en los sitios de Internet de terceros [...]”.

Por tanto, para el Tribunal Supremo la mera vinculación mercantil o empresarial que existe entre Google Inc. y Google Spain, S.L., no implicaría, por sí misma, la coparticipación como responsable del tratamiento, sino que sería preciso determinar y acreditar en cada supuesto la existencia y el alcance de la participación de cada uno específicamente en la determinación de los fines y medios del tratamiento para que pueda considerarse la concurrencia de corresponsabilidad, por lo que a juicio de la Sala, analizada la sentencia judicial del TJUE que resuelve la cuestión prejudicial, así como los elementos fácticos y documentos que obran en las actuaciones, no se habría producido dicha corresponsabilidad entre Google Inc. y Google Spain, S.L.

En efecto, el Tribunal Supremo llega a la conclusión que en este caso sería Google Inc. quien gestiona el motor de búsqueda denominado Google Search, sin que en ningún caso se evidenciara participación alguna en ese cometido de Google Spain, S.L., cuya actividad sería la propia de un establecimiento (filial o sucursal) de aquélla que se limita únicamente a la promoción y venta en España de los espacios publicitarios del motor de búsqueda, y en este sentido constituiría una

actividad conexas o vinculadas económicamente a la de su matriz, pero de distinta naturaleza a la determinación de fines o medios del tratamiento.

Así, tampoco se aprecia por el Tribunal Supremo que la corresponsabilidad de Google Spain, S.L en el tratamiento de datos pueda deducirse en cuestión de la unidad de mercado o negocio que conforma con Google Inc., ya que la normativa comunitaria en materia de protección de datos lo que pretende, en supuestos como el presente, es atraer la aplicación de la normativa europea y, por derivación la normativa española de protección de datos personal, pero sin que ello tenga que suponer atribuir obligatoriamente la condición de responsable de tratamiento al establecimiento, filial o sucursal, cuyo ámbito territorial se encuentre en la Unión Europea. Además, se cuestiona abiertamente que en la sentencia judicial de instancia se declare una corresponsabilidad genérica sin precisar o identificar los concretos fines o medios del tratamiento que determinarían la imputabilidad de Google Spain, S.L ni cuál sería el alcance de su responsabilidad, y tampoco que forme parte de ella la obligación cuyo cumplimiento se exige por el interesado y que la AEPD declara.

En apoyo y sentido de la tesis jurídica anteriormente expuesta ya existía algún precedente judicial en España¹⁹⁴, y también se han manifestado diversos órganos jurisdiccionales europeos¹⁹⁵, y la propia **Sentencia del Tribunal de Justicia (UE) Gran Sala, S 13-5-2014, nº C-131/2012** (EDJ 2014/67782) cuando señala que: *“En tales circunstancias, no se puede aceptar que el tratamiento de datos personales llevado a cabo para el funcionamiento del mencionado motor de búsqueda se*

¹⁹⁴ **Sentencia Juz. 1.ª Inst. Amposta núm. 1 32/2012, de 23 de febrero**

¹⁹⁵ Véanse, entre otras, los siguientes pronunciamientos judiciales: **Sentencia de la Audiencia Territorial de Berlín de 21 de agosto de 2014; auto de la Sala de lo Civil nº 2 de la Audiencia Territorial de Hamburgo de 18 de agosto de 2014; providencia de la Audiencia Territorial de Hamburgo de 22 de septiembre de 2014; sentencia del Tribunal de Roma de 4 de noviembre de 2014; sentencia del Tribunal de Amsterdam de 18 de septiembre de 2014 y del Tribunal de Apelación de 31 de marzo de 2015; auto del Tribunal de Gran Instancia de París de 8 de diciembre de 2014; sentencia del Tribunal de Primera Instancia de Arenas de 16 de febrero de 2015; y sentencia del Tribunal Regional de Düsseldorf de 7 de mayo de 2015**



sustraiga a las obligaciones y a las garantías previstas por la Directiva 95/46, lo que menoscabaría su efecto útil y la protección eficaz y completa de las libertades y de los derechos fundamentales de las personas físicas que tiene por objeto garantizar (véase, por analogía, la sentencia L'Oréal y otros, EU:C:2011:474, apartados 62 y 63), en particular, el respeto de su vida privada en lo que respecta al tratamiento de datos personales, al que esta Directiva concede una importancia especial, como confirman, concretamente, su artículo 1, apartado 1, y sus considerandos 2 y 10 (véanse, en este sentido, las sentencias Österreichischer Rundfunk y otros, C 465/00, C 138/01 y C 139/01, EU:C:2003:294, apartado 70; Rijkeboer, C 553/07, EU:C:2009:293, apartado 47, e IPI, C 473/12, EU:C:2013:715, apartado 28 y jurisprudencia citada”.

Finalmente, en la sentencia judicial del Tribunal Supremo se resuelve el segundo título de imputación o atribución de corresponsabilidad en el tratamiento de datos que le atribuía la Sala de instancia a Google Spain, S.L., consistente en la aplicación de la doctrina de los actos propios puesto que aquella ha venido actuando como si fuese responsable del tratamiento de datos, tanto en procedimientos de tutela de derechos seguidos ante la AEPD como en diversas intervenciones ante Tribunales Españoles.

Tras hacer un repaso jurisprudencial de la doctrina de los actos propios¹⁹⁶ se concluye que no es posible aplicar la citada doctrina por los siguientes motivos:

¹⁹⁶ “En la **STS de 27 de mayo de 2009**, se indica que la jurisprudencia de esta Sala tiene dicho (**sentencia de 23 de junio de 1971, 24 de noviembre de 1973, 26 de diciembre de 1978, 25 de noviembre de 1980, 26 de septiembre de 1981, 2 de octubre de 2000 y 4 de marzo de 2002**) que la aplicación del principio que prohíbe ir contra los propios actos requiere, respecto de éstos, que se trate de actuaciones realizadas con el fin de crear, modificar o extinguir algún derecho, definiendo una situación jurídica de manera indubitada; siendo éste, también, el sentido de la jurisprudencia de la Sala de lo Civil de este Tribunal Supremo, tal y como puede verse, por todas, en su **sentencia de 9 de mayo de 2000**.

En tal sentido la **sentencia de 25 de mayo de 2011 (rec. 5261/2007)** señala que la doctrina de los actos propios no puede imponerse a la aplicación de las normas de carácter imperativo, como se dijo en **sentencia de 9 de marzo de 2009 (rec. 8169/2004)**, según la cual, “tal doctrina no rige en ámbitos extraños al poder de disposición de las partes, ciñendo su eficacia a los casos en los que cabe que creen, modifiquen o extingan derechos,

1º) La sentencia judicial de instancia no habla de actuaciones indubitadas o concluyentes por parte de Google Spain, S.L., en el sentido de asumir la condición de responsable del tratamiento sino que, por el contrario, dice que estamos ante un indicio

2º) No se advierte ni valora por la sentencia judicial de instancia la distinta condición en que puede intervenir en tales procedimientos una persona física o jurídica, mero interesado o titular de derechos u obligaciones

3º) Únicamente la comparecencia como responsable del tratamiento de datos, es decir, de la determinación de los fines y medios del tratamiento de datos, puede dar lugar a manifestaciones o actos válidos de reconocimiento de tal condición

4º) La condición de responsable del tratamiento de datos está definida legalmente y su régimen jurídico no puede modificarse por las actuaciones de quien carece de facultades de disposición al respecto

*definiendo una específica situación jurídica [véase **sentencia de 12 de marzo de 2002 (rec 5398/94)]**”.*

Por su parte, la sentencia de 4 de mayo de 2005 precisa: que dicha doctrina <<es predicable respecto de los actos que se realizan con el fin de crear, modificar o extinguir algún derecho, definiendo una situación jurídica con eficacia en sí mismos para producir, igualmente, un efecto jurídico”. De manera que es la finalidad del acto, su eficacia y validez jurídica las que determinan la vinculación de su autor a las consecuencias derivadas del mismo y generan la confianza ajena, pues, como señala la sentencia de 1 de febrero de 1999, “tanto la doctrina del Tribunal Constitucional como la Jurisprudencia de este Alto considera que el principio de buena fe protege la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno e impone el deber de coherencia en el comportamiento propio. Lo que es tanto como decir que dicho principio implica la exigencia de un deber de comportamiento que consiste en la necesidad de observar de cara al futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever y aceptar las consecuencias vinculantes que se desprenden de los propios actos, constituyendo un supuesto de lesión a la confianza legítima de las partes “venire contra factum proprium”.

Ha de estarse por lo tanto al alcance del acto al que se atribuye el efecto vinculante y, en todo caso, la aplicación del principio no puede invocarse para alterar, fuera de los cauces legales, el régimen jurídico a que se sujeta una concreta relación, produciéndose una modificación más allá de la finalidad y efectos del acto en cuestión, de la misma manera que no puede servir de fundamento para amparar la persistencia de formas de actuación que no se ajustan a la legalidad.>>” (el subrayado en negrita es del autor).



5º) La legitimación ha de examinarse en cada procedimiento y, por lo tanto, ha de estarse a la actitud del compareciente en el mismo, que este caso ha sido, desde la vía administrativa, negar tal legitimación

Por todo lo anterior, se procede por el Tribunal Supremo a estimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por la entidad mercantil Google Spain, S.L. contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, de fecha 29 de diciembre de 2014, dictada en el recurso contencioso-administrativo número 69/2012, que se revoca, declarando igualmente la nulidad de pleno derecho por ser contraria al ordenamiento jurídico de la resolución, de 13 de diciembre de 2011, dictada por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos, ya que el procedimiento y la declaración de obligado al cumplimiento y realización del derecho a la tutela que se demanda por el reclamante ante la AEPD ha de dirigirse frente al responsable del tratamiento controvertido, que en este caso sería Google Inc, y no Google Spain, S.L.

III. CONCLUSIONES

Se trata de una sentencia judicial que supone, sin duda, un aporte jurisprudencial importante desde un punto de vista procesal o técnico para entender el modo o ejercicio de las acciones de tutela en el denominado derecho al olvido, especialmente para la configuración y delimitación de los sujetos responsables en el tratamiento de datos personales cuando se trata de sociedades mercantiles con establecimiento principal y sucursales o filiales, que se suma a otros importantes pronunciamientos judiciales recientes de nuestro Tribunal Supremo¹⁹⁷.

La sentencia judicial, en resumen, viene a indicar que las reclamaciones de los afectados por el buscador Google, y, en su caso, las eventuales resoluciones de la AEPD en procedimientos de tutela de derechos en materia de protección de datos no pueden dirigirse contra la entidad española, Google Spain, S.L, sino que deben dictarse contra la sociedad estadounidense Google Inc.

¹⁹⁷ Véase a estos efectos la **Sentencia n.º 545/2015 del Pleno Tribunal Supremo (Sala 1ª) ,de 15 de octubre de 2015, rec. 2772/2013**

En todo caso, debe tenerse en cuenta que, con independencia del país de su domicilio, en el supuesto analizado Estados Unidos, Google Inc. continua sujeto al deber de cumplir con las leyes europeas o nacionales de los países miembros en materia de Protección de Datos, y sometido al control de la AEPD cuando disponga de una oficina de promoción de sus productos o servicios, como es el caso, con Google Spain, S.L.

Por ello, el contenido material del derecho al olvido como ha sido configurado por la jurisprudencia reciente, y hasta que sea regulado normativamente en el próximo Reglamento general europeo de protección de datos¹⁹⁸, se mantiene inalterado. En este sentido, la AEPD se ha difundido, en fecha 15 de marzo de 2016, una nota informativa sobre el denominado derecho al olvido en la que se analiza las consecuencias jurídicas de la sentencia judicial dictada por el Tribunal Supremo, en donde aclara que los interesados podrán continuar ejerciendo sus derechos conforme a lo previsto en la LOPD, sin que se deje de aplicar la Ley española, ni modifique los principios y criterios de ponderación que estableció el TJUE en su sentencia de 13 de mayo de 2014, sino que aclara que el destinatario de las solicitudes deberá ser Google Inc.¹⁹⁹

¹⁹⁸ En relación con el Reglamento general de protección de datos europeo indicar que en la reunión extraordinaria celebrada el 17 de diciembre de 2015, la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior del Parlamento Europeo manifestó su posición sobre el texto acordado en las negociaciones del diálogo tripartito entre el Consejo, el Parlamento Europeo y la Comisión. Posteriormente, el 18 de diciembre de 2015, el Comité de Representantes Permanentes (Coreper) refrendó este texto transaccional, y finalmente el Consejo confirmó el acuerdo el 12 de febrero de 2016, mediante la adopción de un acuerdo político sobre el texto.

¹⁹⁹ En la nota difundida en la página web institucional de la AEPD se informa que: *“En relación con la sentencia del Tribunal Supremo que clarifica ante quién deben dirigirse las peticiones de “derecho al olvido”, la AEPD recuerda que la forma en la que los ciudadanos pueden ejercer este derecho frente a Google se mantiene intacta.*

La Sala Tercera del Tribunal Supremo ha hecho pública una sentencia en la que clarifica ante quién deben dirigirse las peticiones de 'derecho al olvido'.

La forma en la que los ciudadanos pueden ejercer su 'derecho al olvido' frente a Google se mantiene intacta. Los usuarios pueden seguir dirigiéndose a Google para ello, por ejemplo, a través del formulario que la compañía mantiene habilitado en español desde el 30 de mayo de 2014. La sentencia del TS no tiene por qué afectar a los tiempos de respuesta que



Así, debe tenerse en cuenta que respecto al derecho en materia de protección de datos personales aplicable Google Inc. seguiría sujeta a la LOPD ya que aunque tenga su sede en Estados Unidos (California), y por tanto fuera de territorio de la Unión Europea, dispone de establecimiento en España a los efectos previstos en el artículo 2.1 LOPD, como precisamente la STJUE de 13 de mayo de 2014 se encarga de aclarar; y en relación con el procedimiento administrativo de tutela de derechos de protección de datos (los conocidos como derechos ARCO), de competencia de la AEPD, los interesados podrán seguir acudiendo a la AEPD y ésta tramitará, en su caso, el procedimiento frente a Google Inc.²⁰⁰

ya estaba ofreciendo la compañía. Del mismo modo, si Google deniega la solicitud del interesado o éste no estuviera conforme con la decisión de la compañía, podrá seguir solicitando la tutela de la Agencia en los mismos términos en que podía hacerlo hasta ahora.

En todo caso, es necesario subrayar que la sentencia no supone que los interesados no puedan ejercer sus derechos conforme a lo previsto en la LOPD ni que deje de aplicarse la Ley española. Tampoco modifica los principios y criterios de ponderación que estableció el TJUE en su sentencia, sino que aclara que el destinatario de las solicitudes deberá ser Google Inc.

La Agencia informa de que los ciudadanos afectados directamente por la anulación de las sentencias de la Audiencia Nacional pueden garantizar su derecho del siguiente modo:

- Comprobando, en primer término, si Google ha vuelto a indexar los enlaces. En caso afirmativo, solicitando el ejercicio de su 'derecho al olvido' a través del formulario que la compañía tiene habilitado.

- Si la entidad no responde a la petición realizada o el ciudadano considera que la respuesta que recibe no es la adecuada, puede seguir solicitando la tutela de la Agencia Española de Protección de Datos frente a Google.”[accesible en el enlace: https://www.agpd.es/portalwebAGPD/noticias-inicio/news/2016_03_15-ides-idphp.php]. Consultado el 23 de marzo de 2016

²⁰⁰ En el último borrador Reglamento general de protección de datos europeo se prevé que todas las empresa que traten datos de carácter personal y dispongan de un establecimiento en un Estado miembro de la Unión Europea deberán aplicar, y estarán sujetas, dicha norma aunque las operaciones materiales de tratamiento de la información se lleven a cabo fuera de la Unión Europea. Igualmente, las empresas no establecidas en la Unión Europea se verán obligadas a adecuarse a esta norma cuando su oferta de bienes y servicios vaya dirigida a personas residentes en la Unión Europea.

COMENTARIOS A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 3 DE MARZO DE 2016: GRABACIÓN DE IMÁGENES DE TRABAJADORES SIN OBTENER SU CONSENTIMIENTO PREVIO

D. Roberto Mayor Gómez

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha

Fecha de finalización de trabajo: Marzo de 2016

I. ANTECEDENTES

Los hechos e iter procedimental que anteceden al pronunciamiento judicial del Tribunal Constitucional, en adelante TC, tienen su origen en una trabajadora que prestaba sus servicios en la tienda y caja del establecimiento de una empresa y que fue objeto de despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual al comprobarse, a través de una cámara de videovigilancia situada dentro de la tienda donde prestaba sus servicios y que controlaba la caja donde trabajaba, que se había venido apropiando indebidamente de dinero en efectivo de la caja de la tienda, en diferentes fechas y de forma reiterada.

La cámara de videovigilancia se instaló por la empresa sin ninguna comunicación previa a los trabajadores, aunque en un lugar visible del escaparate del establecimiento se colocó el distintivo informativo, y estaba motivado por la detección en el sistema de control informático de caja del descubrimiento de anomalías o irregularidades contables, existiendo sospechas que podía derivar de conductas indebidas, apropiación indebida, por parte de alguno/a de los trabajadores que prestaban servicios en dicha caja.

Por la empresa se comunicó a la trabajadora su despido disciplinario, indicándose en la carta de despido como motivo principal que se había apropiado



indebidamente de dinero en efectivo de la caja de la tienda, habiendo realizado igualmente, para ocultar dicha apropiación, una serie de operaciones falsas de devoluciones de venta de prendas.

La trabajadora presentó demanda de despido contra la empresa solicitando la declaración de nulidad del despido por atentar contra su honor, intimidad y dignidad, y subsidiariamente la declaración de improcedencia. La trabajadora en su demanda alegaba principalmente que en el centro de trabajo no existía comunicación al público ni carteles comunicativos de la existencia de cámaras de videograbación, y que tampoco se había comunicado a la Agencia de Protección de Datos, ni solicitado autorización a la Sección de Seguridad Privada de la Comisaría de Policía de León, sin que constase tampoco comunicación o informe previo del comité de empresa de la instalación de la videograbación.

Por Sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de León, de 11 de marzo de 2013, se desestimó la demanda interpuesta y se declaró procedente el despido ya que la empresa había acreditado plenamente con arreglo al art. 105 LRJS los hechos que constan en la carta motivadores del despido.

Contra esta Sentencia la trabajadora interpuso recurso de suplicación alegando que el despido debía calificarse como nulo, puesto que las pruebas que condujeron a exteriorizar y captar los hechos imputados a la trabajadora y que justificaron su despido se obtuvieron con vulneración de los derechos fundamentales de la misma a su intimidad y dignidad, siendo la actividad probatoria ilícita.

El recurso de suplicación fue desestimado por Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 24 de julio de 2013²⁰¹.

²⁰¹ En esta sentencia judicial, se declaraba que: *"la decisión empresarial de colocar una cámara de videovigilancia en el centro de trabajo (...) satisfizo el juicio de proporcionalidad*

constitucionalmente exigido para poder afirmar su legalidad y legitimidad en sede de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas de los que son titulares los trabajadores en el ámbito del contrato de trabajo. En primer lugar, la medida sobre la que se debate integra una iniciativa que, en principio, se encuentra dentro de las facultades legales que se atribuyen al poder empresarial de dirección y de control de la actividad laboral, puesto que el art. 20.3 ET faculta al empresario para la adopción de medidas de vigilancia y control del cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, siempre que en su adopción y aplicación se guarde la consideración debida a su humana dignidad. Y la referida medida debe considerarse idónea, en tanto que la misma era útil para exteriorizar, conocer e identificar las irregularidades existentes en la caja del centro comercial, en el que prestaba servicios la trabajadora despedida, irregularidades detectadas tras la implantación de un nuevo sistema de control informático de la dependencia de caja. En segundo lugar, la instalación de la cámara de videovigilancia se revelaba necesaria para aquilatar las irregularidades o anomalías que pudieren estar relacionadas con el uso o con la gestión de la caja del centro comercial, puesto que se trataba de verificar a través de aquella instalación eventuales operaciones o maniobras de apropiación dineraria, esto es, de maniobras de trasiego físico del dinero obrante en la caja a otro lugar distinto en el que ese dinero se depositaba. Y, en tercer término, la medida era necesariamente proporcional, en tanto que su adopción tenía como exclusivo destino la dependencia de caja de la tienda, esto es, un espacio destinado a la permanente interrelación personal y en el que se llevan a cabo conductas escasamente exigentes de la preservación de la injerencia o del conocimiento de las mismas por terceras personas; en tanto que la videovigilancia afectaba exclusivamente a uno de esos ámbitos, cual es el de la recaudación dineraria, en los que se expresa de forma primordial el interés de la empresa; en tanto que la instalación de la cámara estuvo acompañada de la colocación de un anuncio informativo de que el centro de trabajo estaba video vigilado; y en tanto que la medida, dotada de la necesidad de su adopción que es inherente a la previa y fundada sospecha de que se estaban cometiendo irregularidades sugerentes de apropiación dineraria, tenía también por finalidad la captación de eventuales irregularidades afectantes a ese elemento nuclear del contrato de trabajo y de su mantenimiento en que consiste el cumplimiento de las obligaciones de trabajo con la probidad y lealtad que exige la buena fe (arts. 5 a) y 20.2 ET). En consecuencia, la decisión sobre la que se debate y que se tacha en el escrito del recurso como ilegal por lesiva de derechos fundamentales no fue tal, al superar la misma el juicio de adecuación, de razonabilidad o de proporcionalidad constitucionalmente exigido para elucidar los límites de la injerencia del poder empresarial de control de la actividad laboral, cuando ese poder afecta a derechos fundamentales del trabajador".



Frente a esta Sentencia, interpuso la recurrente incidente de nulidad de actuaciones ante la propia Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León que fue desestimado por Auto, de 23 de octubre de 2013, porque la Sentencia cuya nulidad se instaba era susceptible de recurso de casación para unificación de doctrina y porque la misma ya abordó la cuestión que se suscitaba en el incidente.

Contra el Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 23 de octubre de 2013 se interpuso demanda de amparo ante el TC (recurso de amparo núm. 7222-2013), en la cual se alega vulneración de los artículos 14, 15, 18.1, 18.4 y 24 CE, con base en los siguientes razonamientos jurídicos, que exponemos brevemente:

- Se considera que se ha producido la violación de sus derechos o libertades protegidos en el artículo 18.3 CE para la obtención de la prueba de los hechos en los que se ha fundamentado el despido disciplinario.

- Se alega que el control empresarial a través de videocámara no ha sido ajustado a los parámetros fijados por la jurisprudencia, invocando para ello una Sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de diciembre de 2003, en la que se declara que los controles empresariales que puedan establecer los empleadores en uso de su derecho a controlar la actividad de los trabajadores serán lícitos mientras no produzcan resultados inconstitucionales, y que para poder afirmar si ese respeto se entiende producido es necesario constatar si dicha medida: a) es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); b) es necesaria (juicio de necesidad); y c) si la misma es ponderada o equilibrada (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

- Falta de la necesaria información previa al trabajador, ya que en el ámbito laboral no existe razón que justifique la limitación del derecho de información como derecho fundamental del art. 18.4 CE, sin que sea suficiente que el

tratamiento de datos resulte en principio lícito o que pueda resultar eventualmente proporcionado al fin perseguido, debiendo el control empresarial asegurar en todo caso la debida información previa.

- Vulneración del artículo 18.4 CE, ya que en el ámbito del contrato de trabajo debe respetarse la protección de datos de carácter personal y su derecho a la información. Alega que el tratamiento de los datos exigiría la necesaria información previa, expresa, precisa, clara e inequívoca a los trabajadores sobre la captación de imágenes, su finalidad de control de la actividad laboral y su posible utilización para la imposición de sanciones disciplinarias por incumplimientos del contrato de trabajo, a lo que se habría de añadir la insuficiencia de la existencia de distintivos anunciando la instalación de cámaras y la captación de imágenes y de la notificación de creación del fichero a la Agencia Española de Protección de Datos.

- Se considera aplicable e invoca la propia doctrina del TC al respecto que se contiene, entre otras, en la STC 29/2013, de 11 de febrero, en donde se ha fijado como elemento nuclear de la definición constitucional del art. 18.4 CE, el derecho del afectado a ser informado de quién posee los datos personales y con qué fin.

- Se vulnera igualmente el derecho a la tutela judicial efectiva en cuanto las decisiones judiciales deben ser racionales, fundadas en derecho, sin que puedan ser de apreciación por los tribunales pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, cual es el caso.

Para el Ministerio Fiscal el derecho a la intimidad de la recurrente en amparo resultaba justificadamente limitado, ya que la grabación se limitaba a la observación del espacio en el que se encontraba la caja registradora, al haberse comprobado irregularidades en su contabilidad, por lo que, a su juicio, la medida adoptada por la empresa era idónea, necesaria y proporcionada. Y, por lo que se refiere al art. 18.4 CE, considera que el supuesto de hecho que se examina es



distinto al contemplado en la STC 29/2013, de 11 de febrero, que se invoca por la parte recurrente, donde se trataba de la instalación de un mecanismo de grabación que formaba parte de un sistema de seguridad o control con un propósito de cierta fijeza o permanencia en el tiempo, ya que en este procedimiento nos encontramos con una instalación puntual de un mecanismo de captación de imágenes, que con carácter transitorio, se empleaba para confirmar o descartar previas sospechas debidamente fundadas en relación con el comportamiento de un o unos trabajadores.

Finalmente, por la empresa se estima que la medida ha sido adoptada para proteger su patrimonio, no para monitorizar o controlar el trabajo de la recurrente, y además está justificada, es idónea, necesaria y equilibrada, por lo que no se ha producido vulneración alguna del derecho a la intimidad personal ni a la protección de datos de la trabajadora.

II. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 3 DE MARZO DE 2016

En primer término, por el TC se pone de relieve la importancia del pronunciamiento que se va a llevar a cabo, ya que por las circunstancias específicas del supuesto enjuiciado va a poder perfilar y aclarar su propia doctrina en relación con el uso de cámaras de videovigilancia en la empresa²⁰², aclarando el alcance y límites de la información a facilitar por parte de la empresa a los trabajadores sobre la finalidad del uso de la videovigilancia en el lugar de trabajo, que tiene ya algún precedente reciente aunque es sustancialmente modificado²⁰³.

En cuanto a la vulneración del artículo 18.4 CE, derecho a la protección de datos, alegado por la recurrente en amparo, se hace un análisis de la normativa de

²⁰² **STC 155/2009, de 25 de junio de 2009**

²⁰³ **STC 29/2013, de 11 de febrero**

protección de datos²⁰⁴, y la doctrina del TC²⁰⁵ para concluir que, con carácter general, el consentimiento del afectado es elemento definidor del sistema de

²⁰⁴ El art. 3 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, en adelante LOPD, que considera dato de carácter personal "*cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables*", y el art. 5.1 f) del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, en adelante RLOPD, que considera como dato de carácter personal la información gráfica o fotográfica.

Por su parte, el art. 6.1 LOPD prevé que *"el tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa"*. El propio art. 6 LOPD, en su apartado 2, enumera una serie de supuestos en los que resulta posible el tratar y ceder datos sin recabar el consentimiento del afectado; en concreto, *"no será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones públicas en el ámbito de sus competencias; cuando se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación negocial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento; cuando el tratamiento de los datos tenga por finalidad proteger un interés vital del interesado en los términos del artículo 7, apartado 6, de la presente Ley, o cuando los datos figuren en fuentes accesibles al público y su tratamiento sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del fichero o por el del tercero a quien se comuniquen los datos, siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado"*.

²⁰⁵ En la **STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 7**, se declara que: *"[...] el contenido del derecho fundamental a la protección de datos consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular. Y ese derecho a consentir el conocimiento y el tratamiento, informático o no, de los datos personales, requiere como complementos indispensables, por un lado, la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo, y, por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y usos [...]"*.



protección de datos de carácter personal, aunque matiza que en el ámbito laboral el consentimiento del trabajador se encuentra en un plano subordinado, ya que el consentimiento se entiende implícito en la relación negocial, siempre que el tratamiento de datos de carácter personal sea necesario para el mantenimiento y el cumplimiento del contrato firmado por las partes²⁰⁶.

En este sentido, por el TC se concluye que “La dispensa del consentimiento se refiere, así, a los datos necesarios para el mantenimiento y cumplimiento de la relación laboral, lo que abarca, sin duda, las obligaciones derivadas del contrato de trabajo. Por ello un tratamiento de datos dirigido al control de la relación laboral debe entenderse amparado por la excepción citada, pues está dirigido al cumplimiento de la misma. Por el contrario, el consentimiento de los trabajadores

"[...] los derechos del afectado a consentir sobre la recogida y uso de sus datos personales y a saber de los mismos. Y resultan indispensables para hacer efectivo ese contenido el reconocimiento del derecho a ser informado de quién posee sus datos personales y con qué fin, y el derecho a poder oponerse a esa posesión y uso requiriendo a quien corresponda que ponga fin a la posesión y empleo de los datos. Es decir, exigiendo del titular del fichero que le informe de qué datos posee sobre su persona, accediendo a sus oportunos registros y asientos, y qué destino han tenido, lo que alcanza también a posibles cesionarios; y, en su caso, requerirle para que los rectifique o los cancele[...]" (STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 7).

"[...] es el legislador quien debe determinar cuándo concurre ese bien o derecho que justifica la restricción del derecho a la protección de datos personales y en qué circunstancias puede limitarse y, además, es el quien debe hacerlo mediante reglas precisas que hagan previsible al interesado la imposición de tal limitación y sus consecuencias[...]"

²⁰⁶ La excepción a la exigencia de consentimiento se contempla en el art. 10.3 b) del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, según el cual los datos de carácter personal podrán tratarse sin necesidad del consentimiento del interesado cuando *"se recaben por el responsable del tratamiento con ocasión de la celebración de un contrato o precontrato o de la existencia de una relación negocial, laboral o administrativa de la que sea parte el afectado y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento"*.

afectados sí será necesario cuando el tratamiento de datos se utilice con finalidad ajena al cumplimiento del contrato”.

A continuación, se analiza el deber de información, que es exigible aunque no sea necesario el consentimiento en los supuestos concretos anteriormente expuestos, respecto del cual no se pueda desconocer la existencia de una interrelación con el principio general de consentimiento, como se puede comprobar de la normativa en materia de protección de datos²⁰⁷. En cualquier caso, se indica que habrá que tener en cuenta que el incumplimiento del deber de requerir el consentimiento del afectado para el tratamiento de datos o del deber de información previa sólo supondrá una vulneración del derecho fundamental a la protección de datos tras una ponderación de la proporcionalidad de la medida adoptada.

Una vez fijado lo anterior, por el TC se comienza a fijar su posición doctrinal en dos aspectos importantes:

1º) La innecesariedad del consentimiento del trabajador para el tratamiento de las imágenes que hayan sido obtenidas a través de las cámaras instaladas en la empresa con la finalidad de seguridad o control laboral, y así declara que “Aplicando la doctrina expuesta al tratamiento de datos obtenidos por la instalación de cámaras de videovigilancia en el lugar de trabajo, que es el problema planteado en el presente recurso de amparo, debemos concluir que el empresario no necesita el consentimiento expreso del trabajador para el tratamiento de las imágenes que han sido obtenidas a través de las cámaras instaladas en la empresa con la finalidad de seguridad o control laboral, ya que se trata de una medida dirigida a controlar el cumplimiento de la relación laboral y es conforme con el art. 20.3 TRLET, que establece que "el empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes

²⁰⁷ Puede verse de la lectura de los artículos 4 LOPD y 15 RLOPD



laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana". Si la dispensa del consentimiento prevista en el art. 6 LOPD se refiere a los datos necesarios para el mantenimiento y el cumplimiento de la relación laboral, la excepción abarca sin duda el tratamiento de datos personales obtenidos por el empresario para velar por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo. El consentimiento se entiende implícito en la propia aceptación del contrato que implica reconocimiento del poder de dirección del empresario.

En definitiva, la exigencia de finalidad legítima en el tratamiento de datos prevista en el art. 4.1 LOPD viene dada, en el ámbito de la videovigilancia laboral, por las facultades de control empresarial que reconoce el art. 20.3 TRLET, siempre que esas facultades se ejerzan dentro de su ámbito legal y no lesionen los derechos fundamentales del trabajador" (FD 4º).

2º) Para que el incumplimiento del deber de información por parte del empresario implique una vulneración del art. 18.4 CE se exige valorar la observancia o no del principio de proporcionalidad, fijando que "Debe ponderarse así el derecho a la protección de datos y las eventuales limitaciones al mismo justificadas en el cumplimiento de las obligaciones laborales y las correlativas facultades empresariales de vigilancia y control reconocidas en el art. 20.3 TRLET, en conexión con los arts. 33 y 38 CE. En efecto, la relevancia constitucional de la ausencia o deficiencia de información en los supuestos de videovigilancia laboral exige la consiguiente ponderación en cada caso de los derechos y bienes constitucionales en conflicto; a saber, por un lado, el derecho a la protección de datos del trabajador y, por otro, el poder de dirección empresarial imprescindible para la buena marcha de la organización productiva, que es reflejo de los derechos constitucionales reconocidos en los arts. 33 y 38 CE y que, como se ha visto, en lo que ahora interesa se concreta en la previsión legal ex art. 20.3 TRLET que expresamente faculta al empresario a adoptar medidas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por los trabajadores de sus obligaciones laborales

(SSTC 186/2000, de 10 de julio, FJ 5; 170/2013, de 7 de octubre, FJ 3). Esta facultad general de control prevista en la ley legitima el control empresarial del cumplimiento por los trabajadores de sus tareas profesionales (STC 170/2013, de 7 de octubre; STEDH de 12 de enero de 2016, caso Barbulescu v.Rumania), sin perjuicio de que serán las circunstancias de cada caso las que finalmente determinen si dicha fiscalización llevada a cabo por la empresa ha generado o no la vulneración del derecho fundamental en juego.

Obviamente, el sometimiento de la falta o insuficiencia de información al reiterado juicio de proporcionalidad requerirá determinar en cada supuesto, con carácter previo, si se ha producido o no la indicada omisión de la información debida”.

En el supuesto concreto enjuiciado, para el TC no puede entenderse vulnerado el art. 18.4 CE, ya que, por una parte, la trabajadora tenía información previa de la instalación de las cámaras de videovigilancia a través del correspondiente distintivo informativo, cumpliendo la obligación exigida en la Instrucción 1/2006. Hay que destacar el matiz relevante y polémico que se declara en la sentencia judicial analizada cuando señala que “el trabajador conocía que en la empresa se había instalado un sistema de control por videovigilancia, sin que haya que especificar, más allá de la mera vigilancia, la finalidad exacta que se le ha asignado a ese control.”²⁰⁸

Por otra parte, se reitera que lo importante será también determinar si el dato obtenido se ha utilizado para la finalidad de control de la relación laboral o para una finalidad ajena al cumplimiento del contrato, porque “sólo si la finalidad del tratamiento de datos no guarda relación directa con el mantenimiento, desarrollo

²⁰⁸ Resulta interesante al respecto la lectura de los votos particulares de don Juan Antonio Xiol Ríos y don Fernando Valdés Dal-Ré a la Sentencia dictada en el recurso de amparo avocado núm. 7222-2013, al que se adhiere la Magistrada doña Adela Asua Batarrita.



o control de la relación contractual el empresario estaría obligado a solicitar el consentimiento de los trabajadores afectados, y en el presente supuesto habiendo sido tratadas las imágenes captadas para el control de la relación laboral, se cumple el parámetro exigido”.

Por todo lo anterior concluye que “la medida de instalación de cámaras de seguridad que controlaban la zona de caja donde la demandante de amparo desempeñaba su actividad laboral era una medida justificada (ya que existían razonables sospechas de que alguno de los trabajadores que prestaban servicios en dicha caja se estaba apropiando de dinero); idónea para la finalidad pretendida por la empresa (verificar si algunos de los trabajadores cometía efectivamente las irregularidades sospechadas y en tal caso adoptar las medidas disciplinarias correspondientes); necesaria (ya que la grabación serviría de prueba de tales irregularidades); y equilibrada (pues la grabación de imágenes se limitó a la zona de la caja), por lo que debe descartarse que se haya producido lesión alguna del derecho a la intimidad personal consagrado en el art. 18.1 CE.”

En definitiva, la doctrina jurisprudencial del TC²⁰⁹ exige en este tipo de supuestos ponderar el principio de proporcionalidad, con los criterios expuestos, entre la instalación y empleo de medios de captación y grabación de imágenes por la empresa y el derecho a la intimidad personal de los trabajadores.

III.CONCLUSIONES

²⁰⁹ STC 186/2000, de 10 de julio, FJ 6; STC 98/2000, de 10 de abril, FJ 8);STC 186/2000, de 10 de julio, FJ 6;STC 292/1993, de 18 de octubre, FJ 4; STC 99/1994, de 11 de abril, FJ 7; STC 6/1995, de 10 de enero, FJ 3; STC 136/1996, de 23 de julio, FJ 7; STC 94/1984, de 16 de octubre; STC 108/1989, de 8 de junio; STC 171/1989, de 19 de octubre; STC 123/1992, de 28 de septiembre; STC 134/1994, de 9 de mayo; STC 173/1994, de 7 de junio; STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 22; STC 6/1998, de 13 de enero; STC 66/1995, de 8 de mayo, FJ 5; STC 55/1996, de 28 de marzo, FFJJ 6, 7, 8 y 9; STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4 e); y STC 37/1998, de 17 de febrero, FJ 8).

La sentencia del TC objeto de análisis supone una alteración importante en la doctrina jurisprudencial consolidada en esta materia, fijado hasta ahora en la STC 29/2013, de 11 de febrero, lo que se pone expresamente de manifiesto en el propio cuerpo de la sentencia, y especialmente en los votos particulares discrepantes, aunque incluso en este aspecto formal se puede comprobar la confrontación jurídica generada en el propio seno del TC, puesto que si bien para la mayoría de magistrados esta sentencia judicial perfila y aclara su propia doctrina (en relación con el uso de cámaras de videovigilancia en la empresa aclarando el alcance y límites de la información a facilitar por parte de la empresa a los trabajadores sobre la finalidad del uso de la videovigilancia en el lugar de trabajo), para los magistrados discrepantes supone un auténtico “cambio doctrinal” o “mutación jurisprudencial”.

La principal novedad consiste en que se cambia la doctrina de que el deber de información vinculado a la instalación de cámaras de vigilancia en el establecimiento laboral debe ir siempre acompañado de información a los trabajadores sobre la finalidad de control de la actividad laboral, y supone ir un paso más allá de los supuestos de hallazgo causales a través de videocámaras, puesto que en el presente caso se trata de una cámara dirigida específicamente a posiciones que ocupan los trabajadores para investigar determinados hechos.

El debate doctrinal que se va a generar, y que ya se apunta en los votos particulares, es si realmente la omisión de toda información a los trabajadores sobre la existencia de cámaras específicamente orientadas a sus posiciones no supone una lesión del derecho fundamental previsto en el artículo 18.4 CE. Para la sentencia judicial analizada este debate jurídico lo zanja en la medida que considera que el trabajador conocía que en la empresa se había instalado un sistema general de control por videovigilancia, “sin que haya que especificar, más allá de la mera vigilancia, la finalidad exacta que se le ha asignado a ese control”.



Castilla-La Mancha

Gabilex
Nº 5
Marzo 2016

**COMENTARIOS A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL DE 17 DE MARZO DE 2016:
INCONSTITUCIONALIDAD Y NULIDAD DEL ARTÍCULO 102 BIS,
PRIMER PÁRRAFO DEL APARTADO 2, DE LA LEY 29/1998, DE
13 DE JULIO, REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA**

D. Roberto Mayor Gómez

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha

Fecha de finalización de trabajo: Marzo de 2016

I. ANTECEDENTES

Los antecedentes fácticos del pronunciamiento del Tribunal Constitucional tienen como origen que, en diciembre del año 2010, un recurrente presentó ante los Juzgados de lo Contencioso administrativo demanda contra una Resolución de la Delegación del Gobierno por la que se decretaba la expulsión de un ciudadano del territorio nacional, con prohibición de entrada por un período de tres años en España y en los restantes territorios comprendidos en el Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen de 19 de junio de 1990.

La demanda fue turnada a un Juzgado de lo Contencioso-administrativo de Madrid, el cual, por Auto confirmó la medida cautelarísima de suspensión de la orden administrativa de expulsión, previamente acordada por un Juzgado de Instrucción de Madrid. Posteriormente, por decreto del Secretario del Juzgado, de 25 de abril de 2011, se acordó la admisión a trámite de la demanda contencioso-administrativa y, por diligencia de ordenación de esa misma fecha, se señaló para la celebración del juicio oral el 22 de abril de 2014, al amparo de lo establecido por el artículo 182 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC).



El recurrente interpuso recurso de reposición contra la diligencia de ordenación, de 25 de abril de 2011, al entender que lo dilatado del plazo de señalamiento para la vista vulneraba su derecho a un proceso sin dilaciones indebidas que se reconoce en el artículo 24.2 CE. El recurso de reposición fue desestimado por decreto del Secretario Judicial, de 26 de mayo de 2011, que confirmó la diligencia recurrida en todos sus extremos, interponiéndose entonces por la parte recurrente demanda de amparo ante el Tribunal Constitucional fundamentado en la vulneración e infracción del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas garantizado en el artículo 24.2 CE, al no entender razonable que se señale para el 22 de abril de 2014 la celebración de la vista de un procedimiento abreviado contencioso-administrativo, cuando la demanda fue interpuesta el 10 de diciembre de 2010.

Como presupuesto para el ejercicio del recurso de amparo se invocaba por el recurrente que el decreto del Secretario del Juzgado de 26 de mayo de 2011 agota todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales para los casos concretos, dado que, de conformidad con lo previsto por los artículos 79 y 102 bis 2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, en adelante LJCA, (en la redacción que les dio la ley 13/2009, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial), contra el decreto que resuelve el recurso de reposición no se dará recurso alguno, siendo así imputable la vulneración del derecho al Juzgado de lo Contencioso-administrativo de Madrid.

Por el Tribunal Constitucional, en adelante TC, se admitió el recurso de amparo por providencia de 15 de marzo de 2012 de la Sala Segunda del TC, continuándose la tramitación del recurso de amparo núm. 4577/2011 hasta que por providencia, de 16 de julio de 2012, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 55.2 y 35.2 LOTC, y con suspensión del plazo para dictar sentencia, se decidió oír a las partes y al Ministerio Fiscal para que en el plazo común de diez días pudieran alegar lo que desearan sobre la pertinencia de plantear cuestión interna de inconstitucionalidad en relación con el artículo 102 bis.2 LJCA. Este precepto excluye del recurso directo de revisión el decreto del Secretario Judicial resolutivo del recurso de reposición contra la diligencia de ordenación que señala el día del juicio oral, lo que privaría al justiciable de la posibilidad de someter a la decisión

última del titular del órgano la cuestión, que afecta al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (artículo 24.2 CE).

Posteriormente, en virtud de providencia, de 8 de octubre de 2013, el Pleno del TC admitió a trámite la cuestión interna de inconstitucionalidad, planteada por su Sala Segunda en el recurso de amparo núm. 4577/2011, en relación con el art. 102 bis, apartado 2, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA), por posible vulneración del artículo 24.1 CE.

Hay que tener en cuenta que dicho precepto fue incorporado a la LJCA por el artículo 14.45 de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, y contiene el régimen de impugnación de las resoluciones de los Letrados de la Administración de Justicia (anteriormente denominados Secretarios Judiciales), en el proceso contencioso-administrativo, señalando textualmente que *“2. Contra el decreto resolutivo de la reposición no se dará recurso alguno, sin perjuicio de reproducir la cuestión al recurrir, si fuere procedente, la resolución definitiva. Cabrá recurso directo de revisión contra los decretos por los que se ponga fin al procedimiento o impidan su continuación. Dicho recurso carecerá de efectos suspensivos sin que, en ningún caso, proceda actuar en sentido contrario a lo que se hubiese resuelto. Cabrá interponer igualmente recurso directo de revisión contra los decretos en aquellos casos en que expresamente se prevea”*.

La Sala Segunda del TC fundamentaba el planteamiento de la cuestión interna de inconstitucionalidad respecto del art. 102 bis, apartado 2, de la LJCA, fundamentalmente en que *“este precepto excluye del recurso directo de revisión el decreto del Secretario Judicial resolutivo del recurso de reposición contra las diligencias de ordenación del Secretario del Juzgado, y, entre ellas, la que señala el día para la celebración de la vista en el procedimiento abreviado, privando así al justiciable de la posibilidad de someter a la decisión última del titular del órgano una cuestión tan importante como es la relativa a la afcción de un derecho fundamental, que en el presente caso se refiere, como ya ha quedado expuesto, al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, todo lo cual, como ha señalado el Ministerio Fiscal, puede suponer una desatención del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE”* (ATC 163/2013, FJ 2).”



II. ANÁLISIS JURÍDICO DE LA SENTENCIA DE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 17 DE MARZO DE 2016

La sentencia judicial tiene por objeto principal analizar si el artículo 102 bis.2 LJCA podría vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva contemplada en el artículo 24.1 CE, al excluir la posibilidad que el decreto del Letrado de la Administración de Justicia que resuelve el recurso de reposición contra sus propias diligencias de ordenación sea revisado por el Juez o Tribunal a través de un recurso directo de revisión, lo que supondría privar al interesado de la posibilidad de someter a la decisión última del titular del órgano una cuestión que afecta a un derecho fundamental (en el caso objeto del procedimiento principal, la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, garantizado por el artículo 24.2 CE), como consecuencia de esta desatención del derecho a la tutela judicial efectiva que garantiza precisamente el artículo 24.1 CE.

En primer término, como antecedente legislativo se pone en conexión el precepto objeto de análisis con el modelo de oficina judicial que fue diseñado por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que desarrolló la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, en donde reforzar la figura de los Letrados de la Administración de Justicia era una de las prioridades de la reforma legal, atribuyéndose a éstos también otras funciones adicionales en materias colaterales a la función jurisdiccional, y en concreto se les reconoció la facultad de dictar determinadas resoluciones motivadas, denominadas decretos, relevantes para el desarrollo del proceso judicial.

En cuanto al régimen legal de recursos en el proceso contencioso administrativo²¹⁰, hay que tener en cuenta que contra las resoluciones del Letrado de la Administración de Justicia, el propio artículo 102 bis.2 LJCA establece que:

²¹⁰ Véase que se corresponde con las previsiones generales contenidas en los artículos 454 y 454 bis.1 LEC (este último añadido también por la Ley 13/2009 y modificado por la Ley 37/2011, de 10 de octubre); y que el art. 456.4 LOPJ, en la redacción resultante de la Ley

- Contra las diligencias de ordenación y decretos no definitivos del Letrado de la Administración de Justicia cabe recurso de reposición ante el propio Letrado que dictó la resolución recurrida, excepto en los casos en los que la ley prevea recurso directo de revisión ante el Juez o Tribunal. Añadiendo que frente los decretos del Letrado de la Administración de Justicia resolutorios del recurso de reposición promovido contra las diligencias de ordenación y decretos no definitivos no se darán recurso alguno, sin perjuicio de reproducir la queja al recurrir, en su caso, la resolución definitiva que recaiga en el proceso contencioso-administrativo.

- Contra los decretos definitivos del Letrado de la Administración de Justicia (esto es, aquellos por los que se ponga fin al procedimiento o que impidan su continuación) y en los demás casos legalmente previstos, cabrá recurso directo de revisión, a resolver por el Juez o Tribunal, según proceda.

La cuestión nuclear del debate de constitucionalidad que aborda la sentencia judicial estaba en determinar si es compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva que se garantiza en el artículo 24 CE, y con el denominado principio de exclusividad de la potestad jurisdiccional²¹¹ el hecho de que una decisión procesal que afecta a un derecho fundamental no pueda ser revisada por los Jueces y Tribunales titulares en exclusiva de la potestad jurisdiccional (art. 117.3 CE).²¹²

Orgánica 7/2015, de 21 de julio, determina con carácter general que las diligencias de ordenación y los decretos serán recurribles en los casos y formas previstos en las leyes procesales.

²¹¹ El art. 117.3 CE señala que *“El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan”* y derivado del principio de independencia judicial garantizado por el art. 117.1 CE *“La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley”*.

²¹² La tutela judicial efectiva sin indefensión que a todos garantiza el art. 24.1 CE ha sido reconocida por la doctrina del Tribunal Constitucional, entre otras en: **STC 147/1994, de 12 de mayo, FJ 2; 71/2000, de 13 de marzo, FJ 3; 214/2000, de 18 de septiembre, FJ 3;**



Se invoca en la sentencia judicial la jurisprudencia del propio TC²¹³, y del TJUE²¹⁴ sobre el principio de exclusividad jurisdiccional para indicar que si bien en la distribución de funciones dentro del proceso entre los Jueces o Tribunales y los Letrados de la Administración de Justicia que se prevé en desarrollo de la Ley Orgánica 19/2003, en principio, no se aprecia reproche de inconstitucionalidad, cuestión diferente sería que no se garantizase, como acontece en el supuesto examinado, que toda resolución del Letrado de la Administración de Justicia en el proceso pudiera ser sometida al control del Juez o Tribunal, lo que resultaría una exigencia ineludible del derecho a la tutela judicial efectiva garantizado por el artículo 24.1 CE, así como en los textos internacionales sobre derechos fundamentales y libertades ratificados por España (artículo 10.2 CE)²¹⁵.

13/2005, de 31 de enero, FJ 3; 150/2011, de 29 de septiembre, FJ 11.;y 181/2000, de 29 de junio, FJ 19

²¹³ Véase entre otras: **STC 108/1986, FJ 6; STC 37/2012, FJ 5;STC 108/1986, FJ 6; STC 37/2012, FJ 6; STC 181/2000, de 29 de junio, FJ 19; y STC 190/2005, de 7 de julio, FJ 6.**

²¹⁴ **Sentencia de 18 de febrero de 2016 (asunto C-49/14) el Tribunal de Justicia de la Unión Europea**

²¹⁵ Precisamente se ha planteado una petición de decisión prejudicial por el Secretario Judicial del Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Terrassa (España) el 23 de septiembre de 2015, Ramón Margarit Panicello/Pilar Hernández Martínez (**Asunto C-503/15**), en donde se planteaban las siguientes cuestiones:

¿Se oponen los artículos 34, 35, 207.2 y 207.4 (Ley 1/2000), al regular el procedimiento gubernativo de Jura de Cuentas, al artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea por cuanto se veda la posibilidad de control judicial? En caso afirmativo

¿Es el Secretario Judicial, en el ámbito del procedimiento de los artículos 34 y 35 (Ley 1/2000), “órgano jurisdiccional”, a los efectos del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea?

¿Se oponen los artículos 34 y 35 (Ley 1/2000), a los artículos 6.1 y 7.2 de la Directiva 93/13/CEE y a los artículos 6.1 d) y 11 y 12 de la Directiva 2005/29/CE al vedar el control de oficio de las eventuales cláusulas abusivas o prácticas comerciales desleales que contengan los contratos celebrados entre Abogados con personas físicas que actúan con un propósito ajeno a su actividad profesional?

¿Se oponen los artículos 34 y 35 (Ley 1/2000), a los artículos 6.1, 7.2 y anexo 3.1.q) de la Directiva 93/13/CEE, al impedir la práctica de prueba en el procedimiento administrativo de “jura de cuentas” para resolver la cuestión?”

Para el TC el derecho fundamental garantizado por el artículo 24.1 CE, que comporta que la tutela de los derechos e intereses legítimos de los justiciables sea aplicado por los Jueces y Tribunales, y el principio de exclusividad en el ejercicio de la potestad jurisdiccional a ellos atribuidos, contemplado en el artículo 117.3 CE, impiden que se pueda excluir la posibilidad de recurso judicial contra los decretos de los Letrados de la Administración de Justicia resolutorios de la reposición, como se produce en el párrafo primero del art. 102 bis.2 LJCA.

Además, en el presente supuesto tampoco podría salvarse la inconstitucionalidad del citado precepto por la concurrencia de mecanismos alternativos y específicos al régimen de recursos contencioso administrativo (declaración de nulidad del artículo 240.2 LOPJ, incidente de nulidad de actuaciones del artículo 241 LOPJ...)

Por todo ello, el TC declara que el párrafo primero del art. 102 bis.2 LJCA, que dispone que *“Contra el decreto resolutivo de la reposición no se dará recurso alguno, sin perjuicio de reproducir la cuestión al recurrir, si fuere procedente, la resolución definitiva”*, incurre en inconstitucionalidad al vulnerar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y la reserva de jurisdicción a los Jueces y Tribunales integrantes del poder judicial, declarando de forma concluyente que:

“El derecho fundamental garantizado por el art. 24.1 CE comporta que la tutela de los derechos e intereses legítimos de los justiciables sea dispensada por los Jueces y Tribunales, a quienes está constitucionalmente reservada en exclusividad el ejercicio de la potestad jurisdiccional (art. 117.3 CE). Este axioma veda que el legislador excluya de manera absoluta e incondicionada la posibilidad de recurso judicial contra los decretos de los Letrados de la Administración de Justicia resolutorios de la reposición, como acontece en el cuestionado párrafo primero del art. 102 bis.2 LJCA.

Entenderlo de otro modo supondría admitir la existencia de un sector de inmunidad jurisdiccional, lo que no se compadece con el derecho a la tutela judicial efectiva (así, STC 149/2000, de 1 de junio, FJ 3, para otro supuesto de exclusión de recurso judicial) y conduce a privar al justiciable de su derecho a que la decisión procesal del Letrado de la Administración de Justicia sea examinada y



revisada por quien está investido de jurisdicción (esto es, por el Juez o Tribunal), lo que constituiría una patente violación del derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 115/1999, de 14 de junio, FJ 4, y 208/2015, de 5 de octubre, FJ 5). “(fundamento de derecho 7).

Así, el fallo de la sentencia del TC estima la cuestión de inconstitucionalidad y declara la inconstitucionalidad y nulidad del primer párrafo del apartado 2 del art. 102 bis de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, en la redacción dada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

III. CONCLUSIONES

Aunque sin duda el pronunciamiento del TC refuerza las garantías de estado de derecho, como señalan expertos juristas en la materia²¹⁶, también queda cierta sensación de falta de plenitud del fallo debido a que, por cuestiones formales, no se pudiera entrar al fondo del debate que planteaba el recurrente, que recordemos era que el dilatado del plazo de señalamiento para la vista vulneraba su derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, que es un mal endémico en nuestra Administración de Justicia debido a la carencia de medios personales y materiales, y que puede afectar directamente al derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas de los ciudadanos.

En cuanto a las consecuencias jurídicas del pronunciamiento judicial, más allá de la declaración de inconstitucionalidad y nulidad del primer párrafo del apartado 2 del art. 102 LJCA, en la nota informativa n.º 24/2016 del Gabinete de Presidencia del TC, de fecha 21 de marzo de 2016, textualmente se declara que *“El Pleno acuerda que, mientras el legislador no se pronuncie sobre el párrafo anulado, contra los decretos del letrado de la Administración de Justicia que resuelvan*

²¹⁶ Puede verse la entrada, de fecha 22 de marzo de 2016, del blog del magistrado especialista del TSJ de Galicia, D. José Ramón Chaves: <http://delajusticia.com/2016/03/22/el-tc-declara-inconstitucional-la-imposibilidad-de-recursos-judiciales-frente-a-los-decretos-de-los-secretarios-judiciales/#more-950751> (consultado el 28 de marzo de 2016).

*recursos de reposición cabrá la revisión por el juez o tribunal, tal y como establece para otros supuestos el propio art. 102 bis.2 LJCA*²¹⁷, lo que, a mi juicio, plantea serias dudas jurídicas acerca del alcance o extensión que se pretende, ya que ni en los fundamentos de derecho ni en el propio fallo de la sentencia judicial se fija o extiende el alcance que pretende darse en una nota informativa, sin valor jurídico alguno, lo que por otra parte ya ha sido cuestionado, entre otros, por la Comisión ejecutiva del Sindicato de Secretarios Judiciales (SISEJ) que además considera que de facto supone convertir al TC en poder legislador.²¹⁸

²¹⁷ Accesible: http://www.tribunalconstitucional.es/es/salaPrensa/Documents/NP_2016_024/Nota%20Informativa%20n%C2%BA%2024-2016.pdf (consultado el 26 de marzo de 2016).

²¹⁸ En la valoración sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 marzo 2016: la necesaria reforma del régimen legal de señalamientos, la Comisión ejecutiva del Sindicato de Secretarios Judiciales (SISEJ) indica que: *“el Pleno de este órgano ha decidido “legislar”, alterando el régimen de recursos legalmente previstos mientras el legislador no se pronuncie sobre el párrafo anulado. A nuestro juicio, y siempre desde el máximo respeto a las actuaciones del Tribunal, dicho pronunciamiento, adoptado al margen de la sentencia dictada, excede de las competencias del Pleno, distorsiona el trámite procesal y no garantiza, en ningún caso, que con ello no se vulnere el derecho cuestionado, que en el fondo no es sino el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas”*. Accesible: <http://pensamientocritico.sisej.com/?p=675> (consultado el 26 de marzo de 2016).



Castilla-La Mancha

Gabilex
Nº 5
Marzo 2016

SANCIONES POR DISTRIBUCIÓN INVERSA DE MEDICAMENTOS: A PROPÓSITO DE LA RECIENTE DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA-LA MANCHA

D. David Larios Risco

**Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha
Vicepresidente de la Asociación Juristas de la Salud**

Fecha de finalización del trabajo: Abril 2016

I. DISTRIBUCIÓN INVERSA DE MEDICAMENTOS Y ACTIVIDAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN.

La legislación farmacéutica reserva la actividad de distribución de medicamentos a laboratorios y almacenes de mayoristas, en tanto que las oficinas de farmacia están autorizadas únicamente a dispensar medicamentos a los pacientes, pero en ningún caso están habilitadas para realizar distribución al por mayor, es decir, no pueden vender medicamentos a mayoristas ni a laboratorios ni tampoco a otras oficinas de farmacia.

En los últimos años, las Administraciones sanitarias han detectado prácticas ilegales de distribución de medicamentos por parte de diferentes oficinas de farmacia, prácticas consistentes en vender medicamentos no al consumidor final del producto, sino a intermediarios que los adquieren para proceder a su venta a otras oficinas de farmacia o almacenes de distribución extranjeros. Estas prácticas están ligadas a lo que se viene denominando “*distribución inversa*” de medicamentos, actividad amparada en la libre circulación de medicamentos en la Unión Europea y en la intervención de precios en el ámbito nacional.

El fenómeno de la distribución inversa consiste, básicamente, en que los mayoristas compran medicamentos a farmacias españolas al precio ordinario de



venta al público, precio que resulta netamente más bajo que el de otros países europeos, para después exportarlos y revenderlos en otro Estado a un precio más elevado. Esta actividad surge cuando el productor del medicamento lo comercializa en un Estado, de forma que tras esa introducción de una determinada partida de medicamentos en el mercado, un sujeto diferente, y al margen del fabricante, los exporta a otro Estado en que también está autorizada la comercialización del fármaco. El interés de estas prácticas radica en que un mismo medicamento tiene precios diferentes en los distintos Estados o mercados en los que se comercializa. Como muestra, un estudio sobre los precios de un antibiótico (amoxicilina) en distintos Estados arroja el siguiente resultado: 8 dólares en Paquistán, 9 en India, 40 en Australia, 24 en Sri Lanka o 37 en Francia²¹⁹.

El negocio es muy sencillo: un almacén español adquiere de las farmacias grandes cantidades de un medicamento y las envía a otro país donde su precio es mayor. Debe existir una diferencia de precios importante, porque de lo contrario no interesaría efectuar tal operación.

El fenómeno del comercio paralelo de medicamentos no es una realidad exclusiva del tráfico global, pues también opera en el ámbito de la Unión Europea. La razón es la misma: en el seno de la UE se aprecian grandes diferencias de precio de un mismo medicamento en los distintos Estados miembros. Como ha recordado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE 16 septiembre de 2008):

“En la mayoría de los Estados miembros, los medicamentos, especialmente los sujetos a prescripción médica, son objeto de una normativa destinada a determinar, a petición de los productores interesados y a partir de la información proporcionada por éstos, los precios de venta de estos medicamentos y/o los baremos de la asunción, por parte de los seguros de enfermedad correspondientes, de un medicamento sujeto a prescripción médica”

En consecuencia, las diferencias de precio que existen respecto de determinados medicamentos entre Estados miembros derivan de los diferentes niveles en los

²¹⁹ Estudio de K. Balasubramaniam’s para la ONG Health Action International, con datos de 1995. Más información en www.cptech.org/dprice/amoxicillin.html

que cada uno de ellos se fijan los precios o los baremos que deben aplicarse a dichos medicamentos.

España se ha convertido en uno de los exportadores paralelos más importantes, junto con Portugal, Irlanda y Grecia, se estima que esta operación mueve casi 2.000 millones de euros anuales (un 15% del consumo interno).

El comercio paralelo de medicamentos puede suscitar problemas desde la perspectiva del desabastecimiento del mercado nacional en el que, como sucede en España, el fármaco es más barato.

Las autoridades sanitarias españolas, conscientes de la creciente extensión de estas prácticas ilícitas, han iniciado campañas de inspección específicas y han articulado medidas legislativas destinadas a tipificar la venta de medicamentos en mercados paralelos. La extensión de estas prácticas desarrolladas por redes organizadas y su gravedad desde el punto de vista de la protección de la salud queda reflejada en el Informe Global sobre Distribución Inversa elaborado por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (AEMPS) de 21 de noviembre 2014, en el que se insta a las Autoridades sanitarias competentes, es decir, a las Consejerías competentes en materia de sanidad de las CCAA, a no permanecer pasivas ante este fenómeno, articulando la coordinación de las diferentes administraciones a través del Comité Técnico de Inspección de la AEMPS.

En Castilla-La Mancha, las Autoridades sanitarias han llevado a cabo una importante labor de inspección y control de estas prácticas, las órdenes de la Consejería de Sanidad por las que se aprobaron los Planes de Inspección de Centros, Servicios y Establecimientos Sanitarios de los años 2012 a 2014 contemplan, entre los programas de la Inspección Farmacéutica, el control de prácticas ilegales de distribución por parte de oficinas de farmacia de la Región. Como resultado de estos planes de inspección se han detectado un reseñable número de infracciones por distribución inversa de medicamentos, infracciones que, tras la tramitación del oportuno expediente sancionador, han derivado en la imposición de sanciones que, una vez firmes en vía administrativa, han dado lugar a procesos judiciales sustanciados ante el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, que ha tenido ocasión de pronunciarse recientemente sobre la materia en las dos sentencias –13 de noviembre 2015 y 24 de febrero 2016- que constituyen el objeto del presente comentario.



II. MARCO LEGAL: LA DISTRIBUCIÓN INVERSA DE MEDICAMENTOS COMO ACTIVIDAD SANCIONABLE.

Antes de referirnos a la doctrina del TSJ de Castilla-La Mancha sobre la materia conviene precisar el marco jurídico de referencia y para ello debemos partir de la tipificación administrativa de la distribución inversa de medicamentos, encuadrada entre las infracciones muy graves del artículo 102.1.c.23) de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios (LGURM) y sancionada con multas de 90.001 a 300.000 euros.

La infracción por la que se sanciona consiste en:

23.ª Realizar, por parte de las oficinas de farmacia, actividades de distribución de medicamentos a otras oficinas de farmacia, almacenes mayoristas autorizados, u otras entidades, centros o personas físicas sin autorización para la actividad de distribución o bien la realización de envíos de medicamentos fuera del territorio nacional.

Es decir, la sanción está prevista para la realización de una actividad de distribución para la que no están autorizadas las oficinas de farmacia, dado que la actividad de distribución de medicamentos está reservada por el art. 68.1 de la LGURM a los *almacenes de mayoristas* legalmente autorizados (*entidades de distribución*, tras la modificación introducida por la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 10/2013, de 24 de julio, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español las Directivas 2010/84/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 2010, sobre farmacovigilancia, y 2011/62/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2011, sobre prevención de la entrada de medicamentos falsificados en la cadena de suministro legal, y se modifica la Ley) o directamente por el laboratorio titular de la autorización de comercialización.

Es importante destacar que el precepto que se cita fue introducido por el Real Decreto Ley 9/2011, de 19 de agosto, con el fin precisamente de atajar el creciente fenómeno de la distribución inversa de medicamentos, por lo que la doctrina de diferentes Tribunales Superiores de Justicia (Andalucía, Cataluña, Asturias, etc...) recaída en procesos de impugnación de resoluciones sancionadoras anteriores no resulta de aplicación a los expedientes iniciados con posterioridad al mes de agosto de 2011, cuestión ésta que ha venido siendo

controvertida en los procesos judiciales y sobre la que se ha pronunciado el TSJ de Castilla-La Mancha en las sentencias objeto de comentario.

III. LA RECIENTE DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA-LA MANCHA (SECCIÓN SEGUNDA): SENTENCIAS DE 13 DE NOVIEMBRE 2015 Y 24 DE FEBRERO 2016.

Así planteada la cuestión, la actividad inspectora llevada a cabo por la Consejería de Sanidad de la JCCM en cumplimiento de las directrices acordadas a nivel estatal en el seno del Comité Técnico de Inspección de la AEMPS dio lugar a una serie de actuaciones de comprobación que acreditaron situaciones de falta de correlación entre medicamentos adquiridos y dispensados de manera regular por determinadas oficinas de farmacia de la Región, y medicamentos cuyo destino final no quedaba justificado, al no haber aportado los titulares de las oficinas de farmacia datos ni argumentos que puedan explicar cuál fue el destino de la gran cantidad de unidades de medicamentos vendidos sin justificación.

Ante la constatación de estos hechos, la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales instruyó los correspondientes procedimientos sancionadores al apreciar que, de los datos objetivos obtenidos durante la inspección y actuaciones subsiguientes, y de la ausencia de una justificación razonable sobre el destino de los medicamentos vendidos, que no se corresponden con la dispensación ordinaria, nos encontramos ante situaciones de distribución de medicamentos con destino a otras oficinas de farmacia, almacenes de mayoristas u otras entidades sin contar con la autorización necesaria, conducta tipificada como infracción muy grave por el nuevo tipo sancionador introducido por el Real Decreto-Ley 9/2011 en el art. 101.2.c.23 de la Ley de Garantías y Uso Racional del Medicamento, dando lugar a sanciones administrativas que han sido combatidas tanto en vía administrativa como en vía judicial por los interesados.

Los primeros pronunciamientos del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha recaídos en recursos contra las resoluciones sancionadoras de la Consejería de Sanidad de la Junta de Comunidades han examinado las siguientes cuestiones de interés:

- (i) **Comisión de la infracción: ¿la distribución de medicamentos es sancionable cuando no constituye la actividad principal de la farmacia?**



Ante las alegaciones de los recurrentes sobre la falta de tipicidad de las conductas sancionadas y su falta de correlación con la infracción tipificada en el art. 101.2.c.23) de la LGURM, por cuanto *“las oficinas de farmacia estarían habilitadas para realizar actividades de distribución de medicamentos siempre que tal actividad sea complementaria de la dispensación”* se alza el art. 68 de la LGURM, que reserva la distribución de medicamentos en exclusiva a los almacenes de mayoristas y a los laboratorios titulares de la autorización de comercialización²²⁰. Por su parte, a las oficinas de farmacia le corresponden las siguientes funciones, a tenor del art. 84 de la LGURM: (i) dispensación de medicamentos a los ciudadanos velando por el cumplimiento de las pautas establecidas por el médico responsable en la prescripción; (ii) atención farmacéutica; (iii) participación en actividades destinadas a la utilización racional de los medicamentos; y (iv) suministro a botiquines creados por razones de emergencia o lejanía de la oficina de farmacia u otras circunstancias especiales.

Ante la claridad de los preceptos transcritos y su correlación con las actividades objeto de inspección y sanción, el TSJ ha considerado que *“La conducta descrita es muy clara y no cabe alegar imprecisión o indefinición de la redacción o que se*

²²⁰ Artículo 68 Garantías de accesibilidad y disponibilidad de los medicamentos

- 1. La distribución de los medicamentos autorizados se realizará a través de almacenes mayoristas o directamente por el laboratorio titular de la autorización de comercialización de los mismos.*
- 2. La actividad de distribución deberá garantizar un servicio de calidad, siendo su función prioritaria y esencial el abastecimiento a las oficinas de farmacia y a los servicios de farmacia legalmente autorizados en el territorio nacional.*
- 3. La utilización de terceros por parte de un laboratorio o un almacén mayorista para la distribución de medicamentos deberá incluirse en la correspondiente autorización como laboratorio o almacén mayorista.*

vincule a que sea o no la actividad principal de la farmacia. Basta con que se lleve a cabo aunque no sea su actividad principal; es que de serlo, podría justificar la imposición de otras sanciones o de la misma pero en grado superior y no en el mínimo como es el caso” (STSJCLM 24 de febrero 2016, FJ PRIMERO)

(ii) Prueba de los hechos que se imputan.

En cuanto a la prueba de los hechos sancionados, y ante las alegaciones sobre la ausencia de pruebas de cargo suficientes para sostener las sanciones impuestas, el TSJ ha considerado que la actividad probatoria desplegada por la Administración a lo largo del expediente sancionador y del proceso judicial acredita con suficiente grado de certeza los hechos que sustentan las resoluciones sancionadoras por cuanto: *“Del análisis del expediente concluimos, al igual que la resolución impugnada, de la existencia de prueba suficiente, basada en indicios sólidos carentes de explicación razonable, de la actividad de distribución. Lo primero que hemos de decir, es que dado que se trata de una actividad no permitida, lo normal y lógico es la inexistencia de base documental justificativa de la actividad ilegal; no obstante a esta misma conclusión se puede llegar por vía indirecta cuando los indicios son sólidos”*

Efectivamente, de la propia naturaleza de la conducta sancionada resulta, obviamente, la ausencia de registros escritos acreditativos de la distribución inversa; no obstante, el resultado de la actividad inspectora arroja una serie de indicios sólidos, suficientes, a juicio del TSJ, para fundamentar las sanciones impuestas. Entre los indicios tenidos en cuenta por el TSJ en sus recientes pronunciamientos podemos citar: (i) Los movimientos de entrada y salida no justificada de medicamentos en los periodos objeto de inspección, de los que se desprende que la venta de determinados medicamentos en cantidad inexplicablemente alta para una actividad de dispensación ordinaria, con un destino injustificado, constituye un caso de distribución sin autorización imputable a los titulares de la oficina de farmacia; (ii) las declaraciones de los titulares y farmacéuticos adjuntos, incapaces de justificar el destino de los medicamentos inspeccionados; (iii) los datos suministrados por los almacenes de distribución que suministraron a la farmacia; (iv) los datos suministrados de las unidades facturadas por el SESCO, ISFAS, MUFACE y MUGEJU; (v) las recetas



médicas privadas, que no se corresponden con el volumen de medicamentos suministrados; y (vi) las estadísticas sobre dispensación de medicamentos en cada una de las Provincias de Castilla-La Mancha, que demostrarían lo desorbitado de la dispensación ordinaria de estos medicamentos.

Tales indicios llevan a concluir al TSJ que *“debe presumirse, por enlace directo, preciso y lógico, que era objeto de una actividad de distribución a terceros. No se ofrece ninguna explicación razonable del descuadre anterior; simplemente se niega la conducta”* (STSJCLM 24 de febrero 2016, FJ SEGUNDO)

- (iii) **Tipificación de los hechos: ¿serían subsumibles en el artículo 85 d) de la Ley Autonómica 5/2005 de 27 de Junio, de Ordenación de Servicio Farmacéutico de Castilla La Mancha? Aplicación de la Ley Estatal 29/2006 de 26 de Julio o de la Ley Autonómica 5/2005 de 27 de Junio, de Ordenación de Servicio Farmacéutico de Castilla La Mancha en virtud del principio de aplicación de la norma sancionadora más favorable.**

Ante las alegaciones sobre un supuesto error en la tipificación de los hechos, que a juicio de los recurrentes debían serían subsumibles en el artículo 85 d) de la Ley Autonómica 5/2005 de 27 de Junio, de Ordenación de Servicio Farmacéutico de Castilla-La Mancha, conforme al cual los hechos serían constitutivos de una infracción leve y, por tanto, más favorable, se impone la aplicabilidad de la Ley Estatal 29/2006 de 26 de Julio.

El TSJ de Castilla La Mancha argumenta en el siguiente sentido (STSJCLM de 13 noviembre 2015 – FJ SEGUNDO-):

“La primera cuestión a resolver en el presente recurso es la de la Ley aplicable, pues la parte actora considera, en su escrito de demanda, que la infracción se encuentra tipificada en la Ley 5/2005, de 27 de junio, de Ordenación del Servicio Farmacéutico de Castilla-La Mancha, cuyo art. 86.a) establece que “ Se calificarán como infracciones graves: La a) distribución o dispensación de medicamentos por personas físicas o jurídicas o establecimientos de

asistencia farmacéutica que no cuenten con la preceptiva autorización ".

Entendemos que la cuestión ha de resolverse en el sentido que postula el Letrado de la Junta. Y ello por cuanto que, en primer lugar, nos encontramos ante una materia de la exclusiva competencia del Estado por cuanto que el art. 149.1.16ª, que establece que el Estado tiene competencia exclusiva en materia de legislación de productos farmacéuticos, siendo la Ley 29/2006 la que ha regulado dicha materia, y sin que, por tanto, sea preciso acudir al Derecho autonómico. En efecto, en el párrafo 1 de la disposición final primera de la Ley 29/2006 se señala que " Esta Ley se dicta al amparo de Los títulos I, II, excepto los siguientes títulos competenciales del Estado: 1. el artículo 38, III, cuarto, excepto los artículos 68 a 71 de su capítulo II, los artículos 75.2, 76, 78 a 80, 82 y 85 a 87 del título VI, los artículos 90 a 93 bis del título VII; y VIII; las disposiciones adicionales primera, segunda y séptima, así como las disposiciones transitorias, tienen la condición de legislación sobre productos farmacéuticos y se dictan al amparo del artículo 149.1.16ª de la Constitución ".

En ese sentido, en el art. 1.1 y 2 de la mencionada Ley se establece que " La Ley regula, en el ámbito de 1. las competencias que corresponden al Estado, los medicamentos de uso humano y productos sanitarios, su investigación clínica, su evaluación, autorización, registro, fabricación, elaboración, control de calidad, almacenamiento, distribución, circulación, trazabilidad, comercialización, información y publicidad, importación y exportación, prescripción y dispensación, seguimiento de la relación beneficio-riesgo, así como la ordenación de su uso racional y el procedimiento para, en su caso, la financiación con fondos públicos. La regulación también se extiende a las sustancias, excipientes y materiales Asimismo, regula los utilizados para su fabricación, preparación o envasado. 2. actuación de las personas físicas o jurídicas en cuanto intervienen en la circulación industrial o comercial y en la prescripción o dispensación de los medicamentos y productos sanitarios ". Siendo claro que en el presente caso nos encontramos no ante un supuesto de desarrollo legislativo y ejecución en materia de



ordenación farmacéutica, competencia de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha ex art. 32.4 de su Estatuto de Autonomía, cuya competencia se desenvuelve, según establece el mencionado precepto estatutario, " En el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca". Encontrándonos en el presente caso, como dice el Letrado de la Junta no ante una cuestión relacionada con la ordenación del sector farmacéutico sino más bien de "almacenamiento, distribución, circulación, trazabilidad, comercialización, información y publicidad, importación y exportación, prescripción y dispensación" de medicamentos, por lo que nos encontramos no ante una materia que sea competencia de la Junta sino del Estado, que ha sido regulada por la mencionada Ley 29/2006.

Y en segundo lugar, porque el art. 101.2.c) 23ª de la Ley 29/2006 tipifica específicamente la conducta a que se refiere el presente procedimiento, lo que vendría a desplazar el tipo que describe el art. 86.a) de la Ley autonómica 5/2005, que no exige que la actividad de distribución de medicamentos a oficinas de farmacia, almacenes mayoristas, o bien envíos de medicamentos fuera del territorio nacional, sea realizada por una oficina de farmacia sino la misma se efectúe " por personas físicas o jurídicas o establecimientos de asistencia farmacéutica que no cuenten con la preceptiva autorización ", lo que presupone que los productos farmacéuticos sean distribuidos o dispensados por quien no esté autorizado para ello, sea persona física o jurídica o establecimiento de asistencia farmacéutica que no cuente con la correspondiente autorización, y tampoco exige que los medicamentos sean distribuidos o dispensados a " a oficinas de farmacia, almacenes mayoristas, o bien envíos de medicamentos fuera del territorio nacional ".

En ese mismo sentido se ha pronunciado también el Tribunal superior de Justicia de Madrid en sentencia de 11 de enero de 2011"

- (iv) Proporcionalidad de la sanción en relación con el hipotético beneficio obtenido.**

Por último, y en relación con las alegaciones sobre la supuesta desproporción de las sanciones impuestas y su falta de correlación con el beneficio obtenido como resultado de la actividad de distribución inversa, señala el TSJ de Castilla La Mancha que: *“La sanción se ha impuesto en su grado mínimo, no cabe otra inferior; no existe vulneración del principio de proporcionalidad; no existe posibilidad de vincular el beneficio hipotético a la cuantía; cabría en el supuesto de que no se hubiera impuesto en el grado mínimo precisamente con este objetivo. No es el caso”* (STSJCLM de 24 de febrero 2016 – FJ CUARTO-)

I. CONCLUSIONES

En definitiva, la labor probatoria desarrollada por la Administración para constatar la práctica de actividades de distribución inversa de medicamentos llevada a cabo por algunas oficinas de farmacia de la Región no ha sido desvirtuada mediante la aportación de pruebas o explicaciones razonables que enerven o invaliden la presunción de veracidad por quienes, en virtud de la inversión de la carga de la prueba, están obligados a ello, por lo que en los casos sometidos a enjuiciamiento ante el TSJ de Castilla La Mancha decae la presunción de inocencia, resultando las conductas sancionadas subsumibles en la infracción tipificada por el art. 101.2.c.23 de la Ley de Garantías y Uso Racional del Medicamento, precepto básico de aplicación preferente sobre la norma autonómica más favorable invocada por los recurrentes, resultando por lo demás acorde al Ordenamiento Jurídico tanto la instrucción y resolución de los expedientes sancionadores, como adecuadas y proporcionadas las sanciones impuestas, que han sido por tanto confirmadas en su integridad por las Sentencias del TSJ de Castilla La Mancha de 13 de noviembre 2015 y 24 de febrero 2016, pronunciamientos que han adquirido firmeza al no ser susceptibles de recurso ordinario.



**REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

BASES PARA LA PUBLICACIÓN

Gabilex
Nº 5
Marzo 2016



Castilla-La Mancha



BASES PARA LA PUBLICACIÓN DE ARTICULOS Y RESEÑAS EN LA REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO DE LA JCCM

Para la publicación de **artículos doctrinales** y **reseñas de legislación o jurisprudencia** en la Revista del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha se someterá a las siguientes **BASES**:

1. Los trabajos que se presenten para publicación deberán ser originales e inéditos.
2. En el caso de los ARTICULOS DOCTRINALES que aborden en profundidad un tema jurídico de cualquier rama del Derecho, la extensión será de un mínimo de 20 y un máximo de 40 páginas.
3. En el caso de las RESEÑAS DE LEGISLACIÓN O JURISPRUDENCIA que realicen una crónica, apunte o aproximación breve a una norma jurídica o sentencia que resulte novedosa, la extensión máxima no podrá superar las 10 páginas.
4. Tanto los ARTICULOS como las RESEÑAS deberá remitirse por correo electrónico a la dirección de la revista (revistagabinetejuridico@jccm.es) en formato *word* o compatible.
5. En todo caso se utilizará letra tipo **calibrí tamaño 11 para el texto principal, y calibrí tamaño 10** para las notas a pie de página. No se utilizarán letras de otros tipos o tamaños de los indicados ni subrayados. El interlineado será a 1,5 espacios.
6. La primera página del ARTICULO o RESEÑA debe de incluir, por este orden:
 - a. Título.
 - b. Nombre y apellidos del autor/res, dirección postal y de correo-e.

-
- c. Profesión, título académico y centro de trabajo del autor/res.
 - d. Índice o sumario
 - e. Fecha de finalización del trabajo

7. Los trabajos deben incluir al final la bibliografía.

8. Las notas se incluirán en el propio texto, con formato de número correlativos (1, 2, 3...), a pie de página, mediante el uso de superíndice.

Si se trata de referencias bibliográficas, aun cuando se mencione el autor en el texto, seguirán la estructura que se menciona a continuación:

- a) En caso de libro: autor, título del libro en cursiva o título del capítulo entrecomillado seguido del título del libro en cursiva, ciudad de edición, editorial, año, página/s.
- b) En caso de artículo de revista: autor, título del artículo entre comillas, nombre de la revista en cursiva, número, editorial, año y páginas.
- c) Las reproducciones textuales de originales de otros autores, las referencias de jurisprudencia o la doctrina de los órganos consultivos irán entrecomilladas.

9. Los autores cuyos trabajos sean publicados ceden los derechos de su obra a los solos fines de ser incluidos en la Revista y recibirán un certificado acreditativo de la publicación.

10. La remisión de los trabajos implica la aceptación de estas bases.

Finalmente cualquier jurista que desee remitir una sentencia interesante o enviar un link sobre cualquier asunto jurídico puede hacerlo enviando un email a revistagabinetejuridico@jccm.es



Castilla-La Mancha

Gabilex
Nº 5
Marzo 2016

Gabilex
Nº 5
Marzo 2016



Castilla-La Mancha

